N° 433214
Comité social et économique de l'UES
Mondadori France

Section du contentieux

Séance du 5 mars 2021
Décision du 9 mars 2021

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

La pratique des fusions et acquisitions implique d'avancer sur plusieurs fronts et de se conformer à différentes législations : tout en négociant les aspects économiques et financiers de l'opération, les acteurs concernés doivent assurer sa légalité au regard du droit de la concurrence, ce qui implique la notification à l'Autorité de la concurrence pour qu'elle autorise la concentration, et du droit du travail, qui requiert l'information et la consultation des institutions représentatives du personnel (IRP). Pourtant, le contentieux des concentrations ne vous conduit que rarement à appréhender cette complexité. Comme l'Autorité de la concurrence dont vous contrôlez les décisions, vous n'examinez l'opération que sous le prisme des enjeux concurrentiels, sans vous soucier de ses autres aspects. La singularité de ce dossier est de porter principalement sur ces enjeux d'articulation, ce qui vous amènera en premier lieu à décider si les IRP ont droit de cité dans le contentieux des concentrations.

Les protagonistes de l'opération sont deux groupes de presse, Mondadori France et Reworld Media. Contrôlées avant l'opération par la famille Berlusconi, les entités du groupe Mondadori détiennent en France de nombreux magazines tels que Biba, Closer, Science et vie, Télé Star et L'Auto Journal. Elles exercent également leur activité sur les marchés de l'exploitation de sites éditoriaux en ligne et de la vente d'espaces publicitaires sur les supports papier et internet. De création plus récente, la société Reworld Media s'est hissée grâce à une succession d'acquisitions au rang de leader français de la presse magazine. Elle est également détentrice de titres notoires comme Marie-France et Auto-Moto et exerce sur des marchés similaires à ceux de Mondadori, avec un tropisme plus marqué pour le digital où elle développe également une activité d'intermédiation en matière de publicité en ligne. L'opération consiste dans l'acquisition par Reworld Media de la totalité du capital et des droits de vote de Mondadori France. Après avoir transmis à sa cible une offre ferme d'acquisition le 18 février 2019, la société Reworld Media a notifié l'opération à l'Autorité de la concurrence le 29 mai 2019. Par une décision n° 19-DCC-141 du 24 juillet 2019, l'Autorité a donné son accord à la concentration en « phase 1 », sans examen approfondi, sous réserve

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de l'engagement de la société Reworld de céder à son choix soit le magazine Auto Moto, édité par elle, soit le magazine L'Auto Journal, édité par Mondadori France.

La prise de contrôle s'est déroulée dans un climat social tendu, marqué par des mouvements de grève des journalistes de Mondadori et de multiples procédures engagées par le comité social et économique (CSE) de l'unité économique et sociale (UES). Rappelons dès à présent que le CSE est l'IRP ayant remplacé les différentes instances antérieures, dont le comité d'entreprise, depuis une ordonnance du 22 septembre 2017¹ – nous aurons l'occasion de revenir en détail sur ses attributions, tandis que l'UES est un ensemble de plusieurs entreprises juridiquement distinctes mais considérées comme une seule entité pour l'application de la législation sur la représentation du personnel. Alors que l'offre ferme d'acquisition avait été annoncée, le CSE a assigné les sociétés de l'UES devant le tribunal de grande instance (TGI) de Nanterre. Par un jugement du 11 juillet 2019, le TGI a fait droit à cette demande d'injonction, les entreprises composant l'UES devant « ouvrir la consultation sur les orientations stratégiques 2019 avant toute remise valable d'un avis sur le projet de cession et toute saisine régulière des autorités chargées de veiller à la concurrence ». L'avocat du CSE a notifié ce jugement à l'Autorité de la concurrence le lendemain, par une lettre dont il a été accusé réception le 17 juillet. L'Autorité a néanmoins donné son accord à la concentration le 24 juillet, sans aucune mention du jugement du TGI dans ses motifs. Le CSE vous demande d'annuler cette décision.

La finalisation de l'opération n'a pas apaisé les tensions sociales, bien au contraire, puisque près de 200 journalistes, soit environ les deux tiers de l'effectif, ont quitté Mondadori France quelques mois après son rachat, en faisant jouer la « clause de cession » qui permet aux journalistes de démissionner en bénéficiant d'une indemnité en cas de cession de leur titre de presse.

1. Intérêt à agir des CSE

L'Autorité de la concurrence oppose à la requête une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir du CSE contre sa décision et c'est à cette question que nous consacrerons la plus grande part de nos développements. Sa position est de principe : selon elle, une instance telle que le CSE ne saurait se voir reconnaître un intérêt à contester les décisions prises en matière de contrôle des concentrations. Notons que la bénéficiaire de l'autorisation, la société Reworld Media, ne développe pas la même analyse et ne défend qu'au fond.

1.1. Il n'est guère original de constater le pragmatisme et l'absence d'esprit de système de votre jurisprudence en matière d'intérêt à agir. Nous ne citerons que le président Odent, qui affirmait que « toute tentative de synthèse jurisprudentielle est vouée à l'échec tant les solutions sont fluides lorsqu'il s'agit de déterminer la qualité de l'intérêt rendant le recours recevable »², et le professeur Chapus, qui qualifiait votre jurisprudence « d'extraordinairement abondante et nuancée, faite bien souvent d'arrêts implicites, et dont la mise en ordre en vue d'une présentation synthétique se heurte aux plus grandes

¹ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

² R. ODENT, Contentieux administratif, IEPP 1981, p. 1626.

difficultés »³. Pour répondre à la question qui vous est posée aujourd'hui, deux courants de jurisprudence peuvent conduire à des solutions différentes.

1.1.1. Le premier courant reconnaît largement l'intérêt à agir des IRP et des syndicats de salariés s'agissant de recours pour excès de pouvoir contre des décisions affectant la vie économique de l'entreprise. Nous entrerons directement dans le vif du sujet en commençant par deux décisions en matière de concentrations. La première est tout à fait topique puisqu'elle porte sur la requête d'un syndicat contre une décision du ministre de l'économie autorisant une concentration (CE, 11 juillet 2001, *Syndicat CGT de la Société Clemessy*, n° 222039, Rec.), le ministre étant l'autorité compétente en la matière jusqu'à la création de l'Autorité de la concurrence en 2008⁴. La solution est implicite puisque la décision rejette la requête au fond sans se prononcer sur l'intérêt à agir. Votre commissaire du gouvernement François Séners indiquait cependant, alors qu'il s'agissait de la première affaire dans laquelle un syndicat de salariés contestait une telle décision, que « *l'intérêt pour agir d'un tel syndicat ne nous paraît pas faire de doute* ». Son analyse se fondait en particulier sur les restrictions d'activité imposées à l'entreprise concernée par les prescriptions dont était assortie la décision d'autorisation.

La seconde décision, plus importante encore, porte sur l'autorisation donnée par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) à l'acquisition par le Crédit agricole de la majorité des droits de vote au sein du Crédit Lyonnais (CE, Ass., 16 mai 2003, *Fédération des employés et cadres CGT-FO et autres*, n° 255482, Rec.). Comme il résulte de cette décision, le droit commun des concentrations ne s'appliquait pas aux établissements bancaires et le CECEI n'avait pas compétence pour assortir sa décision d'agrément de conditions particulières tenant au respect de la concurrence : il intervenait donc en tant que régulateur bancaire et non dans un rôle identique à celui joué par le ministre de l'économie ou aujourd'hui par l'ADLC en matière d'autorisation de concentrations ; vous avez toutefois jugé qu'il devait, comme toute autorité administrative, veiller dans l'exercice de ses pouvoirs à ce que son agrément ne conduise pas nécessairement à l'exploitation abusive d'une position dominante. S'agissant de l'intérêt à agir du syndicat, la décision est cette fois-ci explicite même si elle n'est pas fichée sur ce point : il y est jugé que la fédération syndicale est au nombre des personnes recevables à contester la décision du CECEI, « *qui affecte les intérêts collectifs qu'elle est chargée de défendre* ». La décision admet d'ailleurs aussi l'intérêt à agir de salariés des établissements concernés. Là encore, les conclusions du président Goulard suggèrent que la question ne présentait pas de difficultés excessives, le fait que la décision impose la cession d'un grand nombre d'agences suffisant à emporter la conviction.

Si ces solutions ont pu sembler naturelles à vos formations de jugement, c'est sans doute parce qu'elles s'inscrivent dans un paysage jurisprudentiel favorable à l'intérêt à agir des IRP et syndicats, non seulement contre des actes affectant directement l'emploi telles que des décisions relatives au licenciement (cf. notamment CE, 7 mars 1980, *SA « Recherche et expansion thérapeutique internationale » et autres*, n° 09443, Rec. ; CE, Ass., 22 juillet 2015, *Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social c/*

³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, ***

⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Comité central d'entreprise de la société HJ Heinz France, n° 385816, Rec.), mais aussi contre des actes portant à différents égards sur la structure économique de l'entreprise. Il en va ainsi de décrets ou d'autres mesures autorisant un établissement public à créer une filiale (CE, Ass., 24 novembre 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique (CFDT) et autres*, n° 02020, Rec.), entraînant le transfert d'une entreprise publique au secteur privé (CE, Ass., 22 décembre 1982, *CCE de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, n° 34252, Rec.), déplaçant le siège d'une société (CE, Ass., 3 mars 1993, *CCE de la SEITA*, n° 132993, Rec.) ou relatives à l'application à une entreprise de certains pans de la législation sur les sociétés (CE, Sect., 26 avril 1978, *Comité d'entreprise de la société nationale de télévision en couleur « Antenne 2 »*, n° 04949, Rec.). Selon la formule générale énoncée par la décision *CCE de la SFENA*, le comité d'entreprise « a qualité pour déférer au juge de l'excès de pouvoir, notamment, les mesures qui sont de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel de l'entreprise ». C'est en application de ce principe que vous êtes allés jusqu'à reconnaître l'intérêt à agir d'un CCE contre la décision d'un pouvoir adjudicateur de ne pas retenir l'offre de son entreprise pour un marché public, dans des circonstances il est vrai particulières (CE, 3 mars 2006, *Société François-Charles Oberthur Fiduciaire et Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire*, n° 287960, Inédit).

1.1.2. Le second courant, qui est celui dont se prévaut l'Autorité, se manifeste par un souci de la correspondance entre l'intérêt invoqué par le requérant et l'objet de la décision attaquée. Sa principale illustration en matière de contrôle des concentrations est la décision *Société Beaugrenelle Patrimoine* (CE, 4 avril 2018, n° 405343, Tab.), dans laquelle la société requérante était le bailleur d'un des magasins Fnac dont la décision d'autorisation de concentration imposait la cession. Vous avez jugé que cette société « [n'exerçait] son activité sur aucun des marchés concernés par l'opération de concentration entre les sociétés Fnac et Darty » et ne justifiait donc pas « en sa qualité de bailleur, d'un intérêt à agir pour attaquer la décision de l'Autorité de la concurrence ». La portée de cette décision est éclairée par les conclusions d'Emmanuelle Cortot-Boucher : il ne s'agissait pas seulement de juger qu'en l'espèce, les conséquences de l'engagement dont était assortie la décision attaquée sur les intérêts du bailleur n'étaient pas suffisamment directes et certaines, mais d'exclure par principe la recevabilité d'une requête émanant d'entreprises n'opérant pas sur les marchés concernés par l'opération, et ce en raison de l'objet de l'autorisation de concentration qui est uniquement de contrôler les atteintes à la concurrence. Seules trois catégories de requérants recevables ressortent ainsi du tableau dressé par votre rapporteure publique : outre les parties notifiantes elles-mêmes en cas de refus d'autorisation ou d'autorisation conditionnelle, peuvent contester la décision les entreprises concurrentes de ces parties sur les marchés concernés et les clients acheteurs ou utilisateurs des biens ou services offerts (cf. ainsi CE, 20 juillet 2005, *Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise*, n° 279180, Rec.). Deux exceptions à cette ligne restrictive étaient mentionnées : l'une, très ponctuelle, lorsqu'un tiers a été nommément désigné dans la décision et que celle-ci porte atteinte à ses droits (CE, Sect., 9 avril 1999, *Société Interbrew France*, n° 191654, Rec.), l'autre, de portée plus générale mais qui n'a trouvé jusqu'ici qu'une illustration, s'agissant de l'actionnaire minoritaire d'une des parties à l'opération (CE, Sect., 31 janvier 2007, *Société France Antilles*, n° 294896, Rec.).

Au-delà du sujet des concentrations, votre jurisprudence exige que l'intérêt invoqué soit

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

« pertinent » ou « adéquat »⁵ au regard de l'objet de la décision attaquée. Dans certaines affaires, la discordance est manifeste : ainsi d'un syndicat étudiant qui conteste un décret et une circulaire relatifs au contentieux de la reconduite à la frontière des étrangers (CE, 10 janvier 1992, *UNEF*, n° 115718, Tab.) ou d'une association d'avocats fiscalistes contestant un décret relatif non à la situation de ses adhérents mais aux conditions de fond d'une imposition (CE, 23 mars 2005, *Institut des avocats conseils fiscaux*, n° 264997, Rec.). La solution pouvait davantage prêter à hésitation pour d'autres précédents, certains ayant d'ailleurs donné lieu à des conclusions contraires de vos commissaires. L'urbanisme est le domaine d'élection de cette ligne jurisprudentielle : ont ainsi été jugées irrecevables les requêtes dirigées contre des permis de construire par des commerçants, s'agissant de l'implantation d'une nouvelle surface commerciale (CE, 3 juillet 1987, *Ministre de l'urbanisme et du logement c/ B...*, n° 39287, Tab.), par une société exploitant un cinéma, s'agissant de l'implantation d'un cinéma concurrent (CE, Sect., 13 mars 1987, *Société albigeoise de spectacles*, n° 55525, Rec.)⁶, ou par un comité d'entreprise, s'agissant de la construction de parkings à proximité de l'établissement dont il représente les salariés (CE, 1^{er} décembre 1993, *Comité d'entreprise de la Société française de munition*, n° 111730, Tab.). Dans les deux premières affaires au moins, les effets défavorables du permis de construire sur le requérant n'étaient pas douteux puisqu'il permettait l'installation du concurrent, mais vous avez regardé cette qualité de concurrent comme étrangère au contentieux de l'urbanisme⁷.

1.2. Pour faire droit à la fin de non-recevoir de l'Autorité, il vous suffit de prolonger la ligne tracée par la décision *Beaugrenelle*, puisqu'un CSE n'exerce pas d'activité économique sur un marché concerné par l'opération de concentration. La solution se conçoit et nous dirions même qu'elle s'écrit assez aisément. Nous ne vous proposons pourtant pas de vous engager dans cette voie, et ce pour trois raisons.

1.2.1. La première est la plus accessible au sens commun et tient aux effets de la concentration sur les salariés représentés par le CSE. La question de savoir si les opérations de fusion et d'acquisition ont un effet positif ou négatif sur l'emploi est un sujet très débattu par les économistes⁸, car plusieurs effets inverses peuvent se combiner : s'il existe souvent des « redondances » (c'est-à-dire des fonctions identiques remplies par des salariés des deux sociétés) entre les parties à l'opération que les dirigeants s'attacheront à réduire et à supprimer, l'opération peut aussi stimuler la croissance de l'entreprise achetée ou contribuer à son retournement si elle est en difficulté. Pour autant, une concentration porte toujours en elle des conséquences sur l'emploi, puisqu'elle donne lieu à une réorganisation des entreprises concernées et s'accompagne au moins pour l'une d'entre elles d'un changement de

⁵ Cf. R. Chapus, op. cit., §576.

⁶ Le Conseil d'Etat a ultérieurement précisé que le commerçant concurrent ne justifiait d'un intérêt à agir contre le permis de construire que dans le cas où les caractéristiques particulières de la construction envisagée sont de nature à affecter par elles-mêmes les conditions d'exploitation d'un établissement commercial (CE, 22 février 2002, *Société France Quick SA*, n° 216088, Tab.).

⁷ Cf., pour une analyse critique de cette jurisprudence « qui crée un cloisonnement dans l'action des associations », L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, Paris, pp. 218-222.

⁸ Cf. par exemple M. Bunel, R. Duhautois et L. Gonzalez, « Conséquences des fusions-acquisitions sur la gestion de la main-d'œuvre », *Document d'études*, DARES, n° 133, janvier 2008 ; A. Gazaniol, « Quel est l'impact des fusions/acquisitions sur les performances des entreprises achetées ? », *Documents de travail de la DG Trésor*, n° 2014/02, novembre 2014.

l'actionnaire de référence, le nouveau propriétaire étant susceptible d'impulser une nouvelle stratégie qui aura inévitablement des conséquences sur les ressources humaines.

L'Autorité soutient que l'intérêt des salariés que représente le CSE n'est pas lésé de manière suffisamment directe et certaine par une autorisation de concentration, car celle-ci n'est qu'une condition nécessaire de l'opération : bien qu'autorisée, il peut advenir qu'une concentration ne soit pas finalement réalisée. L'argument est exact en droit mais votre approche du caractère direct et certain de l'intérêt à agir n'est pas si mécanique. Il n'est pas besoin d'aller chercher l'exemple célèbre, dans les cours de droit administratif tout au moins, du campeur ayant intérêt à contester l'arrêté ayant interdit la pratique du camping dans une commune où il n'est jamais encore allé (CE, Sect., 14 février 1958, *Abisset*, Rec. p. 98, aux conclusions du président Long). Il suffit de se référer aux précédents que nous avons mentionnés reconnaissant l'intérêt pour agir des comités d'entreprise, les conséquences sur l'emploi de la création d'une filiale ou d'un déplacement du siège n'étant pas plus directes que celles d'une autorisation de concentration.

Dans d'autres domaines de la régulation économique, ce critère du caractère direct des effets vous conduit souvent à écarter l'intérêt à agir des représentants des salariés : cf. récemment, CE, 31 décembre 2020, *Syndicat CFE CGC Orange et autres*, n° 438240, Tab., sur les conditions d'attribution des licences 5G ; 8 avril 2013, *Syndicat CFE CGC France Télécom-Orange*, n° 359789, Tab., sur le refus de l'ARCEP d'ouvrir une procédure de sanction à l'encontre de la société Free ; 23 juillet 2012, *Syndicat CFE-CGC France Télécom-Orange et autres*, Inédit, sur l'attribution de licences 4G. Mais la comparaison par *a contrario* est révélatrice : les conséquences sur l'emploi des salariés d'une entreprise donnée sont bien plus directes s'agissant d'une autorisation de concentration relative à cette entreprise que de l'attribution d'une nouvelle génération de licences de téléphonie mobile. Pour nous résumer, en reprenant les termes de votre jurisprudence *CCE de la SFENA*, l'autorisation de concentration est bien « *de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel de l'entreprise* ».

Avant d'en venir à la question de l'objet, nous voudrions souligner que les effets de la décision attaquée nous semblent, en eux-mêmes, un élément déterminant pour admettre la recevabilité. Votre jurisprudence récente attache une grande importance aux effets d'un acte pour décider de sa contestabilité, puisque c'est ce critère que vous employez pour décider si un instrument de droit souple est susceptible de recours pour excès de pouvoir : s'agissant d'abord des actes de droit souple des autorités de régulation, vous l'avez fait jouer alternativement avec celui de l'objet puisqu'ils sont susceptibles de recours lorsqu'ils « *sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* » (CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, Rec.) ; il est ensuite devenu le seul critère de la recevabilité pour les actes de droit souple émanant d'autres autorités, qui peuvent être déférés au juge « *lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre* » (CE, Sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142, Rec.).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

1.2.2. S'agissant de la concordance entre l'objet de la décision et l'intérêt invoqué par le CSE, l'objection de l'Autorité est plus forte mais elle se surmonte également. Il faut d'abord souligner que l'objet se distingue de la finalité : certes, la finalité de la police économique confiée à l'Autorité est d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante et telle n'est pas la préoccupation première d'un CSE ; en revanche, l'objet d'une autorisation de concentration est, si vous nous pardonnez cette tautologie, d'autoriser une concentration et ceci intéresse au premier chef les IRP concernées.

Un parallèle doit être fait avec la situation de l'actionnaire d'une des parties à l'opération, dont votre section a reconnu l'intérêt pour agir dans la décision *Société France Antilles*. L'actionnaire, pris en cette qualité, n'est pas plus un acteur économique des marchés concernés par l'opération que les salariés représentés par le CSE. C'est son lien à l'entreprise concentrée qui fonde son intérêt à agir. Le lien qu'entretient le CSE avec l'entreprise, qui n'est certes pas de même nature puisqu'il ne s'agit pas d'un rapport de propriété, nous paraît cependant de même force. Le CSE n'est pas l'un des organes de la société, puisqu'il est doté d'une personnalité morale distincte (article L. 2315-23 du code du travail⁹), mais il participe à sa gouvernance en y assurant selon la loi une « *expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise* » (article L. 2312-8). Il représente l'une des composantes de l'entreprise, celle du travail, composante tout aussi indispensable à son fonctionnement que celle du capital.

La concordance entre l'objet de l'autorisation de concentration et les intérêts défendus par le CSE est confirmée par un examen plus approfondi des attributions de ce dernier. Les comités d'entreprise ont été créés par une ordonnance du 22 février 1945¹⁰ avec d'emblée une double mission : la gestion des œuvres sociales en faveur des salariés et l'exercice d'attributions consultatives « dans l'ordre économique », c'est-à-dire pour ce qui touche à la gestion de l'entreprise. Au fil du temps, leurs attributions économiques n'ont cessé d'être renforcées, notamment par les lois dites « Auroux » de 1982 et par la loi du 14 juin 2013¹¹ relative à la sécurisation de l'emploi, tout en demeurant d'ordre consultatif. La substitution du CSE au comité d'entreprise, à la délégation du personnel et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), opérée par l'ordonnance du 22 septembre 2017, n'a pas modifié pour l'essentiel¹² ces attributions économiques, pas plus que sa composition, le CSE étant constitué par l'employeur et par la délégation du personnel élue au cours de scrutins ayant lieu tous les quatre ans.

⁹ Applicable uniquement dans les entreprises d'au moins 50 salariés. Dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 n'a pas doté le CSE de la personnalité morale car dans le droit antérieur, ces entreprises n'avaient pas de comité d'entreprise et comportaient seulement une délégation du personnel non dotée de la personnalité juridique.

¹⁰ Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises.

¹¹ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

¹² La principale modification consiste à la déclinaison dans cette matière de la division tripartite initiée en matière de temps de travail par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : les dispositions du code du travail se partagent désormais entre les règles d'ordre public, champ de la négociation collective d'entreprise ou de branche ou dispositions supplétives applicables en l'absence d'accord.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les attributions économiques du CSE¹³ peuvent être présentées en trois parties : les attributions générales, les consultations et informations récurrentes et les consultations et informations ponctuelles. Au titre des attributions générales, le CSE est notamment informé et consulté sur la modification de « *l'organisation économique et juridique* » de l'entreprise (3° de cet article). Au titre des consultations et informations récurrentes, le CSE est notamment consulté sur les « *orientations stratégiques de l'entreprise* » et sur sa « *situation économique et financière* » (article L. 2312-17), ces consultations ayant lieu chaque année à défaut d'accord fixant une périodicité différente. Enfin, au titre des consultations et informations ponctuelles, le CSE doit être réuni lorsque l'entreprise est partie à une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce (article L. 2312-41 du code du travail).

C'est donc à pas moins de trois titres que le CSE est susceptible d'être consulté par l'employeur en cas de concentration : en tant que cette opération modifie l'organisation économique et juridique de l'entreprise, en tant qu'elle découle d'orientations stratégiques nouvelles et au titre de la consultation dédiée prévue par l'article L. 2312-41. C'est dire que de telles opérations ne sont pas étrangères à ses attributions. La loi¹⁴ du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a en outre créé un pont entre la procédure d'information et de consultation conduite par l'employeur et la procédure d'examen de la concentration relevant alors du Conseil de la concurrence lorsqu'il était saisi pour avis par le ministre. D'une part, elle a créé la consultation dédiée dont nous avons parlé, qui doit avoir lieu dans les trois jours suivant la publication du communiqué relatif à la notification du projet de concentration. D'autre part, elle a prévu que les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération soient entendus à leur demande par le Conseil. L'article L. 430-6 du code de commerce reprend aujourd'hui ces dispositions en cas d'examen approfondi de l'opération par l'Autorité. Les CSE¹⁵ jouissent d'un statut privilégié par rapport aux autres tiers aux parties notifiantes : alors que l'Autorité a seulement la faculté de les entendre, elle est tenue d'auditionner les CSE s'ils en font la demande.

Dès l'adoption de ces dispositions, des doutes ont été émis sur leur portée pratique et sur la capacité des comités d'entreprises à peser sur la décision prise *in fine* par l'autorité compétente¹⁶. Vingt ans après, leur bilan mériterait sans doute d'être réalisé. Il n'en reste pas moins que le législateur a décidé que le CSE avait son mot à dire dans la procédure d'autorisation des concentrations et qu'il est, dès lors, d'autant plus difficile de soutenir que les intérêts qu'il représente sont sans rapport avec l'objet de ces décisions.

1.2.3. La dernière objection a trait aux moyens susceptibles d'être invoqués par le CSE si son intérêt à agir était admis. Elle soulève pour partie des questions sur le recours pour excès de pouvoir qui dépassent le seul contentieux des concentrations.

¹³ Nous nous en tenons ici à la présentation des règles applicables aux entreprises d'au moins 50 salariés.

¹⁴ Loi n° 2001-420.

¹⁵ Le texte mentionne toujours les comités d'entreprises car il n'a pas été modifié depuis la création des CSE, mais il n'est pas douteux qu'il demeure valable à leur égard.

¹⁶ Cf. notamment R. Vatinet, « De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ? », Droit social, 2002, p. 286.

Comme vous le savez, vous avez réaffirmé par une décision *Société Groupe Canal Plus* (CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 362347, Rec.) que le recours dirigé contre une décision de l'Autorité de la concurrence autorisant une opération de concentration a le caractère d'un recours pour excès de pouvoir. Toute la palette des moyens de légalité externe et de légalité interne est donc en principe mobilisable par le requérant. Cependant, en raison de la nature des pouvoirs de l'Autorité, le débat contentieux utile porte principalement sur la question de savoir si celle-ci a fait une juste appréciation de ce que nécessite le maintien de la concurrence : vous vérifiez que l'Autorité « *use des pouvoirs que lui confère la loi d'interdiction, d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération* » (CE, Sect., 30 décembre 2010, *Société M6*, n° 338197, Rec.). Pour espérer l'emporter, le CSE requérant doit donc développer un argumentaire convaincant en termes d'analyse concurrentielle. Est-il bien placé pour le faire ?

En droit, cette question ne soulève pas de difficulté si l'on s'en réfère à votre jurisprudence constante : dès lors qu'un requérant justifie d'un intérêt lui donnant qualité à attaquer une décision, il est recevable à invoquer tout moyen à l'appui de sa demande (CE, Ass., 22 juin 1963, *Sieur Albert*, Rec. 385 ; Ass., 6 juillet 1973, *Michelin et Veyret*, n° 79752, Rec. ; 14 janvier 1998, *Commune de Toulon et Compagnie des eaux et de l'ozone*, n° 160138, Rec. ; Avis, 16 février 2001, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n° 226155, Rec.). On peut néanmoins, pour un instant de raison, trouver curieux qu'un CSE représentant les salariés d'une des parties à la concentration se plaigne de ce qu'il aurait été porté une atteinte excessive aux intérêts des entreprises concurrentes. Et il vient alors inévitablement à l'esprit que dans un autre contentieux porteur d'enjeux économiques majeurs, le contentieux contractuel, vous vous êtes écartés de cette ligne jurisprudentielle, d'abord dans le cadre du référé précontractuel qui concerne la procédure de passation des contrats soumis à publicité et à mise en concurrence (CE, Sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, n° 305420, Rec.), puis dans celui du recours de plein contentieux que vous avez ouvert contre le contrat aux tiers à ce dernier (CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994, Rec.). Dans ces deux configurations, le requérant ne peut invoquer que des manquements « *susceptibles de l'avoir lésé ou risquant de le léser* » (*Smirgeomes*) ou que des vices « *en rapport direct avec l'intérêt dont il se prévaut* », à l'exception de ceux dont la gravité est telle que le juge devrait les relever d'office (*Département du Tarn-et-Garonne*). La société Reworld Media vous invite à suivre cette voie, tout particulièrement dans son dernier mémoire.

La question mérite d'être posée mais nous ne croyons souhaitable ni de reconnaître à cet égard une spécificité du contentieux des concentrations au sein du contentieux d'excès de pouvoir, ni de remettre en cause l'une des caractéristiques essentielles de ce recours. Il est peut-être curieux de voir une IRP se plaindre d'une atteinte excessive à la concurrence, mais pas tellement plus qu'un propriétaire exproprié critiquant l'absence de signature du ministre de la défense au motif qu'un terrain militaire était inclus dans le périmètre de la DUP (moyen accueilli dans l'affaire *Michelin et Veyret*). En outre, selon les configurations, les IRP ne se retrouveront pas toujours à plaider dans ce rôle de composition. Dans l'affaire *Syndicat CGT de la Société Clemessy*, par exemple, l'organisation requérante, qui représentait les salariés de l'une des sociétés parties à l'opération, contestait les prescriptions dont était assortie l'autorisation de concentration en soutenant notamment qu'elles étaient excessives par rapport

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

à ce que nécessitait la compensation des atteintes à la concurrence. Par ailleurs, dans le cadre d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence doit examiner « *si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ». Vous jugez que le développement de l'une des parties ne constitue pas en tant que tel une contribution au progrès économique¹⁷, pas plus que le produit fiscal susceptible d'être encaissé par le Trésor public si l'opération se réalise (CE, Sect., 6 octobre 2000, *Société Pernod-Ricard*, n° 216645, Rec.). Selon les lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations¹⁸, peuvent en revanche caractériser une contribution au progrès économique des gains de productivité, l'accroissement de la qualité et de la diversité des produits proposés aux consommateurs, le renforcement des capacités de recherche et développement ou encore l'amélioration de la compétitivité internationale. Une IRP ne semblerait pas en dehors de son rôle en développant un argumentaire sur ces sujets, soit qu'elle mette en avant la contribution au progrès économique pour contester des prescriptions qu'elle estimerait excessives, soit pour contredire l'analyse de l'Autorité qui se serait fondée sur de telles contributions pour autoriser une concentration à laquelle l'IRP serait opposée.

De manière plus générale, la possibilité de soulever tout moyen de légalité à l'appui de la demande nous paraît inhérente au REP et devoir le rester. Les restrictions aux moyens invocables introduites par les jurisprudences *Smirgeomes* et *Département du Tarn-et-Garonne* s'inscrivent dans des contentieux de nature différente (cadre particulier du référé précontractuel et plein contentieux contractuel) et les conclusions des présidents Boulouis et Dacosta soulignaient justement qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la même logique que dans le contentieux d'excès de pouvoir. Nous n'ignorons pas que des débats se sont développés ces dernières années sur l'atténuation de la distinction entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux, certains allant même jusqu'à parler de « subjectivisation du recours pour excès de pouvoir »¹⁹. Des évolutions importantes ont eu lieu sur la possibilité pour le requérant en excès de pouvoir de hiérarchiser ses moyens en fonction de leur cause juridique ou des conclusions à fin d'injonction qu'il choisit de présenter (CE, Sect., 21 décembre 2018, *Société Eden*, n° 409678, Rec.) et sur la nécessité pour le juge de se placer à la date à laquelle il statue lorsque le seul effet utile de l'annulation demandée est d'obtenir une injonction (CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des américains accidentels*, n° 424216, Rec. ; cf. aussi 7 février 2020, *Confédération paysanne et autres*, n° 388649, Rec. ; 28 février 2020, *M. Stassen*, n° 433886, Rec.). Mais ces évolutions, qui tirent surtout les conséquences de la plus grande effectivité donnée au REP par le pouvoir d'injonction, ne remettent pas en cause ses autres caractéristiques essentielles que sont l'ouverture du recours, même sans texte, contre tout acte administratif (CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, Rec.), la reconnaissance de l'intérêt pour agir à toute personne dont les intérêts sont lésés de manière directe et certaine et l'autorité absolue de chose jugée des décisions d'annulation. Le recours pour excès de pouvoir a « *pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* » : si la formule employée par la décision *Dame Lamotte* demeure exacte, alors toute personne ayant intérêt à agir doit être recevable à invoquer tout moyen.

¹⁷ Le texte alors applicable reposait sur la notion de « *progrès économique et social* », mais le resserrement opéré en 2008 sur la notion de « *progrès économique* » ne paraît pas devoir modifier la jurisprudence sur ce point.

¹⁸ Version de 2020.

¹⁹ J. Sirinelli, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », RFDA 2016, p. 529.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Reste une considération qui relève de l'opportunité jurisprudentielle et qui tient aux interrogations que l'on peut avoir sur la capacité matérielle d'un CSE à développer un argumentaire convaincant sur des questions de concurrence. Vous pourriez être réticents à confirmer l'intérêt pour agir d'une catégorie de requérants qui ne serait pas en mesure d'exercer utilement son droit de recours. Toutefois, le code du travail ne laisse pas le CSE démuni : l'article L. 2312-41 lui permet, au cours de la réunion consécutive à la notification de la concentration, de solliciter le recours à un expert-comptable, financé à 80 % par l'employeur et à 20 % par lui²⁰. L'expert a alors accès, non seulement aux « *informations nécessaires à l'exercice de sa mission* » qui doivent lui être fournies par l'employeur (article L. 2315-83), mais aussi aux « *documents de toutes les sociétés intéressées par l'opération* » (article L.2315-93). L'expert a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes (article L. 2315-90) et selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il appartient à lui seul d'apprécier les documents nécessaires à sa mission, sous réserve de l'abus de droit (cf. notamment Cass. Soc., 12 septembre 2013, *Sté Honeywell Holding France c/ Syndex*, n° 13-12.200). L'expertise, qui doit être remise dans les huit jours suivant la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence (article R. 2315-47), devrait donc aider le CSE à disposer des informations nécessaires à l'exercice d'un recours utile. Le CSE peut en outre recourir librement sur ses propres moyens à toute autre expertise (article L. 2315-81) et peut ainsi avoir accès aux conseils de praticiens spécialisés des concentrations.

1.2.4. Une ultime réserve pourrait tenir à la comparaison avec d'autres pays et au souci que vous pourriez avoir de ne pas ouvrir une voie de contestation de ces opérations économiques qui ne serait reconnue qu'en France. Le centre de recherche et de diffusion juridiques du Conseil d'Etat a conduit pour les besoins de cette affaire une analyse de droit comparé qui montre qu'en réalité, la réponse à cette question dépend largement de la conception générale de l'intérêt à agir dans chaque système juridique. Un premier groupe de pays se caractérise par l'exigence d'un droit subjectif lésé ou d'un intérêt du type de ceux protégés par la législation sur les concentrations : il s'agit de l'Allemagne²¹ et des Etats-Unis²². Le système juridique de l'Union européenne se rattache à ce groupe, puisque l'article 263 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ne permet aux personnes physiques ou morales autres que les Etats membres et les institutions européennes de contester un acte d'une institution que si elles en sont le destinataire ou s'ils « *la concernent directement et individuellement* ». Sur cette base, le Tribunal de l'Union européenne n'a admis la recevabilité de recours présentés par des représentants des travailleurs contre une décision de la Commission que dans la mesure où les droits procéduraux reconnus à ces représentants par

²⁰ Cette répartition des frais résulte du 2° de l'article L. 2315-80.

²¹ Les décisions de l'autorité allemande (*Bundeskartellamt*) relèvent de la compétence exclusive des juridictions civiles et l'intérêt à agir ne s'apprécie donc pas selon les critères du contentieux administratif. La jurisprudence de la Cour fédérale de justice exige que des intérêts concurrentiels soient directement et individuellement affectés par l'opération (*materielle Beschwer*). Une décision de la Cour régionale supérieure de Berlin juge que le délégué du personnel ne bénéficie pas d'un droit à être invité à participer à la procédure devant l'autorité de la concurrence car les intérêts liés au droit du travail ne sont pas considérés comme des intérêts substantiels au sens de la loi sur les concentrations (Cour supérieure régionale de Berlin, 16.02.1960, 5. Kart. V 8/59).

²² Dans le cadre du *Clayton Act*, la Cour suprême exige que le demandeur démontre qu'il est lésé ou risque d'être lésé dans des intérêts du type de ceux que les lois antitrust cherchent à protéger (*antitrust standing*) : cf. notamment *Cargill Inc v Montfort of Colorado*, [1986] 479 U.S.C 104 et *Brunswick Corp v Pueblo Bowl o Mat* [1977] 429 U.S. 477, 97 S. Ct. 690.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

le règlement sur les concentrations²³ auraient été méconnus (TPICE, 27 avril 1995, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources et autres c/ Commission*, T-96/92, §25 à 47). Un second groupe reconnaît plus largement l'intérêt à agir de toute personne justifiant d'un intérêt lésé : il s'agit de l'Espagne, où la loi reconnaît expressément un droit d'action devant la juridiction administrative aux syndicats et autres entités habilitées à protéger des intérêts collectifs²⁴, de l'Italie où le Conseil d'Etat admet désormais la recevabilité du recours d'une association de consommateurs contre une telle décision²⁵, et du Royaume-Uni où, dans le cadre d'une conception généralement libérale de l'intérêt à agir (*judicial review*), l'*Enterprise Act* permet à toute personne lésée par une décision de l'autorité de la concurrence d'intenter un recours devant le *Competition Appeal Tribunal*²⁶.

Cette analyse confirme qu'il n'y a pas lieu de s'écarter pour le contentieux des concentrations de votre jurisprudence générale sur l'intérêt à agir en excès de pouvoir. Elle montre aussi que même dans les pays où l'intérêt à agir paraît largement reconnu, les cas de contentieux engagés par des syndicats ou des institutions représentant les salariés sont rares voire inexistantes, ce qui devrait dissiper les craintes d'une multiplication de ces contentieux si vous confirmez la recevabilité.

1.3. Vous ne ferez donc pas vôtre la thèse de l'Autorité selon lesquelles ses décisions ne pourraient jamais être contestées par un CSE. Ceci n'implique pas pour autant que l'intérêt pour agir doive être systématiquement reconnu à ce dernier. Sans prétendre aborder ici toute la variété des cas susceptibles de se présenter, quelques précisions peuvent être utiles.

L'intérêt pour agir ne devrait pas être restreint aux cas, forts rares, où le ministre de l'économie a fait usage du pouvoir d'évocation prévu par l'article L. 430-7-1 du code de commerce et peut alors se fonder sur d'autres motifs d'intérêt général que la préservation de la concurrence, notamment la création ou le maintien de l'emploi. Pour les raisons que nous avons exposées, le fait que les décisions de l'Autorité soient fondées uniquement sur la préservation de la concurrence ne fait pas obstacle à la reconnaissance de l'intérêt pour agir du CSE. Il n'y a plus lieu de distinguer entre les décisions de l'Autorité prises en « phase 1 » et celles prises après examen approfondi : même si les secondes sont les seules à pouvoir prendre en compte le « *progrès économique* », ceci constitue seulement un terrain supplémentaire éventuel d'argumentation pour le comité. De même, l'existence d'engagements ou d'injonctions structurels telles que la cession de certaines activités n'apparaît pas comme une condition nécessaire : elle permet d'appréhender plus aisément les incidences pour les salariés concernés mais la concentration en elle-même est déjà porteuse de suffisamment de conséquences.

²³ Cf. aujourd'hui sur ces droits, l'article 18.4 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

²⁴ Article 19§1.a) de la loi n° 29/1998 relative à la juridiction contentieuse administrative, auquel renvoie l'article 48§1 de la loi n°15/2007 relative à protection de la concurrence.

²⁵ Décision n. 3751 du 22 juin 2011.

²⁶ Sur les critères utilisés plus précisément pour déterminer l'intérêt à agir en la matière, *Competition Appeal Tribunal, Merger Action Group v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, [2008] CAT 34.

Il nous paraît plus fécond de distinguer selon les types de concentration prévus par l'article L. 430-1 du code de commerce. La fusion de deux entreprises antérieurement indépendantes est le cas le plus simple, car une telle opération implique la constitution et l'élection d'un nouveau CSE : selon l'article L. 2314-35 du code du travail, en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, le mandat des membres élus ne subsiste que lorsque l'entreprise « *conserve son autonomie juridique* » ; si elle devient un simple établissement, le mandat peut aller jusqu'à son terme mais l'élection suivante se fera selon le nouveau périmètre de l'entreprise. Outre les intérêts des salariés qu'il représente, le CSE a alors un intérêt propre à défendre puisque c'est son existence même qui est en cause (cf. pour un exemple de reconnaissance de l'intérêt à agir en cas d'atteinte aux intérêts propres de l'IRP, CE, 18 mai 1977, *Comité central d'entreprise de la BNP*, n° 2891, Rec.). Dans une telle configuration, l'intérêt à agir devrait toujours être reconnu.

Le deuxième cas de figure est celui de la prise de contrôle, qui est le cas d'espèce. Tant l'entreprise acquise que l'entreprise acquéreuse conservent alors leur personnalité juridique et leur CSE, du moins dans un premier temps²⁷. En raison des conséquences sur l'emploi et l'organisation de l'entreprise inhérentes à une prise de contrôle, l'intérêt pour agir du CSE devrait être présumé. Il appartiendrait alors à l'Autorité et à l'entreprise bénéficiaire de l'autorisation de renverser la présomption en montrant la faiblesse des conséquences au cas d'espèce, ce qui peut se concevoir par exemple si le CSE émane de l'entreprise acquéreuse et que la cible est de petite taille.

Il en irait en revanche différemment dans le dernier cas, qui est celui de la création d'une entreprise commune. Il y a alors création d'une nouvelle entité économique extérieure aux parties à l'opération même si elle est contrôlée par elles. Il n'y aurait alors aucune présomption : il appartiendrait au CSE de démontrer, au vu des circonstances de l'espèce, en quoi les intérêts des salariés qu'il représente sont affectés.

1.4. Avant de revenir à l'examen de la requête, nous ferons quelques dernières observations générales sur l'intérêt à agir des organisations syndicales, qui sont aussi susceptibles de contester les décisions de l'Autorité comme le montrent vos précédents *Syndicat CGT de la Société Clemessy* et *Fédération des employés et cadres CGT-FO*. A la différence des CSE qui sont élus par le personnel, les organisations syndicales sont constituées librement par leurs adhérents. Leurs prérogatives sont de nature différente, puisqu'elles ont en principe le monopole de la négociation collective²⁸, leur capacité à négocier dépendant de leur représentativité.

La reconnaissance de l'intérêt à agir des organisations syndicales soulève davantage de difficultés que celle des CSE. Certes, les syndicats représentent eux aussi les salariés dont les intérêts sont affectés par la concentration. Toutefois, à la différence du CSE, le syndicat ne jouit d'aucune prérogative liée à une telle opération, n'a pas de droit à être entendu par l'Autorité de la concurrence et ne dispose pas des mêmes facilités d'accès à l'information que

²⁷ Lorsque la prise de contrôle est exclusive, l'acquéreur peut à tout moment mettre fin à l'autonomie juridique de l'entreprise acquise par une transmission universelle de patrimoine (article 1844-5 du code civil).

²⁸ D'autres modalités d'élaboration et de conclusion des accords sont prévues dans les entreprises dépourvues de délégué syndical (articles L. 2232-21 et suivants du code du travail).

celles données par le code du travail à l'expert mandaté par le comité. Son lien avec l'entreprise concentrée est moins étroit : le syndicat n'est pas créé au niveau de l'entreprise, mais entre « *personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés* » (article L. 2131-2 du code du travail) ; le syndicat peut créer dans l'entreprise une section syndicale (article L. 2142-1), mais celle-ci n'est que son émanation, dépourvue de la personnalité morale et de la qualité pour ester en justice (Cass. Soc., 18 juillet 1979, *SA Cardot c/ Fournier*, n° 79-60.118 ; CE, 26 avril 1989, *Section syndicale C.F.D.T de la chambre de commerce et d'industrie de Nantes*, n° 16172, Tab.). Ce lien est encore plus distendu s'agissant des unions ou fédérations de syndicats, pour lesquelles vous subordonnez de manière générale l'intérêt à agir à la condition que la mesure contestée affecte plusieurs des catégories de personnels représentées par les syndicats adhérents (CE, Ass., 21 juillet 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale*, n° 75225, Rec. ; CE, Ass., 21 janvier 1977, *CFDT et CGT*, n° 93283 et 93284, Rec.).

Il nous semble donc que l'intérêt à agir des syndicats ne peut être présumé et qu'il devrait en être justifié dans chaque cas d'espèce au regard des conséquences prévisibles de l'opération dans le périmètre couvert par l'organisation. Nous sommes encore plus circonspects quant à l'intérêt à agir d'un salarié agissant à titre individuel, même s'il a été admis dans la décision *Fédération des employés et cadres (CGT-FO)* : la concentration affecte les intérêts collectifs des salariés mais il est difficile de savoir, au stade de la décision de l'Autorité de la concurrence, si elle affectera tel ou tel salarié.

2. Examen de la requête

2.1 Si vous nous suivez, vous écarterez la fin de non-recevoir de l'Autorité : s'agissant d'une prise de contrôle des sociétés du groupe Mondadori par la société Reworld Media, l'intérêt pour agir du CSE doit être présumé et ni l'Autorité ni Reworld Media ne présentent d'arguments tendant à renverser cette présomption.

2.2. Vous examinerez donc les moyens au fond. Bien que cela ne vous engage pas, notons que votre juge des référés n'a regardé aucun d'entre eux comme étant de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision de l'Autorité (JRCE, 6 septembre 2019, n° 433217, Inédit).

2.2.1. Le CSE soutient en premier lieu que le principe général des droits de la défense aurait été méconnu dès lors que les concurrents des parties à l'opération n'auraient pas été mis en mesure de présenter leurs observations. En tout état de cause, le moyen manque en fait, dès lors qu'il n'est pas contesté que la notification de l'opération a fait l'objet d'un communiqué de l'Autorité conformément aux articles L. 430-3 et R. 430-4 du code de commerce, ce qui permet aux tiers intéressés de présenter leurs observations, et que l'Autorité a en outre conduit un test de marché.

2.2.2. Nous examinerons conjointement les deux derniers moyens de la requête, tirés de ce que l'Autorité aurait commis une erreur de droit en se prononçant en dépit d'une saisine rendue irrégulière par l'intervention du jugement du TGI de Nanterre du 11 juillet 2019, méconnaissant l'autorité de la chose jugée et les prérogatives d'information et de consultation

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

du CSE prévues par les articles L. 2312-15, L. 2312-17, L. 2312-20, L. 2312-22 et L. 2312-24 du code du travail.

Il n'est pas contesté que le CSE a été consulté à deux titres sur l'opération : tout d'abord, le 22 février 2019, sur le fondement de l'article L. 2312-8 (modification de l'organisation économique ou juridique), concernant le projet de cession des titres de Mondadori France à Reworld Media, puis dans les trois jours suivant la notification du projet à l'Autorité le 29 mai 2019, conformément à l'article L. 2312-41. Toutefois, le CSE a sollicité dès le 22 février 2019 l'ouverture de la procédure d'information et de consultation sur les orientations stratégiques pour 2019, au titre de l'article L. 2312-17, et a assigné sa direction devant le TGI de Nanterre pour l'obtenir ; le jugement du 11 juillet 2019 enjoint aux sociétés composant l'UES d'ouvrir cette consultation « avant toute remise valable d'un avis sur le projet de cession et toute saisine régulière des autorités chargées de veiller à la concurrence ». Dans son dernier mémoire, la société Reworld Media vous informe que le 15 octobre 2020, le CSE a renoncé à se prévaloir du jugement du TGI et qu'elle s'est en conséquence désistée de son appel, mais ces éléments postérieurs à la décision contestée sont sans incidence sur sa légalité. Vous pourriez en revanche tenir compte de la circonstance que déférant à l'injonction du TGI, l'UES aurait convoqué une réunion sur les orientations stratégiques 2019 dès le 18 juillet 2019, mais nous ne croyons pas qu'il sera nécessaire de vous fonder sur cet élément d'espèce car il se pose une question plus générale d'opérance du moyen.

Vous ne pourrez certainement pas être convaincus par plusieurs des terrains sur lesquels se situe le CSE. Tout d'abord, l'autorité de la chose jugée par le TGI est relative (article 1355 du code civil). L'injonction qu'il prononce s'adresse aux sociétés composant l'UES Mondadori France : elle n'a d'autorité ni à l'égard de la partie notifiante, qui était uniquement Reworld Media puisque dans le cadre d'une prise de contrôle, seul l'acquéreur doit notifier (2^e alinéa de l'article L. 430-3 du code de commerce), ni à l'égard de l'Autorité de la concurrence. Le CSE tente de vous convaincre que le jugement aurait été opposable à l'Autorité de la concurrence en dépit du caractère relatif de son autorité, mais l'on voit mal sur quel fondement juridique repose cette assertion. Les précédents qu'il invoque ne sont pas comparables, car il s'agit de configurations dans lesquelles les pouvoirs dont dispose l'administration reposent sur une qualité de l'administré qui dépend d'une décision du juge judiciaire : qualité de salarié protégé remise en cause par un jugement du tribunal d'instance déclarant nulle la désignation comme délégué syndical (CE, 15 janvier 1982, *Société Allard*, n° 18463, Rec.) ; conséquences tirées par le juge de l'élection de l'illégalité judiciairement établie d'inscriptions ou de radiations sur la liste électorale (CE, 2 mai 1980, *Elections municipales de Biguglia*, n° 12781, Rec.) ; conséquences tirées sur l'examen d'une demande de carte de résident d'un étranger dont le mariage avec une personne de nationalité française a été ultérieurement déclaré nul (CE, 29 avril 1994, *T...*, n° 132430, Rec.).

En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence n'a pas le pouvoir de contrôler la régularité de sa saisine au regard du respect des obligations d'information et de consultation incombant à l'employeur. Selon l'article R. 430-2 du code de commerce, le contenu du dossier de notification est défini de manière exhaustive par les annexes 4-3 à 4-5 de ce code. Si le 1.a) de l'annexe 4-3 inclut dans ce dossier les « *comptes rendus des organes délibérants relatifs à la concentration* », cette formule renvoie nécessairement aux organes dirigeants de l'entreprise tels que le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou le directoire. Le précédent

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Société anonyme TFI (CE, 15 novembre 2017, n° 403875, Inédit) invoqué par le requérant n'est donc pas transposable puisque dans cette affaire, il était question de l'interprétation du texte définissant de manière explicite les conditions de saisine du CSA. Le CSE soutient qu'il y existerait un principe général permettant à une autorité administrative de rejeter, même sans texte, une saisine illégale ou abusive sans l'examiner au fond. Là encore, la configuration n'est en rien comparable avec celle de la décision *M. H...* (CE, 10 avril 2015, n° 376575, Tab.), dans laquelle vous avez reconnu à la CNIL la possibilité de rejeter les plaintes présentant un caractère abusif : ce pouvoir découle du principe général d'opportunité des poursuites, alors qu'en matière de concentrations, l'Autorité de la concurrence exerce un rôle de police sur des opérations économiques régies par le principe de liberté du commerce et de l'industrie. Elle doit se prononcer sur toutes les opérations qui lui sont soumises.

Il ne saurait être demandé à l'Autorité de la concurrence de veiller au respect du code du travail, conformément au principe d'indépendance des législations dont vous avez eu l'occasion de confirmer l'application en matière de concentrations (CE, 21 octobre 2016, *Association des entreprises de biologie médicale*, n° 394117, Tab.). Le CSE dispose d'autres voies de droit pour faire respecter ses prérogatives : à défaut d'information et de consultation, le tribunal judiciaire statuant en référé peut enjoindre à la société d'ouvrir cette procédure et suspendre dans cette attente les effets de la cession (Cass. Soc., 6 mars 2012, *Sté Total raffinage marketing c/ Comité d'établissement de la Raffinerie des Flandres Total*, n° 10-30.815 ; CA Paris, 10 mars 2014, *Comité central d'entreprise Sté Printemps c/ SAS Printemps*, n° 13-17082). Cette suspension peut intervenir même après autorisation de la concentration par l'Autorité, celle-ci ne décidant de la légalité de l'opération que du point de vue du droit de la concurrence.

Le seul élément qui peut prêter à hésitation tient aux circonstances particulières de l'espèce, dans lesquelles le TGI avait expressément enjoint aux sociétés de l'UES Mondadori France d'ouvrir la consultation sur les orientations stratégiques avant de saisir l'Autorité de la concurrence. Le CSE soutient qu'en passant outre ce jugement, l'Autorité a prêté son concours à la commission par l'employeur du délit d'entrave défini par l'article L. 2317-1 du code du travail, qui punit d'une amende de 7 500 euros le fait d'apporter une entrave au fonctionnement régulier de cette instance. Depuis la décision *Société Lambda* (CE, Ass., 6 décembre 1996, n° 167502, Rec.), le droit pénal est inclus dans le bloc de légalité dont le juge administratif assure le respect, au sens où une décision administrative qui place son destinataire dans une situation où il commet nécessairement un délit est illégale. L'indépendance des législations trouve ici sa limite et c'est pourquoi dans la décision *Association des entreprises de biologie médicale*, vous avez pris soin de relever que l'autorisation de concentration ne saurait être regardée comme ayant nécessairement et par elle-même pour effet de conduire à une méconnaissance de la législation en cause dans cette affaire, interdisant la participation de certaines catégories d'opérateurs au capital social de sociétés exploitants des laboratoires de biologie médicale.

Toutefois, comme dans cette dernière affaire, il n'est pas établi que la décision contestée conduisait nécessairement à la commission du délit d'entrave par les sociétés de l'UES Mondadori France. Aux termes de l'article L. 430-3 du code de commerce, l'opération peut être notifiée à l'Autorité dès que les parties sont en mesure de présenter un « *projet suffisamment abouti* », par exemple lorsqu'elles ont conclu un accord de principe ou signé une

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

lettre d'intention²⁹. De manière générale, la délivrance de l'autorisation n'entraîne donc pas de manière irréversible la finalisation de l'opération. En l'espèce, il ne ressort pas des pièces du dossier que la finalisation de l'opération aurait été soumise à la délivrance de l'autorisation comme seule condition suspensive et qu'une fois cette décision acquise, plus rien ne pouvait l'arrêter.

En outre, nous ne voyons pas comment l'Autorité aurait pu légalement suspendre son examen après que le jugement du TGI lui eut été notifié. A compter de la réception du dossier de notification complet, l'Autorité est tenue de prendre sa décision dans des délais définis par la loi (25 jours ouvrés en phase I, auxquels s'ajoutent 65 jours en cas d'examen approfondi). L'expiration de ces délais entraîne l'intervention d'une décision implicite d'acceptation (articles L. 430-5-IV et L. 430-7-V). L'article L. 430-5 ne permet la prorogation de ce délai que si les parties « *ont manqué de l'informer dès sa survenance d'un fait nouveau, qui aurait dû être notifié s'il s'était produit avant une notification* » : contrairement à ce que soutient le CSE, le jugement du TGI ne peut être regardé comme un tel fait nouveau car il ne fait pas partie des informations soumises à notification. Il nous semble qu'il y a là un parti pris du législateur, fût-il implicite : en définissant ces délais impératifs, alors qu'il est fréquent que des litiges soient en cours devant le juge judiciaire sur la question de savoir si les obligations d'information et de consultation des employeurs ont été correctement accomplies, la loi impose à l'Autorité d'accomplir son examen sans s'y arrêter. Vous écarterez donc ce dernier moyen.

PCMNC :

- **au rejet de la requête ;**
- **à ce qu'il soit mis à la charge du CSE de l'UES Mondadori France le versement à la société Reworld Media d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.**

²⁹ Jusqu'à la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, l'article L. 430-3 prévoyait en revanche la notification « *lorsque la ou les parties concernées sont engagées de façon irrévocable* ».