ARRÊT DU TRIBUNAL (sixième chambre)

13 septembre 2010*

Dans l'affaire T-452/04,

Éditions Odile Jacob SAS, établie à Paris (France), représentée par M^es^ W. van Weert, O. Fréget, M. Struys, M. Potel et L. Eskenazi, avocats,

partie requérante,

contre

Commission européenne, représentée initialement par M. A. Whelan, M^me^ O. Beynet, MM. A. Bouquet et F. Arbault, puis par M. Bouquet et M^me^ Beynet, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

*Langue de procédure : le français.

soutenue par

Wendel Investissement SA, établie à Paris, représentée initialement par M[es] C. Couadou et M. Trabucchi, puis par M[es] Trabucchi et F. Gordon, avocats,

et par

Lagardère SCA, établie à Paris, représentée initialement par M[es] A. Winckler, I. Girgenson et S. Sorinas Jimeno, puis par M[es] Winckler, F. de Bure et J.-B. Pinçon, avocats,

parties intervenantes,

ayant pour objet une demande d'annulation de la décision (2004) D/203365 de la Commission, du 30 juillet 2004, relative à l'agrément de Wendel Investissement comme acquéreur des actifs cédés conformément à la décision 2004/422/CE de la Commission, du 7 janvier 2004, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (Affaire COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (JO L 125, p. 54),

LE TRIBUNAL (sixième chambre),

composé de MM. A. W. H. Meij, président, V. Vadapalas et L. Truchot (rapporteur), juges,

greffier : M^me^ T. Weiler, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 28 janvier 2010,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

1 Le 25 septembre 2002, Vivendi Universal SA (ci-après « VU ») a décidé de céder les actifs d'édition détenus en Europe par sa filiale Vivendi Universal Publishing SA (ci-après « VUP »).

2 Lagardère SCA s'est portée candidate à l'acquisition de ces actifs, constitués de participations et d'actifs de direction de VUP (ci-après les « actifs cibles »).

3 Il est toutefois apparu que le calendrier de cession établi par VU, qui désirait céder les actifs cibles et en recevoir le prix dans les meilleurs délais, n'était pas compatible avec l'échéancier des formalités nécessaires à l'autorisation préalable par les autorités de concurrence compétentes de ce projet d'acquisition.

4 Lagardère a donc demandé à Natexis Banques Populaires SA (ci-après « NBP ») de se substituer à elle, par l'intermédiaire d'une de ses filiales ayant pour objet l'acquisition des actifs cibles auprès de VUP, leur détention à titre provisoire, puis, une fois obtenue l'autorisation du projet d'acquisition des actifs cibles par Lagardère, leur revente à celle-ci.

5 Par lettre du 8 octobre 2002, NBP a accepté la demande de Lagardère.

6 Lagardère et NBP ont présenté les principales conditions d'acquisition des actifs cibles par NBP à la Commission des Communautés européennes, qui les a approuvées.

7 Lagardère a ensuite présenté à VU son offre d'acquisition des actifs cibles, laquelle prévoyait la substitution à Lagardère de NBP ou de toute entité de ce groupe.

8 Le 29 octobre 2002, VU a approuvé la cession des actifs cibles à Lagardère.

9 Le 3 décembre 2002, Investima 10 SAS, filiale à 100 % d'Ecrinvest 4 SA, elle-même filiale à 100 % de Segex Sarl, contrôlée pour sa part à 100 % par NBP, a signé en faveur de VUP une promesse d'acquisition des actifs cibles.

10 Le même jour, Segex et Ecrinvest 4 ont conclu avec Lagardère un contrat de cession (ci-après le « contrat de cession ») permettant à Lagardère (par le biais d'Ecrinvest 4), après autorisation par la Commission de l'opération de concentration envisagée, d'acquérir la totalité du capital d'Investima 10, détentrice des actifs cibles, sous réserve de l'exercice par VUP de la promesse d'acquisition précitée. Le prix d'acquisition de ces titres avait été payé d'avance par Lagardère à Segex, titulaire de la totalité des actions composant le capital d'Ecrinvest 4.

11 Le 20 décembre 2002, VUP a exercé la promesse d'acquisition d'Investima 10 et celle-ci a conclu le même jour avec VUP le contrat d'acquisition des actifs cibles.

12 Le même jour, NBP a publié le communiqué de presse suivant :

« NBP acquiert la totalité de l'ensemble des actifs cédés en vue de leur revente [à Lagardère] dès l'obtention de l'autorisation des autorités de la concurrence.

À compter de ce jour, les actifs de VUP seront détenus par la société Investima 10, détenue indirectement à 100 % par NBP.

Cette société anonyme à directoire et conseil de surveillance devient la maison mère des sociétés composant le périmètre cédé.

[…] »

13 Aux termes de l'article 4, paragraphe 1, du contrat de cession :

« ii) [Segex] se porte fort de ce que Ecrinvest 4 et Ecrinvest 4 s'engage à ce que :

[…]

c) [Investima 10] désigne en qualité de membres [de son] directoire […] un ou plusieurs tiers indépendants, à l'exclusion de toute personne issue des groupes de [Segex] ou de [Lagardère] ;

[…]

e) les statuts [d'Investima 10] confèrent, de manière exclusive, à un membre du directoire les attributions dont le directoire peut être [chargé] au titre du présent contrat vis-à-vis de la Commission […] ou de toute autre autorité de la concurrence compétente et à ce que soit nommé, en cette qualité, un tiers indépendant […] »

14 Le 20 décembre 2002, le directoire d'Investima 10 a été constitué, B., président du Cabinet S., étant nommé membre du directoire en qualité de « tiers indépendant », au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous ii), e), du contrat de cession.

15 L'article 2, paragraphe 2, du contrat signé par Ecrinvest 4 et le cabinet S., le 19 décembre 2002, spécifie, en son premier alinéa, que, dans le cadre de son mandat social, B. agira dans l'intérêt d'Investima 10 et des actifs cibles et, plus particulièrement, dans le souci de maintenir leur viabilité, leur valeur économique et leur compétitivité.

16 À cette fin, en son deuxième alinéa, l'article 2, paragraphe 2, de ce contrat précise que B. devra respecter et s'assurer que le directoire d'Investima 10 respecte :

« i) les [stipulations] figurant à l'article 4 du contrat de cession […] relativement […] aux principes de gestion en bon père de famille des actifs, dont le respect sera demandé au directoire et aux organes sociaux des participations dans l'objectif d'en préserver la continuité du périmètre et la valeur.

[…] »

17 Le 14 avril 2003, Lagardère a procédé, conformément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement (CEE) nº 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (rectificatif au JO 1990, L 257, p. 13), tel que modifié par le règlement (CE) nº 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 180, p. 1), à la notification auprès de la Commission de son projet d'acquisition des actifs cibles de VUP.

18 Par décision du 5 juin 2003, la Commission, constatant que le projet de concentration notifié soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, a engagé le contrôle approfondi de cette opération, sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 4064/89.

19 Il ressort des écritures des parties qu'Investima 10 est devenue Editis SA le 14 octobre 2003.

20 Le 27 octobre 2003, la Commission a adressé à Lagardère une communication des griefs lui exposant les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration notifiée et à laquelle Lagardère a répondu le 17 novembre suivant.

21 En conséquence, Lagardère a présenté à la Commission, le 2 décembre 2003, une série de mesures correctives prenant la forme d'engagements de rétrocession d'actifs cibles.

22 La décision 2004/422/CE (affaire COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (JO L 125, p. 54), du 7 janvier 2004 de la Commission (ci-après la « décision du 7 janvier 2004 »), adoptée en vertu de l'article 8, paragraphe 2, du règlement nº 4064/89, dispose :

« Article premier

L'opération notifiée, telle que modifiée par le paquet d'engagements du 21 décembre 2003, par laquelle Lagardère acquiert le contrôle exclusif des [actifs cibles] de VUP, désormais appelée Editis, est déclarée compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen.

Article 2

L'article 1er est applicable sous réserve du respect intégral par Lagardère des engagements mentionnés [à] l'annexe II.

Article 3

La présente décision est assortie de la charge que Lagardère respecte pleinement les autres engagements décrits à l'annexe II. »

23 Aux termes du paragraphe 1 de ses engagements figurant à l'annexe II, Lagardère s'est obligée à rétrocéder l'intégralité des actifs d'Editis (ci-après les « actifs rétrocédés ») à l'exclusion des actifs limitativement énumérés à ce paragraphe (ci-après les « actifs conservés »).

24 Les actifs rétrocédés représentaient approximativement 60 à 70 % du chiffre d'affaires mondial de VUP et 70 à 80 % du chiffre d'affaires réalisé par VUP sur les marchés de l'édition francophone concernés par l'opération de concentration autorisée (ci-après l'« opération de concentration »).

25 Le paragraphe 2 des engagements de Lagardère précise que le détail des actifs conservés figure en annexe 1 auxdits engagements.

26 Aux termes du paragraphe 3 de ces derniers, Lagardère s'engage à conclure des accords irrévocables de rétrocession dans un délai, tenu confidentiel, à compter de la date de la réception de la décision d'autorisation conditionnelle et à procéder à la rétrocession effective dans un délai, tenu confidentiel, à compter de la conclusion de l'accord.

27 Lagardère disposait de la faculté de choisir le repreneur des actifs rétrocédés, en fonction de critères de sélection définis en ces termes par le paragraphe 10 de ses engagements :

« Afin de préserver une concurrence effective sur les marchés concernés, la partie notifiante s'engage à procéder à la cession des actifs cédés à un ou à plusieurs cessionnaires indépendants de la partie notifiante et répondant aux conditions suivantes :

a) Lagardère ne pourra pas avoir d'intérêts significatifs directs ou indirects dans le ou les cessionnaires ;

b) Le ou les cessionnaires devront être des opérateurs viables, capables et ayant les incitations économiques à maintenir ou à développer une concurrence effective, sans que cette formulation n'exclue a priori aucune catégorie d'acquéreurs industriels ou financiers ;

c) En outre, l'acquisition d'un ou de plusieurs actifs cédés par un acquéreur potentiel ne peut être de nature à créer de nouveaux problèmes de concurrence ni risquer de retarder la mise en œuvre des engagements. La partie notifiante devra être en mesure de démontrer à la Commission que l'acquéreur remplit les conditions des engagements et que le ou les actifs cédés sont cédés conformément aux présents engagements ;

d) Le ou les cessionnaires auront obtenu ou seront raisonnablement susceptibles d'obtenir toutes les autorisations nécessaires à l'acquisition et à l'exploitation des actifs cédés. »

28 Le paragraphe 14 des engagements de Lagardère précise que le choix du ou des cessionnaires sera soumis à l'agrément de la Commission et que la demande d'agrément des intéressés comportera les informations nécessaires pour permettre à la Commission de vérifier la conformité de leur candidature aux conditions définies par le paragraphe 10 cité au point 27 ci-dessus.

29 Lagardère devait désigner un mandataire répondant aux conditions fixées en ces termes par le paragraphe 15 de ses engagements :

« La partie notifiante désignera un mandataire afin d'exercer les missions définies ci-après. Le mandataire devra être indépendant de Lagardère et d'Editis, posséder les qualifications nécessaires pour accomplir son mandat, par exemple en sa qualité de banque conseil, de consultant ou d'auditeur, et ne pas être exposé à un conflit d'intérêts. Le mandataire sera rémunéré par Lagardère selon des modalités qui ne portent pas atteinte à la bonne exécution de son mandat ni à son indépendance. »

30 Le paragraphe 9 des engagements de Lagardère prévoit en ces termes la désignation d'un gestionnaire des éléments d'actifs séparés (Hold Separate Manager) :

« La partie notifiante désignera un [gestionnaire des éléments d'actifs séparés] responsable de la gestion des actifs cédés, sous le contrôle du mandataire. Le [gestionnaire des éléments d'actifs séparés] devra gérer les actifs cédés de façon indépendante et dans le cadre normal des affaires, en vue de garantir la préservation de leur viabilité économique, leur négociabilité, leur compétitivité et leur autonomie par rapport aux actifs conservés et aux autres activités de Lagardère. Dans l'hypothèse où un dirigeant social d'une filiale d'Editis faisant l'objet de l'engagement de cession cesserait ses fonctions, le [gestionnaire des éléments d'actifs séparés] aura le pouvoir de désigner le successeur de celui-ci, sous le contrôle du mandataire. »

31 La mission du mandataire est définie en ces termes par les engagements de Lagardère :

« 20. L'intervention du mandataire a pour objectif d'assurer la réalisation des présents engagements. La Commission adressera au mandataire, d'office ou à la demande du mandataire ou de la partie notifiante, toute instruction visant à assurer la réalisation des présents engagements.

21. La mission du mandataire consistera à :

a) s'assurer que les actifs cédés sont maintenus et gérés au sein d'une structure distincte, de façon séparée et indépendante des actifs conservés et des autres activités de Lagardère, jusqu'à la date de cession effective des actifs cédés ;

b) s'assurer que le [gestionnaire des éléments d'actifs séparés] maintient la viabilité et la négociabilité des actifs cédés et la gestion et l'exploitation des actifs cédés dans le cadre normal des affaires, conformément à la pratique antérieure, jusqu'à la date de cession effective des actifs cédés ;

c) s'assurer que des mesures efficaces ont été prises pour qu'aucune information sensible du point de vue de la concurrence relative aux actifs cédés ne soit communiquée à la partie notifiante, à l'exception des informations nécessaires à la cession des actifs cédés dans les meilleures conditions possibles en conformité avec les présents engagements ;

d) s'assurer que les mesures de restructuration soient menées conformément aux présents engagements, être informé des discussions en cours entre Lagardère et Editis sur les détourages et, au besoin, assister à ces discussions ;

[…]

f) de manière générale, assurer la préservation de la pleine valeur économique et concurrentielle des actifs cédés et prendre toute mesure utile à cette fin ;

g) de manière générale, veiller à l'exécution satisfaisante par la partie notifiante des présents engagements. »

32 En outre, le paragraphe 24 des engagements précise ce qui suit :

« En cas de désaccord entre Lagardère et Editis sur les mesures de restructuration nécessaires à la réalisation des présents engagements, l'une ou l'autre des parties pourra en informer le mandataire par lettre recommandée dont une copie devra être adressée à l'autre partie. Le mandataire fera alors une recommandation, dans les meilleurs délais, après avoir entendu les parties en respectant le principe du contradictoire, sur la portée des mesures de restructuration nécessaires. Le mandataire adressera à la Commission un rapport l'informant de sa recommandation. Si le désaccord entre Lagardère et Editis persiste, l'une ou l'autre des parties pourra demander à la Commission de fixer, après avoir entendu les parties en respectant le principe du contradictoire, la portée des mesures de restructuration nécessaires. »

33 Enfin, les engagements de Lagardère relevant de la section « Modification de la forme sociale d'Editis » disposent :

« 30. Après approbation des nouveaux statuts par la Commission, la partie notifiante transformera Editis en société par actions simplifiée. À l'issue de cette transformation, les organes sociaux d'Editis comprendront […] un président-directeur général, qui assumera les fonctions de [gestionnaire des éléments d'actifs séparés] et […] un comité d'actionnaires composé de trois […] représentants du mandataire visé au paragraphe 15 ci-dessus et de deux […] représentants de Lagardère.

31. La société par actions simplifiée sera organisée selon les principes suivants :

a) La direction d'Editis sera assumée par son président-directeur général sous le contrôle du mandataire dans le cadre de ses missions telles que définies ci-dessus ;

b) Le comité d'actionnaires exercera un contrôle sur la gestion des actifs conservés et aura droit à ce titre à l'ensemble des informations relatives à ces actifs ;

c) S'agissant des actifs cédés, le comité d'actionnaires disposera, sous le contrôle du mandataire, d'un droit d'information portant sur tous les décisions ou événements pouvant affecter les intérêts patrimoniaux de Lagardère au sein des actifs cédés et, en particulier, les informations suivantes : les résultats courants, les décisions d'investissement, de vente d'actifs ou d'acquisitions ayant une incidence supérieure à 200 000 euros, les décisions affectant l'endettement de la société et les garanties de toute nature, ainsi que toutes les décisions stratégiques ou sortant du domaine des affaires courantes. Toutefois, le mandataire s'assurera que les informations confidentielles de nature commerciale ou opérationnelle concernant les actifs cédés, y compris, le cas échéant, celles mentionnées dans la précédente phrase, ne soient pas communiquées à Lagardère.

32. Durant la période s'étendant entre l'adoption par la Commission d'une décision autorisant l'opération notifiée et la transformation d'Editis en société par actions simplifiée, Editis continuera à être dirigée par les organes sociaux actuellement en place, en coordination avec le mandataire. Pendant cette période, Lagardère, en sa qualité d'actionnaire d'Editis, aura droit à l'ensemble des informations relatives aux actifs conservés. S'agissant des actifs cédés, le mandataire s'assurera de la communication à Lagardère des informations visées au paragraphe 31, sous c), ci-dessus. »

34 Le 5 février 2004, la Commission a :

— agréé comme gestionnaire des éléments d'actifs séparés A. K. et approuvé le projet définissant sa lettre de mission, soumis le 30 janvier 2004 ;

— agréé comme mandataire le cabinet S., représenté par son président, B., et approuvé le projet définissant son mandat présenté le 30 janvier 2004.

35 Le 9 février 2004, Lagardère a nommé le cabinet S. en qualité de mandataire.

36 Le 25 mars 2004, Editis a été transformée, en application du paragraphe 30 des engagements de Lagardère, en société par actions simplifiée, dont les organes sociaux comprenaient désormais, outre le président-directeur général exerçant les fonctions de gestionnaire des éléments d'actifs séparés, le comité d'actionnaires composé des trois représentants du mandataire et des deux représentants de Lagardère.

37 Lagardère s'est rapprochée de plusieurs entreprises, dont la requérante, susceptibles de racheter les actifs rétrocédés.

38 La requérante a manifesté son intérêt pour cette opération. Par télécopie du 28 avril 2004, elle a communiqué son offre de reprise à Lagardère.

39 Dans un communiqué du 19 mai 2004, Lagardère a annoncé qu'elle retenait les offres de rachat de cinq acquéreurs potentiels, dont celle de la requérante, et qu'elle accordait une exclusivité jusqu'au 25 mai 2004 à minuit à l'un d'eux, Wendel Investissement SA (ci-après « Wendel »).

40 Le 28 mai 2004, Lagardère et Wendel sont parvenues à un projet d'accord de rachat des actifs rétrocédés.

41 Par lettre du 4 juin 2004, Lagardère a demandé à la Commission d'agréer Wendel comme acquéreur de ces actifs.

42 Le 5 juillet 2004, le cabinet S. a présenté à la Commission son rapport de synthèse concluant à la conformité de la candidature de Wendel aux critères d'agrément définis par le paragraphe 10 des engagements de Lagardère.

43 Par décision (2004) D/203365, du 30 juillet 2004, la Commission a agréé Wendel comme acquéreur des actifs rétrocédés, après avoir constaté qu'elle remplissait les critères d'agrément fixés par le paragraphe 10 des engagements de Lagardère.

44 Cette décision a été adoptée conformément au paragraphe 14 des engagements de Lagardère et sur la base de la demande d'agrément susmentionnée, du projet d'accord de cession qui lui était annexé, du rapport du cabinet S., des réponses écrites de Lagardère et de Wendel à une demande de renseignements de la Commission, des informations livrées par Wendel lors d'une réunion avec les services de la Commission, ainsi que d'un échange de vues sur la candidature de Wendel avec les organisations représentant le personnel d'Editis et des tiers intéressés.

45 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 8 juillet 2004, la requérante a introduit un recours en annulation contre la décision du 7 janvier 2004 (affaire T-279/04).

46 Par télécopie du 27 août 2004, la Commission a communiqué à la requérante, à la demande de celle-ci, la décision agréant Wendel comme repreneur des actifs rétrocédés.

47 Le transfert de la propriété à Wendel de ces actifs, dénommés « Nouvel Editis », est intervenu le 30 septembre 2004.

Procédure

48 Par requête déposée le 8 novembre 2004, la requérante a introduit le présent recours en annulation contre la décision d'agrément du 30 juillet 2004 (ci-après la « décision du 30 juillet 2004 »).

49 Par arrêt de ce jour, le Tribunal (sixième chambre) a rejeté le recours en annulation que la requérante avait formé, dans l'affaire T-279/04, contre la décision du 7 janvier 2004.

50 Par actes introduits les 25 janvier et 24 mars 2005, Wendel et Lagardère ont demandé à intervenir au litige, au soutien des conclusions de la Commission, conformément à l'article 115 du règlement de procédure du Tribunal.

51 Par actes déposés les 3 mars et 18 avril 2005, la requérante a, d'une part, demandé que, conformément à l'article 116, paragraphe 2, du règlement de procédure, certaines pièces annexées à la requête et certains passages de cette pièce, ainsi que du

mémoire en défense, soient exclus de la communication des actes de procédure à Wendel et à Lagardère et, d'autre part, produit, aux fins de cette communication, une version non confidentielle des documents en question.

52 Par ordonnances du président de la quatrième chambre des 11 mai et 25 octobre 2005, Lagardère et Wendel ont été admises à intervenir au litige, au soutien des conclusions de la Commission, et instruction a été donnée au greffe du Tribunal de leur communiquer la version non confidentielle des actes de procédure.

53 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 10 juin 2005, Lagardère a contesté la demande de traitement confidentiel présentée par la requérante.

54 Lagardère et Wendel ont déposé leur mémoire en intervention les 16 septembre 2005 et 27 avril 2006.

55 La requérante a présenté ses observations en réponse, par mémoires déposés les 8 novembre 2005 et 4 juillet 2006.

56 Par ordonnance du 19 juin 2007, le président de la quatrième chambre a rejeté la demande de traitement confidentiel présentée par la requérante à l'égard de Lagardère et donné instruction au greffe du Tribunal de communiquer à Lagardère la version originale des pièces concernées.

57 La composition des chambres du Tribunal ayant été modifiée, le juge rapporteur a été affecté à la sixième chambre, à laquelle la présente affaire a, par conséquent, été attribuée, le 24 octobre 2008.

58 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal (sixième chambre) a décidé d'ouvrir la procédure orale et a invité les parties à répondre par écrit à certaines questions. Les parties ont déféré à cette demande dans le délai imparti.

59 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal lors de l'audience du 28 janvier 2010.

60 Par arrêt du 9 juin 2010, Éditions Odile Jacob/Commission (T-237/05, Rec. p. II-2245), le Tribunal a annulé la décision de la Commission du 7 avril 2005 rejetant une demande de la requérante visant à obtenir, en application du règlement (CE) nº 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43), l'accès à certains documents afin de les utiliser au soutien du présent recours.

61 Par lettre déposée le 21 juin 2010, la requérante a demandé la suspension du délibéré dans la présente affaire pendant un délai raisonnable à compter de la communication par la Commission des documents en cause.

Conclusions des parties

62 La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— annuler la décision du 30 juillet 2004 ;

— condamner aux dépens la Commission et Lagardère.

63 La Commission, soutenue par Lagardère et Wendel, conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— rejeter le recours ;

— condamner la requérante aux dépens.

En droit

64 Au soutien de son recours, la requérante invoque quatre moyens, respectivement tirés de ce que la Commission aurait, en premier lieu, manqué à son obligation de contrôle de la sélection des candidats à la reprise des actifs rétrocédés, en deuxième lieu, agréé Wendel sur le fondement d'un rapport établi par un mandataire non indépendant d'Editis, de Lagardère et de Wendel, en troisième lieu, violé l'obligation de motivation qui s'imposait à elle et, en quatrième lieu, commis une erreur manifeste dans l'appréciation de la conformité de la candidature de Wendel aux conditions d'agrément du repreneur des actifs rétrocédés, définies par le paragraphe 10, sous b), des engagements de Lagardère.

65 Il convient d'examiner au préalable le deuxième moyen, par lequel la requérante soutient que la décision du 30 juillet 2004 a été adoptée au vu d'un rapport rédigé par un mandataire non indépendant d'Editis.

Arguments des parties

66 La requérante soutient que, lorsque, le 9 février 2004, Lagardère a, en vertu du paragraphe 15 de ses engagements, nommé le cabinet S., représenté par son président, B., en qualité de mandataire, B. était, depuis le 20 décembre 2002, membre du directoire d'Investima 10, devenue Editis, comme indiqué au point 19 ci-dessus, le 14 octobre 2003.

67 Selon la requérante, en sa qualité de dirigeant d'Editis, investi, à l'égard des tiers, de la plénitude des pouvoirs attribués aux membres d'un directoire, B. n'était donc pas indépendant d'Editis, contrairement aux prescriptions dudit paragraphe 15.

68 L'exercice des fonctions de mandataire indépendant chargé, au nom et pour le compte de la Commission, de superviser la rétrocession d'actifs désinvestis impliquerait, en effet, à l'égard de l'entité dont l'intéressé doit superviser la cession d'actifs, l'absence de liens de quelque nature que ce soit, et, à plus forte raison, de ceux de ces liens qui présentent un caractère financier. Or les fonctions de membre de directoire exercées par B. auraient été rémunérées.

69 En outre, B. serait resté membre du directoire d'Editis jusqu'au 25 mars 2004 et aurait ainsi cumulé, du 9 février 2004 jusqu'à cette date, deux fonctions consistant à contrôler, respectivement, la cession d'Editis à Lagardère, puis la revente à un tiers des actifs rétrocédés.

70 Enfin, même après la cessation de ses fonctions de membre du directoire d'Editis, B. serait nécessairement resté lié à Editis, dans la mesure où sa responsabilité civile et

pénale pouvait encore être engagée pendant plusieurs années à l'égard des actionnaires et des tiers.

71 La seule existence d'un doute quant à l'indépendance du mandataire suffirait à entacher de nullité la procédure relative aux actifs rétrocédés et, partant, la décision du 30 juillet 2004. Le rapport d'évaluation de la candidature d'un repreneur établi par le mandataire constituerait, en effet, un élément fondamental et déterminant de la décision de la Commission d'agréer ou non l'intéressé.

72 Sauf à remettre en cause le rôle même du mandataire dans la procédure des rétrocessions d'actifs, les conclusions de son rapport auraient nécessairement eu un impact déterminant sur la décision du 30 juillet 2004. Il suffirait de rapprocher les conclusions du rapport du mandataire et la décision du 30 juillet 2004 pour constater que celle-ci procède directement du texte du rapport, qui en constitue la matrice sur bien des points.

73 La Commission conteste les arguments de la requérante. Elle rappelle que, lorsque VUP est passée sous le contrôle de NBP, B., président du cabinet S., a été nommé membre du directoire d'Investima 10, filiale de NBP détenant les actifs cibles, en application de l'article 4, paragraphe 1, sous ii), e), du contrat de cession.

74 Étant donné que l'intéressé était chargé d'exercer les attributions du directoire d'Investima 10, devenue Editis, en sa qualité de tiers indépendant à l'égard des autorités de concurrence compétentes, cette fonction serait assimilable à celle du mandataire visé par le paragraphe 15 des engagements de Lagardère.

75 Après que le cabinet S. a été nommé, en la personne de B., son président, mandataire chargé du contrôle des engagements de rétrocessions de Lagardère, postérieurement à la prise de contrôle d'Editis par Lagardère, B. aurait continué provisoirement à exercer la fonction de tiers indépendant membre du directoire d'Editis rémunéré par NBP, en raison de la connaissance d'Editis que l'intéressé avait acquise en cette qualité.

76 Loin de créer un lien de dépendance entre B. et Editis, le maintien de la présence de B. au sein de ce directoire serait parfaitement conforme à la décision du 7 janvier 2004 et aux engagements de Lagardère. Le but serait de prévenir l'influence de Lagardère sur la gestion d'Editis pendant la période transitoire, au cours de laquelle les organes sociaux installés depuis la prise de contrôle de VUP par NBP devaient, conformément au paragraphe 30 des engagements de Lagardère, rester en place jusqu'à la transformation d'Editis en société par actions simplifiée, intervenue le 25 mars 2004.

77 La qualité de membre du comité d'actionnaires d'Editis conférée à B. du 25 mars 2004 à la date du transfert à Wendel de la propriété des actifs rétrocédés serait également conforme aux engagements de Lagardère. Le paragraphe 30 préciserait que les représentants du mandataire devaient avoir une majorité dans le comité d'actionnaires, pour garantir qu'un tiers indépendant, le mandataire, s'assure que Lagardère ne puisse exercer une influence sur la gestion d'Editis.

78 Le cabinet S. n'ayant été désigné comme mandataire, en la personne de son président, que lors de la cession d'Editis par NBP à Lagardère, tout lien antérieur ou postérieur entre le cabinet S. et NBP serait sans pertinence pour apprécier son indépendance vis-à-vis d'Editis, dès lors que, au stade de la mise en œuvre des engagements, NBP n'avait plus le contrôle d'Editis. D'éventuels liens entre le mandataire et NBP, ancien propriétaire d'actifs faisant l'objet d'une décision d'autorisation sous conditions d'une concentration, ne seraient pas aptes à mettre en péril la réalisation de rétrocessions visant à résoudre les problèmes de concurrence découlant de la fusion de ces actifs cibles avec ceux de Lagardère.

79 Selon la Commission, la requérante déduirait la preuve de l'absence d'indépendance du mandataire à l'égard d'Editis de la seule constatation qu'il n'était pas dépourvu de tout lien ou contact avec Editis. Toutefois, la condition d'indépendance à l'égard d'Editis que la Commission a exigée du mandataire aurait été destinée à assurer que le contrôle de la candidature du repreneur des actifs rétrocédés ne soit fondé que sur la viabilité et la force concurrentielle de ces actifs, à l'exclusion de considérations per-

sonnelles. On ne saurait donc valablement reprocher au mandataire d'avoir eu intérêt à agir au bénéfice d'Editis, car cela constituait une condition nécessaire à la pleine réalisation des engagements et au maintien d'une concurrence effective.

80 En tout état de cause, pour que le défaut d'indépendance du mandataire, à le supposer établi, entraîne l'annulation de la décision du 30 juillet 2004, il faudrait encore démontrer que cette irrégularité a amené l'intéressé à établir un rapport dépourvu d'objectivité et que ce document a eu un rôle déterminant sur le contenu de ladite décision.

81 Or, non seulement la requérante n'apporterait aucun élément tendant à démontrer que le mandataire a établi un rapport erroné ou tendancieux, mais encore elle ne démontrerait nullement que ce document a eu un rôle déterminant sur le sens de la décision du 30 juillet 2004.

82 Aux fins de la décision finale d'agrément de l'acquéreur des actifs rétrocédés, le mandataire aurait simplement eu pour mission de fournir une évaluation de l'acquéreur et d'indiquer si, à son avis, il remplissait les conditions fixées par les engagements. En réalité, la Commission aurait adopté la décision du 30 juillet 2004 non pas sur le fondement unique ou déterminant du rapport du mandataire, mais sur la base d'un ensemble d'informations, dont celles données par le mandataire.

Appréciation du Tribunal

83 Aux termes du paragraphe 15 des engagements de Lagardère, le mandataire désigné par celle-ci pour veiller à l'exécution satisfaisante de ses engagements devait, vis-à-vis d'elle et d'Editis, « être indépendant […] et ne pas être exposé à un conflit d'intérêts ». Il y était également précisé que le « mandataire sera[it] rémunéré par Lagardère selon des modalités ne portant pas atteinte à la bonne exécution de son mandat ni à son indépendance ».

84 Il y a lieu de rappeler que, après que NBP a accepté de se substituer à Lagardère pour acquérir provisoirement les actifs cibles par l'intermédiaire de Segex et d'Ecrinvest 4, filiales contrôlées à 100 % par NBP, celles-ci ont conclu avec Lagardère, le 3 décembre 2002, le contrat de cession transférant à Lagardère, sous réserve de l'autorisation préalable par la Commission de l'opération de concentration, la totalité du capital d'Investima 10, filiale à 100 % d'Ecrinvest 4, elle-même filiale à 100 % de Segex, et ayant acquis les actifs cibles auprès de VUP le 20 décembre 2002.

85 Le 20 décembre 2002, Investima 10, détentrice des actifs cibles, a, en application de l'article 4, paragraphe 1, sous ii), c), du contrat de cession, désigné B., président du cabinet S., en qualité de membre de son directoire, au sens de cette disposition, à titre de tiers indépendant, au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous ii), e).

86 En cette qualité, B., rémunéré par NBP, s'est vu conférer « de manière exclusive », en application de l'article 4, paragraphe 1, sous ii), e), du contrat de cession, « les attributions dont le directoire [pouvait] être en charge au titre du […] contrat [de cession] vis-à-vis de la Commission […] »

87 Par ailleurs, en vertu du paragraphe 15 de ses engagements repris à l'annexe II de la décision du 7 janvier 2004, Lagardère a, le 9 février 2004, désigné le cabinet S. en qualité de mandataire chargé, en vertu du paragraphe 21, sous g), de ces engagements, « de veiller à l'exécution satisfaisante » par Lagardère de la cession des actifs rétrocédés, et rémunéré en cette qualité par Lagardère. B. était président du cabinet S. à cette date et la Commission a admis que B. avait exercé les fonctions de mandataire, telles qu'elles étaient prévues par la décision du 7 janvier 2004.

88 Le cabinet S. a ainsi été désigné mandataire, au sens du paragraphe 15 des engagements de Lagardère, et son président a exercé les fonctions attachées à cette mission, alors que la même personne était membre du directoire d'Investima 10, devenue ensuite Editis.

89 B. a, de surcroît, exercé les fonctions de membre du directoire d'Editis et de mandataire de manière simultanée, du 9 février 2004, date de la nomination du cabinet S., au 25 mars 2004, date de la transformation d'Editis en société par actions simplifiée.

90 En effet, conformément au paragraphe 32 des engagements de Lagardère, Editis a continué à être dirigée par ses organes sociaux en place, de l'adoption de la décision du 7 janvier au 25 mars 2004, date de la transformation d'Editis en société par actions simplifiée.

91 En réponse à une question du Tribunal, la Commission a précisé que B. avait exercé les fonctions de membre du directoire d'Investima 10/Editis conformément au code de commerce français, applicable en l'espèce, et que, dès lors, l'exercice des missions confiées à l'intéressé à titre de tiers indépendant au sein de ce directoire n'excluait nullement l'exercice par l'intéressé des fonctions légales dont les membres du directoire d'une société commerciale sont investis par ce texte.

92 Or, aux termes de l'article L 225-64, premier alinéa, première phrase, de ce code, « le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ».

93 Avant que le cabinet S., représenté par B., son président, n'ait été désigné en qualité de mandataire, B. était donc membre de l'organe de direction d'Editis et l'est resté plus d'un mois après cette nomination.

94 Étant membre du directoire d'Investima 10, entre-temps devenue Editis, à la date de désignation en qualité de mandataire du cabinet S., dont il était président, et ayant ensuite exercé les fonctions de membre du directoire concomitamment à la mission de mandataire, dont il avait été chargé par le cabinet S., B. se trouvait dans un lien de dépendance à l'égard d'Editis, de nature à susciter un doute sur la neutralité dont il devait faire preuve dans l'exercice de cette mission.

95 Il convient d'ajouter que, en sa qualité de mandataire chargé, en vertu du paragraphe 21, sous g), des engagements de Lagardère, de veiller à l'exécution satisfaisante par celle-ci de la cession des actifs rétrocédés, et rémunéré en cette qualité par Lagardère, il incombait au cabinet S., pris en la personne de son président, B., de veiller à l'aliénation par Lagardère des actifs rétrocédés, en conformité avec les rétrocessions mentionnées au paragraphe 1 des engagements de Lagardère.

96 Cette opération consistait, selon la Commission elle-même, en « un détourage particulièrement délicat des actifs avant leur cession par Lagardère à un tiers ».

97 En particulier, le mandataire devait, aux termes du paragraphe 21, sous d), des engagements de Lagardère, « s'assurer que les mesures de restructuration soient menées conformément aux engagements » de Lagardère et il devait « être informé des discussions en cours entre Lagardère et Editis sur les détourages et, au besoin, assister à ces discussions ».

98 Selon le paragraphe 24 des mêmes engagements, le mandataire devait, « en cas de désaccord entre Lagardère et Editis sur les mesures de restructuration nécessaires », émettre une recommandation, « après avoir entendu les parties en respectant le

principe du contradictoire, sur la portée des mesures de restructuration nécessaires » et adresser à la Commission un rapport l'informant de sa recommandation.

99 Il ressort du dossier que de tels désaccords sont effectivement survenus entre Lagardère et Editis. En effet, la Commission a affirmé, dans la duplique, avoir été régulièrement tenue informée des tensions parfois créées par Lagardère, qui avait intérêt à conférer le périmètre le plus étendu possible aux actifs d'Editis que la décision du 7 janvier 2004 lui avait permis de conserver. La Commission y a également relevé que le mandataire s'était opposé à plusieurs reprises à Lagardère pour défendre les intérêts liés aux actifs rétrocédés, après avoir préalablement consulté la Commission.

100 Or, l'exercice par B. des fonctions de membre du directoire de la société détentrice de l'ensemble des actifs d'Editis était de nature à affecter l'indépendance dont l'intéressé devait faire preuve dans l'élaboration des recommandations de mesures de restructuration nécessaires et du rapport informant la Commission de ces recommandations.

101 En effet, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, premier alinéa, du contrat conclu par Ecrinvest 4 et le cabinet S., le 19 décembre 2002, B., agissait, depuis le 20 décembre 2002, « dans le cadre de son mandat social […] dans l'intérêt de la société Investima 10 et des actifs et plus particulièrement dans le souci de maintenir leur viabilité, leur valeur économique et leur compétitivité ».

102 En outre, B. était tenu, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, deuxième alinéa, de ce même contrat, de respecter et de s'assurer que le directoire d'Investima 10 respectait les dispositions figurant à l'article 4 du contrat de cession, relativement « aux principes de gestion en bon père de famille » des actifs cibles dont le respect était demandé au directoire, afin « d'en préserver la continuité du périmètre et la valeur ».

103 Il résulte du point 92 ci-dessus que, outre la mission spécifique qui lui était conférée au sein du directoire, laquelle consistait à exercer les attributions dont le directoire pouvait être chargé au titre du contrat de cession vis-à-vis de la Commission ou de toute autre autorité de la concurrence, B. a été ainsi, en sa qualité de membre du directoire d'Investima 10, puis d'Editis, nécessairement associé à l'exercice, sur l'ensemble des actifs cibles détenus successivement par ces deux sociétés, de la plénitude des pouvoirs légaux d'un membre du directoire d'une société commerciale.

104 Il s'en déduit que l'exercice par B., du 20 décembre 2002 jusqu'au 25 mars 2004, des fonctions de membre de l'organe de direction d'Investima 10, devenue Editis, dans l'intérêt desquels il s'était engagé à agir, dans le cadre de son mandat social, conformément aux « principes de gestion en bon père de famille », ne lui permettait plus d'assurer l'exercice en toute indépendance des attributions de mandataire indépendant visé par le paragraphe 15 des engagements de Lagardère.

105 La Commission ne saurait donc utilement soutenir que l'exercice par B. des fonctions de tiers indépendant, membre du directoire d'Editis, puis de mandataire indépendant, visait à empêcher Lagardère d'exercer une influence sur la gestion des actifs en cause et qu'il ne saurait être reproché au mandataire d'avoir eu intérêt à agir au bénéfice d'Editis, en ce qu'un tel intérêt aurait constitué une condition nécessaire à la pleine réalisation des engagements de Lagardère et au maintien d'une concurrence effective.

106 Dès lors que, par la décision du 7 janvier 2004, Lagardère avait été autorisée à conserver les actifs cibles limitativement énumérés au paragraphe 1 de ses engagements, il incombait au contraire au mandataire de veiller en toute indépendance à l'exécution par Lagardère, conformément à cette disposition, des seuls engagements de rétrocessions d'actifs considérés par la Commission elle-même comme suffisants, dans le respect de la liberté contractuelle des parties à l'opération de concentration, à maintenir

une concurrence effective et, par conséquent, à rendre cette opération compatible avec le marché commun.

107 En conséquence, le rapport d'évaluation de la candidature de Wendel au rachat des actifs rétrocédés, au vu duquel la décision du 30 juillet 2004 a été adoptée, a été élaboré par un mandataire qui ne répondait pas à la condition d'indépendance, à l'égard d'Editis, requise par le paragraphe 15 des engagements de Lagardère, définis à l'annexe II de la décision du 7 janvier 2004.

108 Quant à l'incidence du rapport sur le contenu de la décision du 30 juillet 2004, il convient de rappeler que, comme il résulte du point 5 de cette décision, il a été demandé au cabinet S., en sa qualité de mandataire, de présenter à la Commission un rapport appréciant la candidature de Wendel comme acquéreur des actifs rétrocédés au regard des critères d'agrément fixés par le paragraphe 10 des engagements de Lagardère annexés à la décision du 7 janvier 2004.

109 Il résulte en outre du point 6 de la décision du 30 juillet 2004 que celle-ci est fondée, notamment, sur le rapport du mandataire.

110 S'il est vrai que la décision du 30 juillet 2004 n'est pas exclusivement fondée sur ce rapport, il apparaît néanmoins que ce document a exercé une influence déterminante sur ladite décision.

111 Il se déduit en effet de l'examen comparé du rapport du mandataire et de la décision du 30 juillet 2004 que celle-ci s'est substantiellement inspirée de ce rapport.

112 À l'effet d'établir la capacité de Wendel à maintenir et à développer Nouvel Editis, le cabinet mandataire souligne ainsi, dans son rapport, et la Commission, dans la décision du 30 juillet 2004, le « périmètre réduit » de Nouvel Editis et la conservation par Wendel des « ressources managériales, éditoriales et de support » nécessaires à Nouvel Editis.

113 Les deux documents relèvent en des termes identiques que la valorisation de l'investissement de Wendel suppose la « reconstitution et le développement de la charge du centre de distribution d'Interforum ».

114 Tant le cabinet mandataire que la Commission se réfèrent à la répartition majoritaire ou principale du capital de Wendel et à son approche « patrimoniale », différente de celles des fonds d'investissement traditionnels, permettant d'escompter un engagement de Wendel dans Editis plus long que les perspectives à court terme de ces fonds.

115 Tandis que le cabinet mandataire estime que Wendel est un candidat à la reprise susceptible de mettre en œuvre sans délais les engagements de Lagardère, la Commission retient que l'acquisition par Wendel des actifs rétrocédés par Lagardère n'est pas de nature à créer de nouveaux problèmes de concurrence de nature à retarder la mise en œuvre de ces engagements.

116 Enfin, à l'instar du mandataire, qui estime la durée de l'investissement de Wendel à environ cinq à sept ans, considérée comme nécessaire pour « consolider » l'entreprise, la Commission considère, quant à elle, qu'une « sortie » à court terme de Wendel du capital de Nouvel Editis est improbable et que cela paraît suffisant pour permettre de « stabiliser l'entreprise ».

117 D'ailleurs, la Commission s'est elle-même référée à plusieurs reprises aux conclusions du rapport du cabinet mandataire pour contester, en réponse au quatrième moyen d'annulation de la requérante, avoir commis une erreur manifeste dans son appréciation de la conformité de la candidature de Wendel aux conditions d'agrément définies par le paragraphe 10, sous b), des engagements de Lagardère.

118 L'illégalité constatée est donc de nature à vicier la légalité de la décision du 30 juillet 2004.

119 Il y a donc lieu d'annuler cette décision, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens développés par la requérante au soutien de ses conclusions en annulation.

Sur la demande de suspension du délibéré

120 Il apparaît, au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, que le Tribunal a pu utilement statuer sur le recours sur la base des conclusions, moyens et arguments que les parties ont développés au cours de la procédure tant écrite qu'orale.

121 Il y a donc lieu de rejeter la demande de la requérante tendant à la suspension du délibéré.

Sur les dépens

122 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

123 La Commission et Lagardère ayant succombé, il y a lieu, conformément aux conclusions de la requérante, de les condamner à supporter, outre leurs propres dépens, ceux exposés par la requérante.

124 La requérante n'ayant pas conclu à la condamnation aux dépens de Wendel, celle-ci supportera uniquement ses propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (sixième chambre)

déclare et arrête :

1) La décision (2004)D/203365 de la Commission, du 30 juillet 2004, relative à l'agrément de Wendel Investissement SA comme acquéreur des actifs cédés conformément à la décision 2004/422/CEE de la Commission, du 7 janvier 2004, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché

commun et le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (Affaire COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP), est annulée.

2) La Commission européenne et Lagardère SCA supporteront leurs propres dépens et les dépens exposés par Éditions Odile Jacob SAS.

3) Wendel Investissement supportera ses propres dépens.

Meij Vadapalas Truchot

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 13 septembre 2010.

Signatures