ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

13 de Setembro de 2010 [1]

No processo T-452/04,

Éditions Odile Jacob SAS, com sede em Paris (França), representada por W. van Weert, O. Fréget, M. Struys, M. Potel e L. Eskenazi, advogados,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada inicialmente por A. Whelan, O. Beynet, A. Bouquet e F. Arbault, e em seguida por M. Bouquet e O. Beynet, na qualidade de agentes,

recorrida,

1língua do processo: francês.

apoiada por:

Wendel Investissement SA, com sede em Paris, representada inicialmente por C. Couadou e M. Trabucchi, e em seguida por M. Trabucchi e F. Gordon, advogados,

e por

Lagardère SCA, com sede em Paris, representada inicialmente por A. Winckler, I. Girgenson e S. Sorinas Jimeno, e em seguida por A. Winckler, F. de Bure e J.-B. Pinçon, advogados,

intervenientes,

que tem por objecto um pedido de anulação da Decisão (2004) D/203365 da Comissão, de 30 de Julho de 2004, relativa à aprovação da Wendel Investissement como adquirente dos activos cedidos em conformidade com a Decisão 2004/422/CE da Comissão, de 7 de Janeiro de 2004, que declara uma concentração compatível com o mercado comum e o funcionamento do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (Processo COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (JO L 125, p. 54),

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção),

composto por: A. W. H. Meij, presidente, V. Vadapalas e L. Truchot (relator), juízes,

secretário: T. Weiler, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 28 de Janeiro de 2010,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

1 Em 25 de Setembro de 2002, a Vivendi Universal SA (a seguir «VU») decidiu ceder os activos editoriais que a sua filial Vivendi Universal Publishing SA (a seguir «VUP») possuía na Europa.

2 A Lagardère SCA candidatou-se à aquisição desses activos, constituídos por participações e activos de direcção da VUP (a seguir «activos em questão»).

3 Todavia, verificou-se que o calendário de cessão estabelecido pela VU, que desejava ceder os activos em questão e receber o preço o mais depressa possível, não era compatível com os prazos das formalidades necessárias para a autorização prévia, pelas autoridades de concorrência competentes, desse projecto de aquisição.

4 A Lagardère pediu, por isso, à Natexis Banques Populaires SA (a seguir «NBP») que a substituísse, por intermédio de uma das suas filiais que tinha por objectivo a aquisição dos activos em questão à VUP, a sua detenção a título provisório e mais tarde, uma vez obtida a autorização do projecto de aquisição dos activos em questão pela Lagardère, a sua revenda a esta última.

5 Por carta de 8 de Outubro de 2002, a NBP aceitou o pedido da Lagardère.

6 A Lagardère e a NBP apresentaram as principais condições de aquisição dos activos em questão pela NBP à Comissão das Comunidades Europeias, que as aprovou.

7 A Lagardère apresentou em seguida à VU a sua oferta de aquisição dos activos em questão, que previa que a NBP ou qualquer entidade do seu grupo podia substituir a Lagardère.

8 Em 29 de Outubro de 2002, a VU aprovou a cessão dos activos em questão à Lagardère.

9 Em 3 de Dezembro de 2002, a Investima 10 SAS, filial a 100% da Ecrinvest 4 SA, ela própria filial a 100% da Segex Sarl, controlada por seu turno a 100% pela NBP, assinou com a VUP uma promessa de aquisição dos activos em questão.

10 No mesmo dia, a Segex e a Ecrinvest 4 celebraram com a Lagardère um contrato de cessão (a seguir «contrato de cessão») que permitia à Lagardère (por intermédio da Ecrinvest 4), após autorização pela Comissão da operação de concentração planeada, adquirir a totalidade do capital da Investima 10, detentora dos activos em questão sem prejuízo da invocação pela VUP da promessa de aquisição já referida. O preço de aquisição desses títulos tinha sido pago adiantadamente pela Lagardère à Segex, titular da totalidade das acções que compõem o capital da Ecrinvest 4.

11 Em 20 de Dezembro de 2002, a VUP exerceu a promessa de aquisição da Investima 10 e esta celebrou, no mesmo dia, com a VUP o contrato de aquisição dos activos em questão.

12 No mesmo dia, a NBP publicou o seguinte comunicado de imprensa:

«A NBP adquire a totalidade do conjunto dos activos cedidos com vista à sua revenda [à Lagardère] a partir da obtenção da autorização das autoridades da concorrência.

A partir desse dia, os activos da VUP serão detidos pela sociedade Investima 10, detida indirectamente a 100% pela NBP.

Essa sociedade anónima com comissão executiva e conselho fiscal torna-se a casa-mãe das sociedades que compõem o conjunto dos activos cedidos.

[…]»

13 Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do contrato de cessão:

«ii) [a Segex] garante que a Ecrinvest 4 e a Ecrinvest 4 compromete-se a que:

[…]

c) [a Investima 10] designe na qualidade de membros [da sua] comissão executiva […] um ou vários terceiros independentes, com exclusão de qualquer pessoa proveniente dos grupos da [Segex] ou da [Lagardère];

[…]

e) os estatutos [da Investima 10] confiram, de forma exclusiva, a um membro da comissão executiva as atribuições que a comissão executiva possa ser [encarregada] a título do presente contrato perante a Comissão […] ou perante qualquer outra autoridade da concorrência competente e a que seja nomeado, nessa qualidade, um terceiro independente […]»

14 Em 20 de Dezembro de 2002, foi constituída a comissão executiva da Investima 10, sendo B., presidente do Gabinete S., nomeado membro da comissão executiva como «terceiro independente», na acepção do artigo 4.º, n.º 1, ii), alínea e), do contrato de cessão.

15 O artigo 2.º, n.º 2, do contrato assinado pela Ecrinvest 4 e o Gabinete S., em 19 de Dezembro de 2002, especifica, no seu primeiro parágrafo, que, no quadro do seu mandato social, B. agirá no interesse da Investima 10 e dos activos em questão e, mais particularmente, com a preocupação de manter a sua viabilidade, o seu valor económico e a sua competitividade.

16 Para esse efeito, no seu segundo parágrafo, o artigo 2.º, n.º 2, desse contrato especifica que B. deverá respeitar e certificar-se de que a comissão executiva da Investima 10 respeita:

«i) as [cláusulas] que figuram no artigo 4.º do contrato de cessão […] relativamente […] aos princípios de gestão de um bom pai de família dos activos, cujo cumprimento será exigido à comissão executiva e aos órgãos sociais das participações com o objectivo de preservar a continuidade do seu perímetro e o seu valor.

[…]»

17 Em 14 de Abril de 2003, a Lagardère procedeu, em conformidade com o disposto no artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (rectificação no JO 1990, L 257, p. 13), conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 180, p. 1), à notificação à Comissão do seu projecto de aquisição dos activos em questão da VUP.

18 Por decisão de 5 de Junho de 2003, a Comissão, após declarar que o projecto de concentração notificado suscitava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, iniciou o controlo aprofundado dessa operação, com fundamento no disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 4064/89.

19 Resulta dos articulados das partes que em 14 de Outubro de 2003 a Investima 10 se converteu na Editis SA.

20 Em 27 de Outubro de 2003, a Comissão enviou à Lagardère uma comunicação de acusações expondo-lhe os problemas de concorrência suscitados pela operação de concentração notificada e à qual a Lagardère respondeu em 17 de Novembro seguinte.

21 Por consequência, a Lagardère apresentou à Comissão, em 2 de Dezembro de 2003, uma série de medidas correctivas que revestiam a forma de compromissos de retrocessão dos activos em questão.

22 A Decisão 2004/422/CE (Processo COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP) (JO L 125, p. 54) da Comissão, de 7 de Janeiro de 2004 (a seguir «decisão de 7 de Janeiro de 2004»), adoptada de acordo com o artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, dispõe:

«*Artigo 1.º*

A operação notificada, conforme alterada pelo pacote de compromissos de 21 de Dezembro de 2003, pela qual a Lagardère adquire o controlo exclusivo dos [activos em questão] da VUP, doravante chamada Editis, é declarada compatível com o mercado comum e com o funcionamento o acordo sobre o Espaço Económico Europeu.

Artigo 2.º

O artigo 1.º é aplicável sob reserva do respeito integral pela Lagardère dos compromissos mencionados [no] anexo II.

Artigo 3.º

A presente decisão é acompanhada com o encargo de que a Lagardère respeite os outros compromissos descritos no anexo II.»

23 Nos termos do n.º 1 dos seus compromissos que figuram no anexo II, a Lagardère assumiu a obrigação de retroceder a integralidade dos activos da Editis (a seguir «activos retrocedidos») com exclusão dos activos limitativamente enumerados nesse n.º (a seguir «activos conservados»).

24 Os activos retrocedidos representavam aproximadamente 60% a 70% do volume de negócios mundial da VUP e 70% a 80% do volume de negócios realizado pela VUP nos mercados da edição francófona envolvidos na operação de concentração autorizada (a seguir «operação de concentração»).

25 O n.º 2 dos compromissos da Lagardère especifica que o pormenor dos activos conservados figura no anexo 1 dos referidos compromissos.

26 Nos termos do n.º 3 destes últimos, a Lagardère compromete-se a concluir acordos irrevogáveis de retrocessão dentro de um prazo, mantido confidencial, a partir da data da recepção da decisão de autorização condicional e a proceder à retrocessão efectiva num prazo, mantido confidencial, a partir da celebração do acordo.

27 A Lagardère dispunha da faculdade de escolher o adquirente dos activos retrocedidos, em função dos critérios de selecção definidos pelo n.º 10 dos seus compromissos nos seguintes termos:

«A fim de preservar uma concorrência efectiva nos mercados em causa, a parte notificante compromete-se a proceder à cessão dos activos cedidos a um ou a vários cessionários independentes da parte notificante e que cumpram os seguintes requisitos:

a) A Lagardère não poderá ter interesses significativos directos ou indirectos no ou nos cessionários;

b) O ou os cessionários deverão ser operadores viáveis, capazes e que tenham incentivos económicos para manter ou desenvolver uma concorrência efectiva, sem que essa formulação exclua *a priori* qualquer categoria de adquirentes industriais ou financeiros;

c) Além disso, a aquisição de um ou de vários activos cedidos por um adquirente potencial não pode criar novos problemas de concorrência nem criar o risco de atrasar a execução dos compromissos. A parte notificante deverá estar em condições de demonstrar à Comissão que o adquirente cumpre os requisitos dos compromissos e que o ou os activos cedidos são cedidos em conformidade com os presentes compromissos;

d) O ou os cessionários terão obtido ou estarão em condições razoáveis susceptíveis de obter todas as autorizações necessárias à aquisição e à exploração dos activos cedidos.»

28 O n.º 14 dos compromissos da Lagardère especifica que a escolha do ou dos cessionários será sujeita a aprovação da Comissão e que o pedido de aprovação dos interessados deverá incluir as informações necessárias para permitir à Comissão verificar a conformidade da sua candidatura com os requisitos definidos pelo n.º 10 acima citado no n.º 27.

29 A Lagardère devia designar um mandatário que cumprisse os requisitos fixados pelo n.º 15 dos seus compromissos nos seguintes termos:

«A parte notificante designará um mandatário a fim de exercer as missões a seguir definidas. O mandatário deve ser independente da Lagardère e da Editis, possuir as qualificações necessárias para cumprir o seu mandato, por exemplo na sua qualidade de banco conselheiro, de consultor ou de auditor, e não estar exposto a um conflito de interesses. O mandatário será remunerado pela Lagardère segundo modalidades que não prejudiquem a boa execução do seu mandato nem a sua independência.»

30 O n.º 9 dos compromissos da Lagardère prevê nestes termos a designação de um gestor dos elementos de activos separados («Hold Separate Manager»):

«A parte notificante designará um [gestor dos elementos de activos separados] responsável pela gestão dos activos cedidos, sob o controlo do mandatário. O [gestor dos elementos de activos separados] deverá gerir os activos cedidos de forma independente e no quadro normal dos negócios, com vista a garantir a preservação da sua viabilidade económica, da sua negociabilidade, da sua competitividade e da sua autonomia em relação aos activos conservados e às outras actividades da Lagardère. No caso de um dirigente social de uma filial da Editis que é objecto do compromisso de cessão cessar as suas funções, o [gestor dos elementos de activos separados] terá o poder de designar o seu sucessor, sob o controlo do mandatário.»

31 A missão do mandatário é definida pelos compromissos da Lagardère nos seguintes termos:

«20. A intervenção do mandatário tem por objectivo assegurar a realização dos presentes compromissos. A Comissão enviará ao mandatário, oficiosamente ou a pedido do mandatário ou da parte notificante, qualquer instrução com vista a assegurar a realização dos presentes compromissos.

21. A missão do mandatário consistirá em:

a) garantir que os activos cedidos são mantidos e geridos no seio de uma estrutura distinta, de forma separada e independente dos activos conservados e das outras actividades da Lagardère, até à data da cessão efectiva dos activos cedidos;

b) garantir que o [gestor dos elementos de activos separados] mantém a viabilidade e a negociabilidade dos activos cedidos e a gestão e a exploração dos activos cedidos no quadro normal dos negócios, em conformidade com a prática anterior, até à data de cessão efectiva dos activos cedidos;

c) garantir que foram tomadas medidas eficazes para que nenhuma informação sensível do ponto de vista da concorrência relativa aos activos cedidos seja comunicada à parte notificante, exceptuadas as informações necessárias para a cessão dos activos cedidos nas melhores condições possíveis em conformidade com os presentes compromissos;

d) garantir que as medidas de reestruturação sejam levadas a cabo em conformidade com os presentes compromissos, ser informado das discussões em curso entre a Lagardère e a Editis sobre os seus contornos e, se necessário, assistir a essas discussões;

[…]

f) de maneira geral, assegurar a preservação do pleno valor económico e concorrencial dos activos cedidos e tomar qualquer medida útil para esse efeito;

g) de maneira geral, velar pela execução satisfatória da parte notificante dos presentes compromissos.»

32 Além disso, o n.º 24 dos compromissos especifica o seguinte:

«Em caso de desacordo entre a Lagardère e a Editis sobre as medidas de reestruturação necessárias à realização dos presentes compromissos, uma ou outra das partes poderá informar disso o mandatário por carta registada cuja cópia deverá ser enviada à outra parte. O mandatário fará então uma recomendação, o mais depressa possível, após ter ouvido as partes segundo o princípio do contraditório, sobre o alcance das medidas de reestruturação necessárias. O mandatário enviará à Comissão um relatório informando-a da sua recomendação. Se o desacordo entre a Lagardère e a Editis persistir, uma ou outra das partes poderá pedir à Comissão que fixe, após ter ouvido as partes segundo o princípio do contraditório, o alcance das medidas de reestruturação necessárias.»

33 Por último, os compromissos da Lagardère incluídos na secção «Alteração da forma social da Editis» dispõem:

«30. Após aprovação dos novos estatutos pela Comissão, a parte notificante transformará a Editis em sociedade por acções simplificada. No termo dessa transformação, os órgãos sociais da Editis compreenderão […] um presidente-director-geral, que assumirá as funções de [gestor de elementos de activos separados] e […] um comité de accionistas composto por três […] representantes do mandatário referido no [n.º] 15 *supra* e de dois […] representantes da Lagardère.

31. A sociedade por acções simplificada será organizada segundo os seguintes princípios:

a) Adirecção da Editis será assumida pelo seu presidente-director-geral sob o controlo do mandatário no quadro das suas missões tal como acima definidas;

b) O comité de accionistas controlará a gestão dos activos conservados e terá direito, a esse título, a todas as informações relativas a esses activos;

c) Quanto aos activos cedidos, o comité de accionistas disporá, sob o controlo do mandatário, de um direito de informação que incide sobre todas as decisões ou eventos que possam afectar os interesses patrimoniais da Lagardère no seio dos activos cedidos e, em particular, as seguintes informações: os resultados correntes, as decisões de investimento, de venda de activos ou de aquisições que tenham um valor superior a 200 000 euros, as decisões que afectam o endividamento da sociedade e as garantias de qualquer natureza, bem como todas as decisões estratégicas ou que saiam do domínio dos assuntos correntes. Todavia, o mandatário assegurará que as informações confidenciais de natureza comercial ou operacional respeitantes aos activos cedidos, incluindo, tal sendo o caso, as mencionadas na frase precedente, não sejam comunicadas à Lagardère.

32. Durante o período que decorre entre a adopção pela Comissão de uma decisão que autorize a operação notificada e a transformação da Editis em sociedade por acções simplificada, a Editis continuará a ser dirigida pelos órgãos sociais actualmente em funções, em coordenação com o mandatário. Durante esse período, a Lagardère, na sua qualidade de accionista da Editis, terá direito à totalidade das informações relativas aos activos conservados. Quanto aos activos cedidos, o mandatário assegurará a comunicação à Lagardère das informações referidas no [n.º] 31, alínea c), *supra*.»

34 Em 5 de Fevereiro de 2004, a Comissão:

— aprovou como gestor dos elementos de activos separados A. K. e aprovou o projecto que definia a sua declaração de objectivos, apresentado em 30 de Janeiro de 2004;

— aprovou como mandatário o Gabinete S., representado pelo seu presidente, B., e aprovou o projecto que definia o seu mandato, apresentado em 30 de Janeiro de 2004.

35 Em 9 de Fevereiro de 2004, a Lagardère nomeou o Gabinete S. como mandatário.

36 Em 25 de Março de 2004, a Editis foi transformada, em aplicação do n.º 30 dos compromissos da Lagardère, em sociedade por acções simplificada, cujos órgãos sociais compreendiam doravante, além do presidente-director-geral que exerce as funções de gestor dos elementos de activos separados, o comité de accionistas composto pelo três representantes do mandatário e pelos dois representantes da Lagardère.

37 A Lagardère manteve contactos com várias empresas, entre as quais a recorrente, susceptíveis de readquirir os activos retrocedidos.

38 A recorrente manifestou o seu interesse nessa operação. Por telecópia de 28 de Abril de 2004, comunicou a sua oferta de compra à Lagardère.

39 Num comunicado de 19 de Maio de 2004, a Lagardère anunciou que tinha seleccionado as ofertas de compra de cinco adquirentes potenciais, entre os quais a recorrente, e que concedia uma exclusividade até à meia-noite de 25 de Maio de 2004 a um deles, a Wendel Investissement SA (a seguir «Wendel»).

40 Em 28 de Maio de 2004, a Lagardère e a Wendel chegaram a um projecto de acordo de compra dos activos retrocedidos.

41 Por carta de 4 de Junho de 2004, a Lagardère pediu à Comissão que aprovasse a Wendel como adquirente desses activos.

42 Em 5 de Julho de 2004, o Gabinete S. apresentou à Comissão o seu relatório de síntese concluindo pela conformidade da candidatura da Wendel com os critérios de aprovação definidos no n.º 10 dos compromissos da Lagardère.

43 Com a Decisão (2004) D/203365, de 30 de Julho de 2004, a Comissão aprovou a Wendel como adquirente dos activos retrocedidos, após ter reconhecido que preenchia os critérios de aprovação fixados no n.º 10 dos compromissos da Lagardère.

44 Essa decisão foi adoptada em conformidade com o n.º 14 dos compromissos da Lagardère e com base no pedido de aprovação supramencionado, no projecto de acordo de cessão que lhe estava anexado, no relatório do Gabinete S., nas respostas escritas da Lagardère e da Wendel a um pedido de informações da Comissão, nas informações fornecidas pela Wendel numa reunião com os serviços da Comissão, bem como numa troca de pontos de vista sobre a candidatura da Wendel com os organismos que representam o pessoal da Editis e terceiros interessados.

45 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 8 de Julho de 2004, a recorrente interpôs recurso de anulação da decisão de 7 de Janeiro de 2004 (processo T-279/04).

46 Por telecópia de 27 de Agosto de 2004, a Comissão comunicou à recorrente, a pedido desta, a decisão que aprova a Wendel como adquirente dos activos retrocedidos.

47 A transferência da propriedade para a Wendel desses activos, denominados «Nouvel Editis», ocorreu em 30 de Setembro de 2004.

Tramitação processual

48 Por petição apresentada em 8 de Novembro de 2004, a recorrente interpôs o presente recurso de anulação da decisão de aprovação de 30 de Julho de 2004 (a seguir «decisão de 30 de Julho de 2004»).

49 Por acórdão desse mesmo dia, o Tribunal Geral (Sexta Secção) negou provimento ao recurso de anulação que a recorrente tinha interposto, no processo T-279/04, contra a decisão de 7 de Janeiro de 2004.

50 Por requerimentos apresentados em 25 de Janeiro e 24 de Março de 2005, a Wendel e a Lagardère solicitaram a sua intervenção no litígio, em apoio dos pedidos da Comissão, em conformidade com o disposto no artigo 115.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.

51 Por requerimentos apresentados em 3 de Março e 18 de Abril de 2005, a recorrente, por um lado, pediu que, em conformidade com o disposto no artigo 116.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, alguns documentos anexados à petição e certas passagens

da petição, bem como da contestação, fossem excluídos da comunicação dos actos de processo à Wendel e à Lagardère e, por outro lado, que fosse elaborada, para efeitos dessa comunicação, uma versão não confidencial dos documentos em questão.

52 Por despachos do presidente da Quarta Secção de 11 de Maio e 25 de Outubro de 2005, a Lagardère e a Wendel foram admitidas a intervir no litígio, em apoio dos pedidos da Comissão, e foi dada instrução ao secretário do Tribunal Geral no sentido de que lhes comunicasse a versão não confidencial dos actos de processo.

53 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 10 de Junho de 2005, a Lagardère contestou o pedido de tratamento confidencial apresentado pela recorrente.

54 A Lagardère e a Wendel apresentaram o seu articulado de intervenção em 16 de Setembro de 2005 e 27 de Abril de 2006.

55 A recorrente respondeu formulando as suas observações, por articulados apresentados em 8 de Novembro de 2005 e 4 de Julho de 2006.

56 Por despacho de 19 de Junho de 2007, o presidente da Quarta Secção indeferiu o pedido de tratamento confidencial apresentado pela recorrente em relação à Lagardère e deu instrução ao secretário do Tribunal Geral no sentido da comunicação à Lagardère da versão original dos documentos em causa.

57 Tendo sido alterada a composição das Secções do Tribunal Geral, o juiz-relator foi afectado à Sexta Secção, à qual, por conseguinte, foi atribuído este processo, em 24 de Outubro de 2008.

58 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Sexta Secção) decidiu abrir a fase oral do processo e convidou as partes a responder por escrito a algumas questões. As partes acederam a esse pedido no prazo estabelecido.

59 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal Geral na audiência de 28 de Janeiro de 2010.

60 Por acórdão de 9 de Junho de 2010, Éditions Odile Jacob/Comissão (T-237/05, Colect., p. II-2245), o Tribunal Geral anulou a decisão da Comissão de 7 de Abril de 2005 que indeferiu o pedido da recorrente com vista a obter, em aplicação do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JO L 145, p. 43), o acesso a alguns documentos a fim de os utilizar em apoio do presente recurso.

61 Por carta apresentada em 21 de Junho de 2010, a recorrente pediu a suspensão da deliberação no presente processo durante um prazo razoável a partir da comunicação pela Comissão dos documentos em causa.

Pedidos das partes

62 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão de 30 de Julho de 2004;

— condenar a Comissão e a Lagardère nas despesas.

63 A Comissão, apoiada pela Lagardère e pela Wendel, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

64 Em apoio do seu recurso, a recorrente invoca quatro fundamentos, baseados, respectivamente, no facto de a Comissão, em primeiro lugar, não ter cumprido o dever de controlo da selecção dos candidatos a adquirir os activos retrocedidos, em segundo lugar, no facto de ter aprovado a Wendel com base num relatório elaborado por um mandatário não independente da Editis, da Lagardère e da Wendel, em terceiro lugar, no facto de ter violado o dever de fundamentação que lhe era imposto e, em quarto lugar, no facto de ter cometido um erro manifesto na apreciação da conformidade da candidatura da Wendel com os requisitos de aprovação do adquirente dos activos retrocedidos, definidos pelo n.º 10, alínea b), dos compromissos da Lagardère.

65 Deve examinar-se previamente o segundo fundamento, pelo qual a recorrente sustenta que a decisão de 30 de Julho de 2004 foi adoptada tendo em conta um relatório redigido por um mandatário não independente da Editis.

Argumentos das partes

66 A recorrente sustenta que, quando, em 9 de Fevereiro de 2004, a Lagardère, de harmonia com o n.º 15 dos seus compromissos, nomeou o Gabinete S., representado pelo seu presidente, B., como mandatário, B. era, desde 20 de Dezembro de 2002, membro da comissão executiva da Investima 10, que se converteu na Editis em 14 de Outubro de 2003, como foi indicado no n.º 19 *supra*.

67 Segundo a recorrente, na sua qualidade de dirigente da Editis, investido, em relação a terceiros, da plenitude dos poderes atribuídos aos membros de uma comissão executiva, B. não era, portanto, independente da Editis, contrariamente ao disposto no referido n.º 15.

68 O exercício das funções de mandatário independente encarregado, em nome e por conta da Comissão, de supervisionar a retrocessão de activos desinvestidos implica, com efeito, em relação à entidade cuja cessão de activos o interessado deve supervisionar, a inexistência de ligações de qualquer natureza que seja e, por maioria de razão, daquelas que tenham um carácter financeiro. Ora, as funções de membro de uma comissão executiva exercidas por B. eram remuneradas.

69 Além disso, B. terá permanecido membro da comissão executiva da Editis até 25 de Março de 2004 e terá acumulado, assim, de 9 de Fevereiro de 2004 até essa data, duas funções que consistiam em controlar, respectivamente, a cessão da Editis à Lagardère e, mais tarde, a revenda a um terceiro dos activos retrocedidos.

70 Por último, mesmo após a cessação das suas funções de membro da comissão executiva da Editis, B. permaneceu necessariamente ligado à Editis, na medida em que

durante vários anos continuava a responder civil e penalmente em relação aos accionistas e a terceiros.

71 A simples existência de uma dúvida quanto à independência do mandatário basta para anular o procedimento relativo aos activos cedidos e, portanto, a decisão de 30 de Julho de 2004. O relatório de avaliação da candidatura de um adquirente elaborado pelo mandatário constitui, com efeito, um elemento fundamental e determinante da decisão da Comissão de aceitar, ou não, o interessado.

72 Segundo a recorrente, excepto se se colocar em causa o próprio papel do mandatário no procedimento relativo às retrocessões de activos, as conclusões do seu relatório tiveram necessariamente um impacto determinante na decisão de 30 de Julho de 2004. Basta comparar as conclusões do relatório do mandatário e a decisão de 30 de Julho de 2004 para apurar que esta procede directamente do texto do relatório, constituindo a sua matriz em numerosos pontos.

73 A Comissão contesta os argumentos da recorrente. Recorda que, quando a VUP passou para o controlo da NBP, B., presidente do Gabinete S., foi nomeado membro da comissão executiva da Investima 10, filial da NBP que detém os activos em questão, em aplicação do artigo 4.º, n.º 1, ii), alínea e), do contrato de cessão.

74 Dado que o interessado estava encarregado de exercer as atribuições da comissão executiva da Investima 10, que se converteu na Editis, na sua qualidade de terceiro independente em relação às autoridades de concorrência competentes, essa função era equiparável à do mandatário referido pelo n.º 15 dos compromissos da Lagardère.

75 Depois de o Gabinete S. ter sido nomeado, na pessoa de B., seu presidente, mandatário encarregado do controlo dos compromissos de retrocessões da Lagardère, posteriormente à tomada de controlo da Editis pela Lagardère, B. continuou provisoriamente a exercer a função de terceiro independente membro da comissão executiva da Editis remunerado pela NBP, em razão do conhecimento da Editis que o interessado tinha adquirido nessa qualidade.

76 Longe de criar uma ligação de dependência entre B. e a Editis, a manutenção da presença de B. no seio dessa comissão executiva era conforme com a decisão de 7 de Janeiro de 2004 e os compromissos da Lagardère. A finalidade era evitar a influência da Lagardère na gestão da Editis durante o período transitório, no decurso do qual os órgãos sociais instalados desde a tomada de controlo da VUP pela NBP deviam, em conformidade com o n.º 30 dos compromissos da Lagardère, permanecer em funções até à transformação da Editis em sociedade por acções simplificada, ocorrida em 25 de Março de 2004.

77 A qualidade de membro do comité de accionistas da Editis conferida a B. de 25 de Março de 2004 até à data da transferência para a Wendel da propriedade dos activos retrocedidos era igualmente conforme com os compromissos da Lagardère. O n.º 30 especifica que os representantes do mandatário deviam ter uma maioria no comité de accionistas, para garantir que um terceiro independente, o mandatário, se certificasse de que a Lagardère não podia exercer influência na gestão da Editis.

78 A Comissão acrescenta que, tendo o Gabinete S. sido designado mandatário, na pessoa do seu presidente, apenas na altura da cessão da Editis, pela NBP, à Lagardère, qualquer ligação anterior ou posterior entre o Gabinete S. e a NBP era desprovida de pertinência em face da Editis, uma vez que, na fase da execução dos compromissos, a NBP já não tinha o controlo da Editis. Eventuais ligações entre o mandatário e a NBP, antigo proprietário de activos que são objecto de uma decisão de autorização sob condições de uma concentração, não são susceptíveis de pôr em perigo a realização de retrocessões com vista a resolver os problemas de concorrência decorrentes da fusão desses activos em questão com os da Lagardère.

79 Segundo a Comissão, a recorrente deduz a prova da falta de independência do mandatário em relação à Editis da simples declaração de que tinha qualquer ligação ou contacto com a Editis. Todavia, a condição de independência em relação à Editis que a Comissão exigiu ao mandatário tinha por objectivo assegurar que o controlo da candidatura do adquirente dos activos retrocedidos se baseasse apenas na viabilidade e na força concorrencial desses activos, com a exclusão de considerações pessoais.

Não se pode, portanto, validamente censurar o mandatário por ter tido interesse em agir em benefício da Editis, pois isso constituía uma condição necessária à plena realização dos compromissos e à manutenção de uma concorrência efectiva.

80 De qualquer forma, para que a falta de independência do mandatário, supondo-a demonstrada, acarretasse a anulação da decisão de 30 de Julho de 2004, seria necessário demonstrar que essa irregularidade levou o interessado a elaborar um relatório desprovido de objectividade e que esse documento teve um papel determinante no conteúdo da referida decisão.

81 Ora, não só a recorrente não aduz nenhum elemento tendente a demonstrar que o mandatário elaborou um relatório errado ou tendencioso como também não demonstra de forma alguma que esse documento teve um papel determinante no sentido da decisão de 30 de Julho de 2004.

82 Para efeitos da decisão final de aprovação do adquirente dos activos retrocedidos, o mandatário teve simplesmente por missão fornecer uma avaliação do adquirente e indicar se, em sua opinião, cumpria os requisitos fixados pelos compromissos. Na realidade, a Comissão não adoptou a decisão de 30 de Julho de 2004 com fundamento única ou determinantemente no relatório do mandatário, mas com base num conjunto de informações, entre as quais as dadas pelo mandatário.

Apreciação do Tribunal

83 Nos termos do n.º 15 dos compromissos da Lagardère, o mandatário designado por esta para velar pela execução satisfatória dos seus compromissos devia, em face dela e da Editis, «ser independente […] e não estar exposto a um conflito de interesses». Aí especificava-se igualmente que o «mandatário ser[ia] remunerado pela Lagardère segundo regras que não prejudicassem a boa execução do seu mandato nem a sua independência».

84 Há que recordar que, depois de a NBP ter aceitado substituir a Lagardère para adquirir provisoriamente os activos em questão por intermédio da Segex e da Ecrinvest 4, filiais controladas a 100% pela NBP, estas celebraram com a Lagardère, em 3 de Dezembro de 2002, o contrato de cessão transferindo para a Lagardère, sem prejuízo de autorização prévia pela Comissão da operação de concentração, a totalidade do capital da Investima 10, filial a 100% da Ecrinvest 4, ela própria filial a 100% da Segex, e que adquiriu os activos em questão à VUP em 20 de Dezembro de 2002.

85 Em 20 de Dezembro de 2002, a Investima 10, detentora dos activos em questão, em aplicação do artigo 4.º, n.º 1, ii), alínea c), do contrato de cessão, designou B., presidente do Gabinete S., na qualidade de membro da sua comissão executiva, na acepção dessa disposição, a título de terceiro independente, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, ii), alínea e).

86 Nessa qualidade, a B., renumerado pela NBP, foram conferidas «de maneira exclusiva», em aplicação do artigo 4.º, n.º 1, ii), alínea e), do contrato de cessão, «as atribuições de que a comissão executiva [podia] ser responsável a título do […] contrato [de cessão] perante a Comissão […]».

87 Por outro lado, em virtude do n.º 15 dos seus compromissos reproduzidos no anexo II da decisão de 7 de Janeiro de 2004, a Lagardère, em 9 de Fevereiro de 2004, designou o Gabinete S. na qualidade de mandatário encarregado, de harmonia com o disposto no n.º 21, alínea g), desses compromissos, «de velar pela execução satisfatória» pela Lagardère da cessão dos activos retrocedidos, e remunerado nessa qualidade pela Lagardère. B. era presidente do Gabinete S. nessa data e a Comissão admitiu que B. tinha exercido as funções de mandatário, tal como estavam previstas na decisão de 7 de Janeiro de 2004.

88 O Gabinete S. foi assim designado mandatário, na acepção do n.º 15 dos compromissos da Lagardère, e o seu presidente exerceu as funções ligadas a essa missão, quando a mesma pessoa era membro da comissão executiva da Investima 10, que se converteu a seguir na Editis.

89 B., além disso, exerceu as funções de membro da comissão executiva da Editis e de mandatário simultaneamente, de 9 de Fevereiro de 2004, data da nomeação do Gabinete S., a 25 de Março de 2004, data da transformação da Editis em sociedade por acções simplificada.

90 Com efeito, em conformidade com o n.º 32 dos compromissos da Lagardère, a Editis continuou a ser dirigida pelos seus órgãos sociais em funções, desde a adopção da decisão de 7 de Janeiro de 2004 até 25 de Março de 2004, data da transformação da Editis em sociedade por acções simplificada.

91 Em resposta a uma questão do Tribunal Geral, a Comissão especificou que B. tinha exercido as funções de membro da comissão executiva da Investima 10/Editis em conformidade com o Código Comercial francês, aplicável no caso em apreço, e que, por isso, o exercício das missões confiadas ao interessado a título de terceiro independente no seio dessa comissão executiva não excluía de forma alguma o exercício pelo interessado das funções legais de que os membros da comissão executiva de uma sociedade comercial estão investidos por esse diploma.

92 Ora, nos termos do artigo L 225-64, primeiro parágrafo, primeiro período, desse código, «a comissão executiva está investida dos mais amplos poderes para agir em qualquer circunstância em nome da sociedade».

93 Antes de o Gabinete S., representado por B., seu presidente, ter sido designado como mandatário, B. era, portanto, membro do órgão de direcção da Editis e continuou a sê-lo por mais um mês após essa nomeação.

94 Sendo membro da comissão executiva da Investima 10, que entretanto se converteu na Editis, na data da designação como mandatário do Gabinete S., de que era presidente, e tendo exercido, em seguida, as funções de membro da comissão executiva simultaneamente com a missão de mandatário, de que tinha sido encarregado pelo Gabinete S., B. encontrava-se num ligação de dependência em relação à Editis, de molde a suscitar dúvidas quanto à neutralidade de que devia dar provas no exercício dessa missão.

95 Deve acrescentar-se que, na sua qualidade de mandatário encarregado, em virtude do n.º 21, alínea g), dos compromissos da Lagardère, de velar pela execução satisfatória, por esta, da cessão dos activos retrocedidos, e remunerado nessa qualidade pela Lagardère, incumbia ao Gabinete S., na pessoa do seu presidente, B., velar pela alienação por parte da Lagardère dos activos retrocedidos, em conformidade com as retrocessões mencionadas no n.º 1 dos compromissos da Lagardère.

96 Essa operação consistia, segundo a própria Comissão, numa «delimitação particularmente delicada dos activos antes da sua cessão pela Lagardère a um terceiro».

97 Em particular, o mandatário devia, nos termos do n.º 21, alínea d), dos compromissos da Lagardère, «certificar-se de que as medidas de reestruturação fossem levadas a cabo em conformidade com os compromissos» da Lagardère e devia «ser informado das discussões em curso entre a Lagardère e a Editis sobre os seus contornos e, se necessário, assistir a essas discussões».

98 Segundo o n.º 24 dos mesmos compromissos, o mandatário devia, «em caso de desacordo entre a Lagardère e a Editis sobre as medidas de reestruturação necessárias», emitir uma recomendação, «pós ter ouvido as partes segundo o princípio do

contraditório, sobre o alcance das medidas de reestruturação necessárias» e enviar à Comissão um relatório informando-a da sua recomendação.

99 Decorre dos autos que tais desacordos ocorreram efectivamente entre a Lagardère e a Editis. Com efeito, a Comissão afirmou, na sua tréplica, ter sido regularmente posta ao corrente das tensões por vezes criadas pela Lagardère, que tinha interesse em conferir uma dimensão mais extensa quanto aos activos da Editis do que a decisão de 7 de Janeiro de 2004 lhe tinha permitido conservar. A Comissão salientou igualmente que o mandatário se tinha oposto em várias ocasiões à Lagardère para defender os interesses relacionados com activos retrocedidos, após ter previamente consultado a Comissão.

100 Ora, o exercício por B. das funções de membro da comissão executiva da sociedade detentora da totalidade dos activos da Editis era de molde a afectar a independência de que o interessado devia dar provas na elaboração das recomendações de medidas de reestruturação necessárias e do relatório que informa a Comissão dessas recomendações.

101 Com efeito, de harmonia com o disposto no artigo 2.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do contrato celebrado pela Ecrinvest 4 e pelo Gabinete S., em 19 de Dezembro de 2002, B. agia, desde 20 de Dezembro de 2002, «no quadro do seu mandato social […] no interesse da sociedade Investima 10 e dos activos e, mais particularmente, com a preocupação de manter a sua viabilidade, o seu valor económico e a sua competitividade».

102 Além disso, B. era obrigado, de harmonia com o disposto no artigo 2.º, n.º 2, segundo parágrafo, desse mesmo contrato, a respeitar e a assegurar que a comissão executiva da Investima 10 respeitava as disposições que figuram no artigo 4.º do contrato de cessão, relativamente «aos princípios de gestão de um bom pai de família» dos activos em questão cujo cumprimento era pedido à comissão executiva, a fim de «preservar a integridade dos activos e o seu valor».

103 Decorre do n.º 92 *supra* que, além da missão específica que lhe era conferida no seio da comissão executiva que consistia em exercer as atribuições de que a comissão executiva podia ser encarregada a título do contrato de cessão em face da Comissão ou de qualquer outra autoridade da concorrência, B., na sua qualidade de membro da comissão executiva da Investima 10, e mais tarde da Editis, esteve, assim, necessariamente associado ao exercício, relativo a todos os activos em questão detidos sucessivamente por essas duas sociedades, da plenitude dos seus poderes legais de um membro da comissão executiva de uma sociedade comercial.

104 Daqui se deduz que o exercício por B., de 20 de Dezembro de 2002 até 25 de Março de 2004, das funções de membro do órgão de direcção da Investima 10, que se converteu na Editis, no interesse das quais se comprometeu a agir, no quadro do seu mandato social, em conformidade com os «princípios de gestão de um bom pai de família», já não lhe permitia assegurar o exercício com toda a independência das atribuições de mandatário independente referido pelo n.º 15 dos compromissos da Lagardère.

105 A Comissão não pode, portanto, sustentar utilmente que o exercício por B. das funções de terceiro independente, membro da comissão executiva da Editis, e, mais tarde, de mandatário independente, visava impedir a Lagardère de exercer uma influência sobre a gestão dos activos em causa e que não se pode censurar o mandatário por ter tido interesse em agir em benefício da Editis, na medida em que tal interesse constituía uma condição necessária para a plena realização dos compromissos da Lagardère e para a manutenção de uma concorrência efectiva.

106 Pelo contrário, uma vez que, pela decisão de 7 de Janeiro de 2004, a Lagardère foi autorizada a conservar os activos em questão limitativamente enumerados no n.º 1 dos compromissos, incumbia ao mandatário velar, com toda a independência, pela execução pela Lagardère, em conformidade com essa disposição, apenas dos compromissos de retrocessões de activos considerados pela própria Comissão como suficientes, no respeito da liberdade contratual das partes na operação de concentração, para manter

uma concorrência efectiva e, por conseguinte, para tornar essa operação compatível com o mercado comum.

107 Por consequência, o relatório de avaliação da candidatura da Wendel à compra dos activos retrocedidos, com base no qual a decisão de 30 de Julho de 2004 foi adoptada, foi elaborado por um mandatário que não cumpria o requisito de independência, em relação à Editis, exigido pelo n.º 15 dos compromissos da Lagardère, definidos no anexo II da decisão de 7 de Janeiro de 2004.

108 Quanto à incidência do relatório no conteúdo da decisão de 30 de Julho de 2004, deve recordar-se que, como decorre do ponto 5 dessa decisão, foi pedido ao Gabinete S., na sua qualidade de mandatário, que apresentasse à Comissão um relatório que apreciasse a candidatura da Wendel como adquirente dos activos retrocedidos à luz dos critérios de aprovação fixados pelo n.º 10 dos compromissos da Lagardère em anexo à decisão de 7 de Janeiro de 2004.

109 Resulta, além disso, do ponto 6 da decisão de 30 de Julho de 2004 que esta se baseia, nomeadamente, no relatório do mandatário.

110 Embora seja verdade que a decisão de 30 de Julho de 2004 não se baseia exclusivamente nesse relatório, afigura-se todavia que esse documento exerceu uma influência determinante na referida decisão.

111 Deduz-se, com efeito, do exame comparado do relatório do mandatário e da decisão de 30 de Julho de 2004 que esta se inspirou substancialmente nesse relatório.

112 No sentido de demonstrar a capacidade da Wendel para manter e para desenvolver a Nouvel Editis, o gabinete mandatário sublinha, assim, no seu relatório, e a Comissão, na decisão de 30 de Julho de 2004, o «perímetro reduzido» da Nouvel Editis e a conservação pela Wendel dos «recursos de gestão, editoriais e de suporte» necessários à Nouvel Editis.

113 Os dois documentos salientam em termos idênticos que a valorização do investimento da Wendel pressupõe a «reconstituição e o desenvolvimento do encargo do centro de distribuição do Interforum».

114 Tanto o gabinete mandatário como a Comissão se referem à repartição maioritária ou principal do capital da Wendel e à sua abordagem «patrimonial», diferente das dos fundos de investimento tradicionais, permitindo contar com um compromisso da Wendel na Editis mais longo do que as perspectivas a curto prazo desses fundos.

115 Enquanto o gabinete mandatário considera que a Wendel é um candidato à aquisição susceptível de executar imediatamente os compromissos da Lagardère, a Comissão considera que a aquisição pela Wendel dos activos retrocedidos pela Lagardère não pode criar novos problemas de concorrência susceptíveis de atrasar a execução desses compromissos.

116 Por último, à semelhança do mandatário, que estima a duração do investimento da Wendel em cerca de cinco a sete anos, considerada como necessária para «consolidar» a empresa, a Comissão considera, por seu turno, que uma «saída» a curto prazo da Wendel do capital da Nouvel Editis é improvável e que isso parece suficiente para permitir «estabilizar a empresa».

117 Aliás, a própria Comissão referiu-se em várias ocasiões às conclusões do relatório do gabinete do mandatário para contestar, em resposta ao quarto fundamento de anulação da recorrente, ter cometido um erro manifesto na sua apreciação da conformidade da candidatura da Wendel com as condições de aprovação definidas pelo n.º 10, alínea b), dos compromissos da Lagardère.

118 A ilegalidade constatada é, portanto, susceptível de viciar a legalidade da decisão de 30 de Julho de 2004.

119 Há, portanto, que anular essa decisão, sem que seja necessário examinar os outros fundamentos desenvolvidos pela recorrente em apoio do seu pedido de anulação.

Quanto ao pedido de suspensão da deliberação

120 À luz de todas as considerações precedentes, afigura-se que o Tribunal Geral pôde eficazmente conhecer do recurso com base nos pedidos, fundamentos e argumentos que as partes desenvolveram no decurso do processo tanto na fase escrita como na fase oral.

121 Há, portanto, que indeferir o pedido da recorrente no sentido da suspensão da deliberação.

Quanto às despesas

122 Por força do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

123 Tendo a Comissão e a Lagardère sido vencidas, há que condená-las a suportar, em conformidade com os pedidos da recorrente, além das suas próprias despesas, as efectuadas pela recorrente.

124 Não tendo a recorrente pedido a condenação da Wendel nas despesas, esta suportará apenas as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

decide:

1) A Decisão (2004) D/203365 da Comissão, de 30 de Julho de 2004, relativa à aprovação da Wendel Investissement SA como adquirente dos activos cedidos em conformidade com a Decisão 2004/422/CE da Comissão, de 7 de Janeiro de 2004, que declara uma concentração compatível com o mercado

comum e o funcionamento do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (Processo COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP), é anulada.

2) A Comissão Europeia e a Lagardère SCA suportarão as suas próprias despesas e as despesas efectuadas pela Éditions Odile Jacob SAS.

3) A Wendel Investissement suportará as suas próprias despesas.

Meij Vadapalas Truchot

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 13 de Setembro de 2010.

Assinaturas