TRIBUNALENS DOM (sjätte avdelningen)

den 13 september 2010 *

I mål T-452/04,

Éditions Odile Jacob SAS, Paris (Frankrike), företrätt av advokaterna W. van Weert, O. Fréget, M. Struys, M. Potel och L. Eskenazi,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, inledningsvis företrädd av A. Whelan, O. Beynet, A. Bouquet och F. Arbault, därefter av A. Bouquet och O. Beynet, båda i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: franska.

med stöd av

Wendel Investissement SA, Paris, inledningsvis företrätt av advokaterna C. Couadou och M. Trabucchi, därefter av M. Trabucchi och F. Gordon,

och av

Lagardère SCA, Paris, inledningsvis företrätt av advokaterna A. Winckler, I. Girgenson och S. Sorinas Jimeno, därefter av A. Winckler, F. de Bure och J.-B. Pinçon,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut (2004) D/203365 av den 30 juli 2004 att godkänna Wendel Investissement SA som förvärvare av de tillgångar som avyttrats i enlighet med kommissionens beslut 2004/422/EG av den 7 januari 2004 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion (Ärende nr COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (EUT L 125, s. 54), meddelar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av ordföranden A.W.H. Meij, samt domarna V. Vadapalas och L. Truchot (referent),

justitiesekreterare: handläggaren T. Weiler,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 28 januari 2010,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Vivendi Universal SA (nedan kallat VU) beslutade den 25 september 2002 att avyttra den förlagsverksamhet som bedrevs av dess dotterbolag Vivendi Universal Publishing SA (nedan kallat VUP). Avyttringen avsåg VUP:s tillgångar i Europa.

2 Lagardère SCA (nedan kallat Lagardère) lämnade anbud på dessa tillgångar, vilka bestod av tillgångar och aktier som gav ett bestämmande inflytande i VUP (nedan kallade måltillgångarna).

3 Det visade sig att den planering för överlåtelsen som VU hade fastställt inte var förenlig med tidsplanen för de formaliteter som var nödvändiga för att konkurrensmyndigheterna dessförinnan skulle godkänna överlåtelsen. VU önskade nämligen överlåta måltillgångarna och få betalt för dessa så snart som möjligt.

4 Lagardère begärde därför att banken Natexis Banques Populaires SA (nedan kallad NBP) skulle träda i dess ställe, och genom ett av bankens dotterbolag förvärva måltillgångarna från VUP, förvara dem tillfälligt och därefter, när Lagardères förvärv av dessa tillgångar godkänts, överlåta dem till sistnämnda bolag.

5 NBP godtog genom skrivelse av den 8 oktober 2002 Lagardères begäran.

6 Lagardère och NBP redovisade de huvudsakliga villkoren för NBP:s förvärv av måltillgångarna för Europeiska gemenskapernas kommission, som godkände dessa.

7 Lagardère lämnade därefter sitt anbud på måltillgångarna till VU. Anbudet innebar att NBP eller någon annan enhet i denna koncern skulle träda i Lagardères ställe.

8 Den 29 oktober 2002 godkände VU att måltillgångarna skulle överlåtas till Lagardère.

9 Investima 10 SAS, ett helägt dotterbolag till Ecrinvest 4 SA som i sin tur är ett helägt dotterbolag till Segex Sarl, vilket i sin tur till hundra procent kontrolleras av NBP, undertecknade den 3 december 2002 en utfästelse om att förvärva måltillgångarna till förmån för VUP.

10 Segex och Ecrinvest 4 ingick samma dag ett överlåtelseavtal (nedan kallat överlåtelseavtalet) med Lagardère, varigenom det sistnämnda bolaget (genom Ecrinvest 4), efter kommissionens godkännande av den planerade företagskoncentrationen, tilläts förvärva hela aktiekapitalet i Investima 10, som innehade måltillgångarna med förbehåll för VUP:s utövande av den ovannämnda utfästelsen. Priset för dessa värdepapper hade betalats i förväg av Lagardère till Segex, som ägde samtliga aktier i Ecrinvest 4.

11 VUP utnyttjade den 20 december 2002 förvärvsutfästelsen från Investima 10, och detta bolag ingick samma dag ett avtal om förvärv av måltillgångarna med VUP.

12 NBP offentliggjorde även samma dag ett pressmeddelande med följande lydelse:

”NBP förvärvar samtliga av de avyttrade tillgångarna i syfte att överlåta dem [till Lagardère] så snart som konkurrensmyndigheterna har gett sitt godkännande.

Från och med i dag innehas VUP:s tillgångar av bolaget Investima 10, som indirekt är helägt av NBP.

Detta aktiebolag blir moderbolag till de bolag som ingår i den avgränsade del av verksamheten som överlåts.

…”

13 I artikel 4.1 i överlåtelseavtalet anges följande:

”ii) [Segex] går i god för att Ecrinvest 4 och Ecrinvest 4 tillser att:

…

c) [Investima 10] utser … en eller flera oberoende tredje parter, med undantag av varje person som tillhör [Segexkoncernen] respektive [Lagardèrekoncernen], till ledamöter i [dess] styrelse,

…

e) bolagsordningen för [Investima 10] tillerkänner uteslutande en enda styrelseledamot de befogenheter som kan [tillkomma] styrelsen enligt det aktuella avtalet i förhållande till kommissionen … eller varje annan behörig konkurrensmyndighet och att, i denna egenskap, en tredje oberoende part utses …”

14 Den 20 december 2002 tillsattes Investima 10:s styrelse, och B., ordförande för revisionsbyrån S., utsågs som styrelseledamot i egenskap av ”oberoende tredje part”, i den mening som avses i artikel 4.1 ii e i överlåtelseavtalet.

15 I artikel 2.2 i det avtal som den 19 december 2002 undertecknats av Ecrinvest 4 och revisionsbyrån S., anges, i det första stycket, att B. inom ramen för sin fullmakt ska agera i Investima 10:s och måltillgångarnas intressen. B. ska i synnerhet handla i strävan att bevara tillgångarnas lönsamhet, ekonomiska värde och konkurrenskraft.

16 I artikel 2.2 andra stycket i detta avtal föreskrivs därför att B. ska kontrollera och säkerställa att Investima 10:s styrelse iakttar:

> ”i) [villkoren] i artikel 4 i överlåtelseavtalet … avseende … tillgångarnas förvaltning i enlighet med principen *bonus pater familias*, som styrelsen och övriga bolagsorgan måste iaktta i syfte att bevara tillgångarnas bestånd och värde
>
> …”

17 Lagardère anmälde den 14 april 2003, enligt artikel 4.1 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, och rättelse i EGT L 257, 1990, s. 13, svensk specialutgåva, annex, s. 16), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1), sitt planerade förvärv av VUP:s måltillgångar till kommissionen.

18 Eftersom kommissionen fann att koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel vad gäller dess förenlighet med den gemensamma marknaden inledde den genom beslut av den 5 juni 2003 ett fördjupat granskningsförfarande avseende förvärvet med stöd av artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89.

19 Det framgår av ingivna handlingar att Investima 10 blev Editis SA den 14 oktober 2003.

20 Den 27 oktober 2003 skickade kommissionen ett meddelande om invändningar till Lagardère och påpekade vissa problem i konkurrenshänseende som den anmälda företagskoncentrationen gav upphov till. Lagardère besvarade meddelandet den 17 november 2003.

21 Lagardère redovisade följaktligen den 2 december 2003 för kommissionen ett antal korrigerande åtgärder i form av åtaganden att sälja måltillgångarna vidare.

22 Kommissionens beslut 2004/422/EG (ärende COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (EUT L 125, s. 54), av den 7 januari 2004 (nedan kallat beslutet av den 7 januari 2004), som antogs med stöd av artikel 8.2 i förordning nr 4064/89, har följande lydelse:

”*Artikel 1*

Den anmälda koncentrationen, i dess ändrade form till följd av åtagandepaketet av den 21 december 2003, varigenom Lagardère förvärvar fullständig kontroll av [måltillgångarna] i VUP, hädanefter kallat Editis, förklaras förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalets funktion.

Artikel 2

Artikel 1 gäller under förutsättning att Lagardère till fullo uppfyller de åtaganden som anges [i] bilaga II.

Artikel 3

Förevarande beslut hör samman med Lagardères ansvar att till fullo uppfylla de andra åtaganden som anges [i] bilaga II."

23 Enligt punkt 1 i dessa åtaganden som anges i bilaga II är Lagardère skyldig att vidareförsälja samtliga av Editis tillgångar (nedan kallade de vidareförsålda tillgångarna) förutom de tillgångar som är uttömmande uppräknade i denna punkt (nedan kallade de behållna tillgångarna).

24 De vidareförsålda tillgångarna motsvarade ungefär 60–70 procent av VUP:s globala omsättning och 70–80 procent av VUP:s omsättning inom den franskspråkiga förlagssektorn som den godkända företagskoncentrationen avser (nedan kallad företagskoncentrationen).

25 I punkt 2 i Lagardères åtaganden anges att redogörelsen för behållna tillgångar återfinns i bilaga 1 till dessa åtaganden.

26 Enligt punkt 3 i åtagandena ska Lagardère ingå oåterkalleliga avtal om vidareförsäljning inom en frist som hålls konfidentiell och som beräknas från delgivningen av beslutet om det villkorliga godkännandet. Lagardère ska därefter genomföra vidareförsäljningen inom en frist som hålls konfidentiell och som beräknas från slutandet av avtalet.

27 Lagardère hade möjlighet att välja vem som skulle ta över de vidareförsålda tillgångarna, i enlighet med de urvalskriterier som anges i punkt 10 i åtagandena och har följande lydelse:

”För att bevara en verksam konkurrens på de relevanta marknaderna ska den anmälande parten avyttra de överlåtna tillgångarna till en eller flera förvärvare som är oberoende av den anmälande parten och uppfyller följande villkor:

a) Lagardère får inte ha väsentliga direkta eller indirekta intressen avseende förvärvaren eller förvärvarna.

b) Förvärvaren eller förvärvarna bör vara lönsamma aktörer, som har förmåga och besitter de ekonomiska incitamenten att bevara eller att utveckla en effektiv konkurrens, utan att denna formulering utesluter någon kategori av industriella eller finansiella köpare.

c) En potentiell förvärvares förvärv av en eller flera av de överlåtna tillgångarna får inte vara av sådan beskaffenhet att nya problem i konkurrenshänseende skapas eller riskera att försena genomförandet av åtagandena. Den anmälande parten måste kunna bevisa för kommissionen att köparen uppfyller villkoren för åtagandena och att den överlåtna tillgången eller tillgångarna överlåts i enlighet med dessa åtaganden.

d) Förvärvaren eller förvärvarna ska inneha eller sannolikt kunna beviljas alla erforderliga godkännanden för förvärv och nyttjande av de överlåtna tillgångarna.”

28 I punkt 14 i Lagardères åtaganden anges att valet av förvärvare måste godkännas av kommissionen och att begäran om godkännande av förvärvarna ska innehålla tillräckliga upplysningar för att kommissionen ska kunna kontrollera att deras anbud uppfyller villkoren i den ovan i punkt 27 nämnda punkt 10.

29 Lagardère skulle enligt punkt 15 i åtagandena utse en fullmaktshavare som uppfyllde villkoren i nämnda åtaganden. Punkt 15 har följande lydelse:

”Den anmälande parten utser en fullmaktshavare för att utföra de nedan angivna uppgifterna. Fullmaktshavaren ska vara oberoende av Lagardère och Editis, besitta nödvändiga kvalifikationer för att utföra sitt uppdrag, till exempel i egenskap av *corporate finance*-rådgivare, konsult eller revisor, och inte vara inblandad i en intressekonflikt. Fullmaktshavaren erhåller ersättning från Lagardère på villkor som inte strider mot ett gott utförande av dennes uppdrag eller oberoende.”

30 I punkt 9 i Lagardères åtaganden anges, vad avser utnämningen av en oberoende förvaltare av tillgångarna (*Hold Separate Manager*), följande villkor:

”Den anmälande parten ska utse en oberoende förvaltare av tillgångarna, vilken ska vara ansvarig för förvaltningen av de överlåtna tillgångarna, under fullmaktshavarens kontroll. [Förvaltaren] ska oberoende förvalta de överlåtna tillgångarna inom ramen för normal affärsverksamhet, för att säkerställa bevarandet av deras ekonomiska lönsamhet, säljbarhet, konkurrenskraft och oberoende i förhållande till behållna tillgångar och andra delar av Lagardères verksamhet. Om en person i ledande ställning i ett dotterbolag till Editis som är föremål för överlåtelseåtagandet slutar, har [förvaltaren] behörighet att utse en efterträdare till denne, under fullmaktshavarens kontroll.”

31 Fullmaktshavarens uppdrag definieras i Lagardères åtaganden enligt följande:

”20. Fullmaktshavarens medverkan har till syfte att säkerställa uppfyllandet av åtagandena. Kommissionen förser, på eget initiativ eller på fullmaktshavarens eller den anmälande partens begäran, fullmaktshavaren med alla nödvändiga anvisningar för att säkerställa uppfyllandet av dessa åtaganden.

21. Fullmaktshavarens uppdrag består av att:

a) säkerställa att de överlåtna tillgångarna upprätthålls och förvaltas inom en egen struktur, åtskilda från och oberoende av de behållna tillgångarna samt Lagardères övriga verksamhet, fram till dess att överlåtelsen av dessa tillgångar har genomförts,

b) säkerställa att [den oberoende förvaltaren] bevarar de överlåtna tillgångarnas lönsamhet och säljbarhet samt förvaltar och nyttjar de överlåtna tillgångarna inom ramen för normal affärsverksamhet, i enlighet med tidigare bruk,

c) säkerställa att verksamma åtgärder har vidtagits för att ingen information om de överlåtna tillgångarna som är känslig i konkurrenshänseende delges den anmälande parten, med undantag för information som är nödvändig för att dessa tillgångar ska kunna överlåtas inom bästa möjliga förutsättningar i enlighet med förevarande åtaganden,

d) säkerställa att åtgärder för omstrukturering vidtas i enlighet med förevarande åtaganden, hålla sig underrättad om pågående diskussioner mellan Lagardère och Editis om avskiljningen av tillgångarna, och, vid behov, medverka i dessa diskussioner

…

f) i allmänhet, säkerställa att de överlåtna tillgångarna behåller hela sitt ekonomiska värde och sin konkurrenskraft samt vidta alla för detta ändamål nödvändiga åtgärder, och,

g) i allmänhet, övervaka att den anmälande parten uppfyller sina åtaganden på ett tillfredsställande sätt.”

32 I punkt 24 i åtagandena föreskrivs därutöver följande:

”Ifall oenighet uppkommer mellan Lagardère och Editis vad avser de omstruktureringsåtgärder som är nödvändiga för uppfyllandet av förevarande åtaganden, kan vardera part informera fullmaktshavaren om detta genom ett rekommenderat brev varav en kopia bör tillställas den andra parten. Efter att ha hört parterna i enlighet med den kontradiktoriska principen ska fullmaktshavaren snarast utfärda en rekommendation avseende omfattningen av de omstruktureringsåtgärder som är nödvändiga. Fullmaktshavaren ska genom en rapport upplysa kommissionen om rekommendationen. Om oenigheten mellan Lagardère och Editis kvarstår kan vardera part begära att kommissionen, efter att ha hört parterna i enlighet med den kontradiktoriska principen, ska fastställa omfattningen av de omstruktureringsåtgärder som är nödvändiga.”

33 Slutligen föreskrivs i avsnittet ”Ombildning av Editis associationsform” i Lagardères åtaganden följande:

”30. Efter kommissionens godkännande av den nya bolagsordningen, ska den anmälande parten ombilda Editis till [associationsformen] *société par actions simplifiée* [en form av privat aktiebolag i fransk associationsrätt, vilket har juridiska personer som delägare och vars förvaltning kännetecknas av stor flexibilitet (nedan kallat förenklat aktiebolag)]. Editis bolagsorgan ska efter ombildningen bestå av … en verkställande direktör, som sköter uppdraget som [oberoende förvaltare] och … en aktieägarkommitté som består av tre … representanter för den fullmaktshavare som avses ovan i punkt 15 och två … representanter för Lagardère.

31. Det förenklade aktiebolaget ska organiseras enligt följande principer:

a) Editis ska styras av sin verkställande direktör under fullmaktshavarens kontroll inom ramen för dennes uppgifter såsom de anges ovan.

b) Aktieägarkommittén övervakar förvaltningen av de behållna tillgångarna och har för detta ändamål rätt till all information avseende dessa tillgångar.

c) Vad beträffar de överlåtna tillgångarna har aktieägarkommittén, under fullmaktshavarens kontroll, rätt till information avseende alla beslut eller händelser som kan påverka Lagardères ekonomiska intressen av de överlåtna tillgångarna och, i synnerhet, följande information: löpande resultat, beslut om investeringar, försäljning av tillgångar eller förvärv som överstiger ett värde av 200 000 euro, beslut som påverkar bolagets skuldsättning och säkerheter av alla slag, samt alla strategiska beslut eller beslut som inte ingår i den löpande förvaltningen. Fullmaktshavaren ska emellertid tillse att konfidentiell information om de överlåtna tillgångarna av kommersiell beskaffenhet eller som avser deras drift, däribland, i förekommande fall, sådan information som anges i föregående mening, inte kommer Lagardère till handa.

32. Under perioden från det att kommissionen antar ett beslut om att godkänna den anmälda koncentrationen fram till ombildningen av Editis till förenklat aktiebolag ska Editis fortsatt styras av befintliga bolagsorgan, i samarbete med fullmaktshavaren. Lagardère har under denna period, i egenskap av aktieägare i Editis, rätt till all information som avser de behållna tillgångarna. Vad beträffar de överlåtna tillgångarna, ska fullmaktshavaren tillse att Lagardère delges den information som avses ovan i punkt 31 c."

34 Kommissionen har den 5 februari 2004:

— godkänt A.K. som oberoende förvaltare av tillgångarna och godkänt förslaget till hans uppdragsskrivelse som ingavs den 30 januari 2004, och

— godkänt revisionsbyrån S., företrädd av dess ordförande, B., som fullmaktshavare och godkänt förslaget där byråns fullmakt definieras, som ingavs den 30 januari 2004.

35 Den 9 februari 2004 utnämnde Lagardère revisionsbyrån S. som fullmaktshavare.

36 Editis ombildades den 25 mars 2004 enligt punkt 30 i Lagardères åtaganden till ett förenklat aktiebolag, vars bolagsorgan sedermera, utöver den verkställande direktören som agerade som oberoende förvaltare, även omfattade aktieägarkommittén, bestående av tre representanter för fullmaktshavaren och två representanter för Lagardère.

37 Lagardère kontaktade flera företag, däribland sökanden, som skulle kunna förvärva de vidareförsålda tillgångarna.

38 Sökanden visade intresse för förvärvet. Genom fax av den 28 april 2004 lämnade sökanden sitt anbud till Lagardère.

39 Lagardère uppgav i ett meddelande av den 19 maj 2004 att anbud från fem potentiella förvärvare, däribland sökandens, hade valts ut och att företaget hade beviljat en av dem, Wendel Investissement SA (nedan kallat Wendel), ensamrätt fram till midnatt den 25 maj 2004.

40 Den 28 maj 2004 överenskom Lagardère och Wendel om förvärv av de vidareförsålda tillgångarna.

41 Lagardère begärde genom ansökan av den 4 juni 2004 att kommissionen skulle godkänna Wendel som förvärvare av tillgångarna.

42 Revisionsbyrån S. ingav den 5 juli 2004 sin sammanställande rapport till kommissionen. Av denna framgick att Wendels anbud uppfyllde de villkor för godkännande som anges i punkt 10 i Lagardères åtaganden.

43 Kommissionen godkände genom beslut (2004) D/203365, av den 30 juli 2004, Wendel som förvärvare av de vidareförsålda tillgångarna, efter att ha fastställt att bolaget uppfyllde villkoren för godkännande som anges i punkt 10 i Lagardères åtaganden.

44 Detta beslut antogs i enlighet med punkt 14 i Lagardères åtaganden. Till grund för beslutet låg den ovannämnda ansökan om godkännande, utkastet till överlåtelseavtal som bilagts beslutet, rapporten från revisionsbyrån S., Lagardères och Wendels skriftliga svar på kommissionens begäran om upplysningar, de upplysningar Wendel tillhandahöll under ett möte med kommissionen, samt ett åsiktsutbyte avseende Wendels anbud med organisationer som företrädde Editis personal och berörda tredje parter.

45 Sökanden väckte genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 8 juli 2004 talan om ogiltigförklaring av beslutet av den 7 januari 2004 (mål T-279/04).

46 På sökandens begäran försåg kommissionen, genom fax av den 27 augusti 2004, sökanden med beslutet om att godkänna Wendel som förvärvare av de vidareförsålda tillgångarna.

47 Överföringen till Wendel av äganderätten till dessa tillgångar, kallade ”Nouvel Editis”, skedde den 30 september 2004.

Förfarandet

48 Sökanden har väckt talan om ogiltigförklaring av beslutet om godkännande av den 30 juli 2004 (nedan kallat beslutet av den 30 juli 2004) genom ansökan som ingavs den 8 november 2004.

49 Förstainstansrätten (sjätte avdelningen) ogillade genom dom av samma dag i mål T-279/04 sökandens talan om ogiltigförklaring av beslutet av den 7 januari 2004.

50 Wendel och Lagardère har genom handlingar som inkom den 25 januari och den 24 mars 2005 ansökt om att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden enligt artikel 115.1 i tribunalens rättegångsregler.

51 Sökanden har genom handlingar som inkom den 3 mars och den 18 april 2005 dels begärt att vissa handlingar som bilagts ansökan samt vissa delar av denna och av svaromålet enligt artikel 116.2 i rättegångsreglerna ska undantas från de inlagor som ska

delges Wendel och Lagardère, dels för detta ändamål inkommit med icke-konfidentiella versioner av de ifrågavarande inlagorna.

52 Genom beslut av ordföranden på fjärde avdelningen av den 11 maj och den 25 oktober 2005 tilläts Lagardère och Wendel att intervenera till stöd för kommissionens yrkanden i målet, och kansliet anvisades att delge dem de icke-konfidentiella versionerna av inlagorna.

53 Lagardère bestred genom skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 10 juni 2005 sökandens begäran om konfidentiell behandling.

54 Lagardère och Wendel ingav sina interventionsinlagor den 16 september respektive den 27 april 2006.

55 Sökanden framställde sina synpunkter genom inlagor som inkom den 8 november 2005 och den 4 juli 2006.

56 Genom beslut av den 19 juni 2007 avslog ordföranden på fjärde avdelningen sökandens begäran om konfidentiell behandling i förhållande till Lagardère och anvisade förstainstansrättens kansli att delge Lagardère originalversionerna av de ifrågavarande handlingarna.

57 I samband med att sammansättningen av förstainstansrättens avdelningar ändrades förordnades referenten att tjänstgöra på sjätte avdelningen, varför målet den 24 oktober 2008 tilldelades denna avdelning.

58 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (sjätte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade, som en åtgärd för processledning, parterna att inkomma med skriftliga yttranden som svar på vissa frågor. Parterna efterkom denna anmodan inom den fastställda fristen.

59 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens frågor vid förhandlingen den 28 januari 2010.

60 Tribunalen ogiltigförklarade genom dom av den 9 juni 2010 i mål T-237/05, Éditions Odile Jacob mot kommissionen (REU 2010, s. II-2245), kommissionens beslut av den 7 april 2005 om avslag på sökandens ansökan enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, s. 43), om att få tillgång till vissa handlingar för att använda dem till stöd för förevarande talan.

61 Sökanden begärde genom skrivelse som inkom den 21 juni 2010 att överläggningen i förevarande mål skulle skjutas upp under en lämplig tidsperiod, räknad från kommissionens delgivning av de ifrågavarande handlingarna.

Parternas yrkanden

62 Sökanden har yrkat att tribunalen ska:

— ogiltigförklara beslutet av den 30 juli 2004, och

— förplikta kommissionen och Lagardère att ersätta rättegångskostnaderna.

63 Kommissionen har, med stöd av Lagardère och Wendel, yrkat att tribunalen ska:

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

64 Sökanden har till stöd för sin talan åberopat fyra grunder. Den första grunden avser att kommissionen har åsidosatt sin skyldighet att kontrollera urvalet av kandidater för förvärv av de vidareförsålda tillgångarna. Den andra grunden avser att kommissionen har godkänt Wendel på grundval av en rapport från en fullmaktshavare som inte är oberoende av Editis, Lagardère och Wendel. Den tredje grunden avser åsidosättande av motiveringsskyldigheten och den fjärde grunden avser att kommissionens bedömning av huruvida Wendels anbud var förenligt med villkoren för att godkänna förvärvaren av de vidareförsålda tillgångarna, såsom de anges i punkt 10 b i Lagardères åtaganden, var uppenbart oriktig.

65 Tribunalen prövar först sökandens andra grund avseende att beslutet av den 30 juli 2004 har antagits på grundval av en rapport som hade upprättats av en fullmaktshavare som inte var oberoende i förhållande till Editis.

Parternas argument

66 Sökanden har anfört att när Lagardère, den 9 februari 2004, enligt punkt 15 i sina åtaganden, utsåg revisionsbyrån S., företrädd av sin ordförande, B., som fullmaktshavare, var B. sedan den 20 december 2002, styrelseledamot i Investima 10, som blev Editis den 14 oktober 2003, såsom angetts ovan i punkt 19 i förevarande dom.

67 Enligt sökanden var B., som ingick i ledningen för Editis (vilket innebar att han hade samtliga befogenheter i förhållande till tredje man som tillkommer en styrelseledamot), således inte oberoende av Editis, i strid med vad som föreskrivs i punkt 15.

68 Uppdraget som oberoende fullmaktshavare med ansvar för att, i kommissionens namn och för dess räkning, övervaka vidareförsäljningen av de tillgångar som ska avyttras innebär nämligen att inga band, oavsett av vilken beskaffenhet, får finnas i förhållande till den enhet vars tillgångar ska avyttras, i synnerhet inga ekonomiska band. Det utgick emellertid ersättning till B. för styrelseuppdraget.

69 B. förblev dessutom ledamot i Editis styrelse fram till den 25 mars 2004 och hade således, från den 9 februari 2004 och fram till förstnämnda datum, haft två uppdrag som bestod i att övervaka först överlåtelsen av Editis till Lagardère, och därefter vidareförsäljningen av de tillgångar som skulle avyttras till en tredje part.

70 Även efter det att styrelseuppdraget i Editis upphörde förblev B. med nödvändighet knuten till Editis, eftersom han under flera års tid kunde ådra sig civil- och straffrättsligt ansvar i förhållande till aktieägare och tredje parter.

71 Enbart förekomsten av ett tvivel beträffande fullmaktshavarens oberoende är tillräckligt för att förfarandet avseende de vidareförsålda tillgångarna ska anses ogiltigt, och därmed även beslutet av den 30 juli 2004. Den utvärderingsrapport gällande anbuden som upprättats av fullmaktshavaren utgör nämligen en grundläggande och avgörande omständighet för kommissionens beslut huruvida förvärvaren ska godkännas.

72 Såvida inte den roll som fullmaktshavaren har i förfarandet för överlåtelsen av tillgångarna ska ifrågasättas, måste slutsatserna i hans rapport ha haft en avgörande inverkan på beslutet av den 30 juli 2004. Det är tillräckligt att jämföra slutsatserna i fullmaktshavarens rapport med beslutet av den 30 juli 2004 för att kunna konstatera att detta beslut direkt bygger på rapportens text, som på många punkter utgör en mall för det förstnämnda.

73 Kommissionen har bestritt sökandens resonemang. Kommissionen har erinrat om att B., som var ordförande i revisionsbyrån S., utsågs till styrelseledamot i Investima 10, det dotterbolag till NBP som innehade måltillgångarna, när NBP förvärvade kontroll över VUP, med tillämpning av artikel 4.1 ii e i överlåtelseavtalet.

74 B. hade ansvar för att utöva styrelsens befogenheter i Investima 10, nu Editis, i egenskap av oberoende tredje part i förhållande till konkurrensmyndigheterna. Ovannämnda uppdrag var därför att jämställa med det fullmäktiguppdrag som avses i punkt 15 i Lagardères åtaganden.

75 Efter det att revisionsbyrån S., i form av dess ordförande B., utsågs till fullmaktshavare med ansvar för att övervaka Lagardères åtaganden om vidareförsäljning efter det att detta bolag hade förvärvat kontrollen över Editis, fortsatte B. tillfälligt att utöva sitt uppdrag som oberoende tredje part i Editis styrelse, med anledning av den kännedom om bolaget som han hade fått till följd av detta uppdrag. B. uppbar ersättning från NBP för detta uppdrag.

76 Den omständigheten att B. satt kvar i styrelsen skapade inte någon beroendeställning mellan B. och Editis, utan är i stället helt förenligt med beslutet av den 7 januari 2004 och Lagardères åtaganden. Målet var att förhindra att Lagardère påverkade förvaltningen av Editis, under den övergångsperiod då de bolagsorgan som funnits sedan NBP:s förvärv av kontrollen över VUP enligt punkt 30 i Lagardères åtaganden skulle kvarstå, fram till dess att Editis ombildats till förenklat aktiebolag, vilket skedde den 25 mars 2004.

77 Den omständigheten att B. – från den 25 mars 2004 fram till det datum då äganderätten för de vidareförsålda tillgångarna övergick till Wendel – var ledamot i Editis aktieägarkommitté är förenlig med Lagardères åtaganden. I punkt 30 anges att fullmaktshavarens representanter ska vara i majoritet i aktieägarkommittén, för att säkerställa att en oberoende tredje part, fullmaktshavaren, tillser att Lagardère inte kan påverka förvaltningen av Editis.

78 Att revisionsbyrån S., i form av dess ordförande, utsetts som fullmaktshavare endast i samband med NBP:s överlåtelse av Editis till Lagardère innebär att alla tidigare eller efterkommande band mellan revisionsbyrån S. och NBP saknar relevans för bedömningen av fullmaktshavarens oberoende i förhållande till Editis. Vid uppfyllandet av åtagandena hade nämligen NBP inte längre kontroll över Editis. Eventuella band mellan fullmaktshavaren och NBP, tidigare ägare av de tillgångar som är föremål för ett beslut om godkännande av en företagskoncentration under vissa förutsättningar, kan inte äventyra genomförandet av vidareförsäljningen, vars syfte är att lösa de problem i konkurrenshänseende som följer av fusionen av måltillgångarna med Lagardères tillgångar.

79 Enligt kommissionen använder sökanden som enda bevis för att fullmaktshavaren inte är oberoende i förhållande till Editis den omständigheten att denne inte avstått från all förbindelse eller kontakt med Editis. Syftet med villkoret enligt vilket kommissionen kräver att fullmaktshavaren ska vara oberoende i förhållande till Editis är emellertid att säkerställa att bedömningen av anbudet från den som tar över de vidareförsålda tillgångarna endast bygger på hänsyn till dessa tillgångars lönsamhet och konkurrenskraft, och inte på personliga överväganden. Fullmaktshavaren kan således

inte rimligtvis förebrås för att ha handlat till förmån för Editis, eftersom detta utgör en nödvändig förutsättning för uppfyllandet av åtagandena och bevarandet av en effektiv konkurrens.

80 För att en brist avseende fullmaktshavarens oberoende, om en sådan brist fastställs, ska kunna medföra att beslutet av den 30 juli 2004 ogiltigförklaras, måste det under alla omständigheter även visas att denna oegentlighet har medfört att fullmaktshavaren upprättat en rapport som inte är objektiv och att denna rapport har haft en avgörande betydelse för innehållet i beslutet.

81 Sökanden har emellertid inte åberopat någon omständighet som kan visa att fullmaktshavaren har upprättat en felaktig eller vinklad rapport och har än mindre kunnat visa att detta dokument har haft avgörande betydelse för beslutet av den 30 juli 2004.

82 Inför det slutliga beslutet om godkännande av förvärvaren av de vidareförsålda tillgångar bestod fullmaktshavarens uppdrag endast i att tillhandahålla en utvärdering av förvärvaren och ange huruvida denne, enligt fullmaktshavarens uppfattning, uppfyller villkoren som fastställs i åtagandena. I själva verket antog kommissionen inte beslutet av den 30 juli 2004 enbart på grundval av fullmaktshavarens rapport, och denna rapport har inte heller haft en avgörande betydelse, utan på grundval av samlad information, däribland den information som tillhandahållits av fullmaktshavaren.

Tribunalens bedömning

83 Enligt punkt 15 i Lagardères åtaganden ska fullmaktshavaren, som utsetts av bolaget för att kontrollera att åtagandena uppfylls på ett tillfredsställande sätt, ”vara oberoende [i förhållande till Editis]… och inte vara inblandad i en intressekonflikt”. I denna punkt anges även att ”[f]ullmaktshavaren erhåller ersättning från Lagardère på villkor som inte strider mot ett gott utförande av dennes uppdrag eller oberoende”.

84 Efter det att NBP godtog att träda i Lagardères ställe för att tillfälligt förvärva måltillgångarna genom Segex och Ecrinvest 4, vilka är helägda dotterbolag till NBP, ingick sistnämnda bolag den 3 december 2002 överlåtelseavtalet med Lagardère. Enligt detta avtal övertog Lagardère, under förutsättning att kommissionen i förväg godkände företagskoncentrationen, allt kapital i Investima 10, som är ett helägt dotterbolag till Ecrinvest 4, vilket i sin tur är ett helägt dotterbolag till Segex, och som förvärvat måltillgångarna från VUP den 20 december 2002.

85 Den 20 december 2002 utsåg innehavaren av måltillgångarna, Investima 10, med stöd av artikel 4.1 ii c i överlåtelseavtalet, B., ordförande i revisionsbyrån S., till ledamot i dess styrelse, i den mening som avses i den bestämmelsen. S utsågs till styrelseledamot i egenskap av oberoende tredje part i den mening som avses i artikel 4.1 ii e.

86 I denna egenskap gavs B., som erhöll ersättning från NBP, i enlighet med artikel 4.1 ii e i överlåtelseavtalet ”ensam” rätt att utöva ”de befogenheter som kan [tillkomma] styrelsen enligt … [överlåtelse]avtalet i förhållande till kommissionen … ”.

87 Enligt punkt 15 i Lagardères åtaganden, som återges i bilaga II till beslutet av den 7 januari 2004, utsåg bolaget den 9 februari 2004 revisionsbyrån S. till fullmaktshavare, med ansvar för att enligt punkt 21 g i åtagandena övervaka att Lagardères överlåtelse av de vidareförsålda tillgångar genomfördes ”på ett tillfredsställande sätt”. B erhöll för detta arbete ersättning från Lagardère. B. var vid denna tidpunkt ordförande för revisionsbyrån S., och kommissionen har medgett att B. utförde uppdraget som fullmaktshavare, såsom föreskrivs i beslutet av den 7 januari 2004.

88 Revisionsbyrån S. utsågs således som fullmaktshavare, i den mening som avses i punkt 15 i Lagardères åtaganden, och dess ordförande utförde de uppgifter som detta uppdrag omfattade, samtidigt som samma person var styrelseledamot i Investima 10, som sedan blev Editis.

89 B. utövade dessutom, från den 9 februari 2004 (dagen för utnämningen av revisionsbyrån S) till den 25 mars 2004 (dagen då Editis ombildades till förenklat aktiebolag), styrelseuppdraget i Editis parallellt med uppdraget som fullmaktshavare.

90 Editis fortsatte nämligen enligt punkt 32 i Lagardères åtaganden att styras av sina befintliga bolagsorgan från antagandet av beslutet av den 7 januari till den 25 mars 2004, när Editis omvandlades till förenklat aktiebolag.

91 Som svar på en fråga från tribunalen har kommissionen uppgett att B. utfört styrelseuppdraget i Investima 10/Editis enligt den franska code de commerce, som är tillämplig i förevarande fall, och att utförandet av de uppdrag som sökanden anförtrotts i egenskap av oberoende tredje part i denna styrelse således inte utgjorde något hinder för B att utföra de lagstadgade uppgifter som styrelseledamöterna i ett bolag har enligt den lagstiftningen.

92 Enligt artikel L 225-64 första stycket, första meningen, i code de commerce har styrelsen emellertid ”mycket vidsträckta befogenheter för att under alla omständigheter kunna handla i bolagets intresse”.

93 Innan revisionsbyrån S., företrädd av dess ordförande B., utsågs till fullmaktshavare, var B. således ledamot av Editis ledningsorgan och förblev det över en månad efter utnämningen.

94 Eftersom B. var styrelseledamot i Investima 10 (som sedan blev Editis) vid tidpunkten då revisionsbyrån S. (för vilken han var ordförande) utsågs till fullmaktshavare, och därefter var styrelseledamot parallellt med uppdraget som fullmaktshavare (som han anförtrotts av revisionsbyrån S.), befann han sig i en beroendeställning i förhållande till Editis, som var av sådan beskaffenhet att tvivel uppkom avseende den objektivitet han måste iaktta vid utförandet av detta uppdrag.

95 I egenskap av fullmaktshavare, med ansvar för att kontrollera att Lagardères överlåtelse av de vidareförsålda tillgångarna utförs på ett tillfredställande sätt, enligt punkt 21 g i bolagets åtaganden, och med uppbärande av ersättning från Lagardère för detta arbete, åligger det revisionsbyrån S., i form av ordföranden B., att kontrollera att Lagardère avyttrar tillgångarna i enlighet med bolagets skyldighet enligt punkt 1 i åtagandena.

96 Denna transaktion består, enligt kommissionen själv, av ”en synnerligen vansklig avskiljning av tillgångarna innan Lagardère överlåter dem till en tredje part”.

97 Fullmaktshavaren ska vidare enligt punkt 21 d i Lagardères åtaganden, ”säkerställa att omstruktureringsåtgärder vidtas i enlighet med [dessa] åtaganden” samt ”hålla sig informerad om pågående diskussioner mellan Lagardère och Editis om avskiljningen, och, vid behov, medverka i dessa diskussioner”.

98 Enligt punkt 24 i dessa åtaganden ska fullmaktshavaren ”[i]fall oenighet uppkommer mellan Lagardère och Editis vad avser de omstruktureringsåtgärder som är nödvändiga” utfärda en rekommendation ”[e]fter att ha hört parterna i enlighet med

den kontradiktoriska principen” och genom en rapport upplysa kommissionen om rekommendationen.

99 Av handlingarna i målet framgår att det uppstod sådana oenigheter mellan Lagardère och Editis. Kommissionen har nämligen i sin duplik påstått att den regelbundet underrättades om skiljaktigheter, ibland skapade av Lagardère, som hade intresse av att den del av Editis tillgångar som den tilläts behålla enligt beslutet av den 7 januari 2004 blev så omfattande som möjligt. Kommissionen har även angett att fullmaktshavaren vid flera tillfällen motsatte sig att Lagardère bevakade intressen som avsåg de vidareförsålda tillgångarna, efter att i förväg ha rådgjort med kommissionen.

100 B:s styrelseuppdrag i det bolag som var innehavare av Editis samtliga tillgångar var emellertid av beskaffenhet att påverka det oberoende som han måste upprätthålla vid utformningen av rekommendationer om de nödvändiga omstruktureringsåtgärderna och vid upprättandet av de rapporter varigenom kommissionen underrättades om dessa rekommendationer.

101 B. handlade nämligen, enligt artikel 2.2 första stycket i det avtal som ingicks den 19 december 2002 av Ecrinvest 4 och revisionsbyrån S., från och med den 20 december 2002 ”i kraft av sitt uppdrag … i bolaget Investima 10:s och tillgångarnas intresse, i synnerhet med ändamålet att bevara deras lönsamhet, ekonomiska värde och konkurrenskraft”.

102 Dessutom var B. enligt artikel 2.2 andra stycket i samma avtal skyldig att själv iaktta samt säkerställa att Investima 10:s styrelse iakttog bestämmelserna i artikel 4 i överlåtelseavtalet, gällande måltillgångars ”förvaltning i enlighet med principen *bonus pater familias*” som ska iakttas i syfte att ”bevara tillgångarnas bestånd och värde”.

103 Det framgår ovan i punkt 92 att B. utöver det särskilda uppdrag han anförtrotts inom styrelsen, vilket bestod i att i förhållande till kommissionen eller andra konkurrensmyndigheter ansvara för utövandet av de befogenheter som styrelsen enligt överlåtelseavtalet kan behöva utöva, i egenskap av styrelseledamot i Investima 10, och därefter i Editis, med nödvändighet även var delaktig i utövandet av samtliga lagstadgade befogenheter, som tillkommer en styrelseledamot i ett bolag, i förhållande till samtliga måltillgångar som de båda bolagen i tur och ordning innehade.

104 Härav följer att B:s uppdrag som ledamot i Investima 10:s ledningsorgan, nu Editis, under perioden från den 20 december 2002 fram till den 25 mars 2004, i vilkas intresse han var skyldig att inom ramen för sitt uppdrag handla ”i enlighet med principen *bonus pater familias*”, inte längre gjorde det möjligt för honom att oberoende utöva de befogenheter som tillkommer en oberoende fullmaktshavare enligt punkt 15 i Lagardères åtaganden.

105 Kommissionen har således inte fog för sitt påstående att B:s uppdrag som oberoende tredje part, styrelseledamot i Editis och därefter oberoende fullmaktshavare, syftade till att hindra Lagardère från att påverka förvaltningen av de ifrågavarande tillgångarna och att fullmaktshavaren inte kan förebrås för att ha intresse av att ha handlat till förmån för Editis, eftersom ett sådant intresse utgör en nödvändig förutsättning för att Lagardère helt ska uppfylla sina åtaganden och för bevarandet av en verksam konkurrens.

106 Eftersom Lagardère genom beslutet av den 7 januari 2004 tilläts behålla de måltillgångar som uttömmande räknades upp i punkt 1 i bolagets åtaganden, ålåg det i stället endast fullmaktshavaren att fullständigt oberoende övervaka att Lagardère uppfyllde åtagandena, i enlighet med den bestämmelse om att vidareförsälja de tillgångar som av kommissionen – med hänsyn till avtalsfriheten för parterna i

företagskoncentrationen – ansetts var nödvändiga för att bevara en effektiv konkurrens och därmed göra företagskoncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.

107 Utvärderingsrapporten avseende Wendels anbud att köpa de vidareförsålda tillgångarna, med stöd av vilken beslutet av den 30 juli 2004 antogs, har således upprättats av en fullmaktshavare som inte uppfyllde kravet på oberoende, i förhållande till Editis enligt punkt 15 i Lagardères åtaganden, vilka återges i bilaga II till beslutet av den 7 januari 2004.

108 Vad beträffar rapportens betydelse för innehållet i beslutet av den 30 juli 2004 ska det erinras om att, såsom framgår av punkt 5 i beslutet, revisionsbyrån S. i egenskap av fullmaktshavare ombads att inkomma med en rapport till kommissionen där Wendel utvärderades som förvärvare av de vidareförsålda tillgångarna enligt de kriterier för godkännande som fastställts i punkt 10 i Lagardères åtaganden, vilka bilagts beslutet av den 7 januari 2004.

109 Vidare framgår av punkt 6 i beslutet av den 30 juli 2004 att grunden för detta bland annat är fullmaktshavarens rapport.

110 Trots att beslutet av den 30 juli 2004 inte uteslutande bygger på denna rapport framgår det att denna handling har haft en avgörande betydelse för beslutet.

111 Det följer nämligen av jämförelsen av fullmaktshavarens rapport och beslutet av den 30 juli 2004 att beslutet i allt väsentligt har stött sig på denna rapport.

112 För att bedöma Wendels kapacitet att förvalta och utveckla Nouvel Editis, har den befullmäktigade revisionsbyrån i sin rapport, och kommissionen i beslutet av den 30 juli 2004, framhållit Nouvel Editis ”begränsade verksamhet” och Wendels bibehållande av de ”resurser i form av ledning, utgivning och stöd” som är nödvändiga för Nouvel Editis.

113 I de båda handlingarna framgår, av deras likalydande ordalag, att lönsamheten av Wendels investering förutsätter ”ett återskapande och en utveckling av ansvarsområdet för Interforums distributionscentrum”.

114 Såväl den befullmäktigade revisionsbyrån som kommissionen har hänvisat till hur majoriteten av Wendels kapital är fördelat eller hur detta huvudsakligen är fördelat och till dess ”ägarstrategi”, vilken skiljer sig från traditionella investeringsfonders strategier, vilket innebär att Wendels åtaganden i Editis kan förväntas ha längre varaktighet än de mer kortsiktiga perspektiv som gäller för sådana fonder.

115 Medan den befullmäktigade revisionsbyrån anser att Wendel är en köpare vars anbud innebär att Lagardères åtaganden kan uppfyllas utan dröjsmål, har kommissionen framhållit att Wendels köp av de vidareförsålda tillgångarna från Lagardère inte är av sådan beskaffenhet att den skapar nya problem i konkurrenshänseende, vilka kan försena uppfyllandet av åtagandena.

116 I likhet med fullmaktshavaren, som uppskattar varaktigheten av Wendels investering till ungefär fem till sju år vilket anses nödvändigt för att ”konsolidera” företaget, menar kommissionen, å sin sida, att det är osannolikt att Wendel på kort sikt skulle besluta att göra en ”*exit*” ur kapitalet i Nouvel Editis och att detta förefaller tillräckligt för att ”stabilisera företaget”.

117 Kommissionen har för övrigt själv vid ett flertal tillfällen hänvisat till slutsatserna i den befullmäktigade revisionsbyråns rapport för att bestrida sökandens fjärde grund till stöd för talan om ogiltigförklaring, avseende att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning av huruvida Wendels anbud var förenligt med villkoren för godkännande såsom de anges i punkt 10 b i Lagardères åtaganden.

118 Den fastställda rättsstridigheten är därmed av sådan beskaffenhet att beslutet av den 30 juli 2004 ska anses ogiltigt.

119 Beslutet ska således ogiltigförklaras, utan att det finns anledning att pröva de övriga grunder som sökanden har framfört till stöd för sin talan.

Begäran om uppskov med överläggningen i målet

120 Mot bakgrund av det anförda framgår att tribunalen har kunnat avgöra saken på grundval av de yrkanden, grunder och argument som anförts under det skriftliga och muntliga förfarandet.

121 Sökandens begäran om uppskov med överläggningen i målet ska således avslås.

Rättegångskostnader

122 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

123 Eftersom kommissionen och Lagardère har tappat målet, ska de förpliktas att förutom att bära sina rättegångskostnader även ersätta sökandens rättegångskostnader i enlighet med dennes yrkande.

124 Wendel ska bära sina rättegångskostnader, eftersom sökanden inte har yrkat att bolaget ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

följande:

1) Kommissionens beslut (2004)D/203365 av den 30 juli 2004 att godkänna Wendel Investissement SA som förvärvare av de tillgångar som avyttrats i enlighet med kommissionens beslut 2004/422/EEG av den 7 januari 2004 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma

marknaden och EES-avtalets funktion (Ärende COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) ogiltigförklaras.

2) Europeiska kommissionen och Lagardère SCA ska bära sina rättegångskostnader samt ersätta rättegångskostnaderna för Éditions Odile Jacob SAS.

3) Wendel Investissement ska bära sina rättegångskostnader.

Meij Vadapalas Truchot

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 13 september 2010.

Underskrifter