Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JÁN MAZÁK
presentadas el 27 de marzo de 2012 [1]

Asuntos acumulados C-553/10 P y C-554/10 P

Comisión Europea (asunto C-553/10 P),
Lagardère SCA (asunto C-554/10 P)
contra

Éditions Odile Jacob SAS

«Recurso de casación — Competencia — Concentraciones — Edición francófona — Anulación de la decisión de aceptación de Wendel Investissement como adquirente de los activos cedidos — Relevancia de la falta de independencia del mandatario — Interpretación errónea de los hechos — Incumplimiento de la obligación de motivación»

1. Los presentes recursos de casación han sido interpuestos por la Comisión (asunto C-553/10 P) y por Lagardère SCA (asunto C-554/10 P) contra la sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010, Éditions Jacob/Comisión. [2] La Comisión y Lagardère solicitan al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida en la medida en que anuló la Decisión (2004) D/203365 de la Comisión, de 30 de julio de 2004, relativa a la aceptación de Wendel Investissement SA (en lo sucesivo, «Wendel») como adquirente de los activos cedidos (en lo sucesivo, «Decisión de aceptación») con arreglo a la Decisión 2004/422/CE de la Comisión, de 7 de enero de 2004 (en lo sucesivo, «Decisión de autorización condicional»), por la que se declara compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo una operación de concentración. [3]

2. Éste es el primer caso de anulación de una Decisión de la Comisión por la que se aceptaba al adquirente de los activos cedidos de conformidad con los compromisos adquiridos durante un procedimiento de concentración. El Tribunal General anuló la Decisión de aceptación basándose en una posible falta de independencia del mandatario. Debo señalar, en primer lugar, que la práctica decisoria de la Comisión en la aprobación de concentraciones se caracteriza por la utilización de compromisos y, en segundo lugar, que los mandatarios superiores desempeñan una función clave en el cumplimiento eficaz de los compromisos. [4]

1 — Lengua original: inglés.

2 — Asunto T-452/04, Rec. p. II- 4713; en lo sucesivo, «sentencia recurrida».

3 — Asunto nº COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP (DO 2004, L 125, p. 54).

4 — Véase, por ejemplo, Hoehn, T., «Merger remedies control – The role of the monitoring trustee in remedy cases», Concurrences No 2 – 2007, *Doctrines, Concentrations françaises: Suivi des engagements*, pp. 37-38 (pero también pp. 29-36), y De Valois Turk, M., The EC's revised *Remedies Notice – the Trustee's Perspective*, ECLR 2009, 30(7), pp. 332-339. Véase también Idot, L., «Concentration et contrôle des engagements», *Commentaires, Europe – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur* – Noviembre 2010, pp. 25 y 26.

I. Antecedentes del litigio

3. En los apartados 1 a 47 de la sentencia recurrida se exponen detalladamente los complejos antecedentes de hecho del recurso de casación que nos ocupa. Me limitaré a esbozar unos cuantos hechos pertinentes, pero para mayor detalle me remito a la citada parte de la sentencia recurrida, que resulta innecesario repetir aquí en toda su extensión.

4. Mediante la Decisión de autorización condicional de 7 de enero de 2004 la Comisión aprobó la concentración, que permitió a Lagardère SCA (en lo sucesivo, «Lagardère») asumir el control de determinados activos de Vivendi Universal Publishing SA (en lo sucesivo, «VUP»),[5] que se convirtió en Editis, a condición de que se cumplieran varios compromisos. Mediante la concentración notificada se aunaban las actividades de las dos mayores sociedades existentes en el mercado francés de la edición, Hachette y VUP. Éstas eran también las únicas compañías capaces, en dicho mercado, de garantizar de forma autónoma su desarrollo ya que, junto con la edición, tenían una actividad completa de comercialización (difusión y distribución) y colecciones de libros de bolsillo populares. Por ese motivo, la Comisión encontró problemas relacionados con la creación o el fortalecimiento de posiciones dominantes en doce mercados. En consecuencia, la parte notificante, Lagardère, propuso compromisos: se comprometió a vender los activos de Editis (en lo sucesivo, «activos cedidos») con algunas excepciones.

5. El anexo II de la Decisión de autorización condicional de 7 de enero de 2004 especifica los requisitos a los que debe supeditarse la venta de una parte de los activos de Editis. En particular, el apartado 10 de los compromisos de Lagardère contiene los requisitos que debe cumplir el o los adquirentes independientes elegidos por la parte notificante. A su vez, el apartado 14 establece que la Comisión deberá aprobar la elección del o de los adquirentes. Durante la venta organizada por Lagardère, la parte demandante en primera instancia, la editorial Éditions Odile Jacob SAS (en lo sucesivo, «Odile Jacob»), manifestó su interés en adquirir los activos cedidos por Editis. No obstante, Lagardère solicitó finalmente a la Comisión que aceptara a Wendel como el adquirente de dichos activos.

6. El 5 de febrero de 2004 la Comisión: a) aceptó que A. K. fuera el gestor de los elementos del activo separado y aprobó el proyecto que definía su declaración de objetivos, presentado el 30 de enero de 2004; y b) aceptó que la sociedad auditora S., representada por su presidente, B., fuera el mandatario, y aprobó el proyecto que definía su mandato, presentado el 30 de enero de 2004 (en lo sucesivo, «Decisión sobre el mandatario»). El 9 de febrero de 2004, Lagardère nombró mandatario al gabinete S. El 5 de julio de 2004, el gabinete S. presentó a la Comisión su informe de síntesis en el que manifestaba que la candidatura de Wendel cumplía los criterios de aceptación definidos en el apartado 10 de los compromisos de Lagardère. El 30 de julio de 2004, mediante la Decisión de aceptación, la Comisión aceptó a Wendel como adquirente de los activos cedidos, de conformidad con el apartado 14 de los compromisos adjuntos a la Decisión de autorización condicional de 7 de enero de 2004.

5 — En particular, fue Vivendi Universal SA (en lo sucesivo, «VU») quien decidió ceder los activos editoriales (en lo sucesivo, «activos en cuestión») de que disponía en Europa por medio de su filial VUP. Lagardère manifestó su interés en adquirir los activos en cuestión. No obstante, como VU pretendía una venta rápida y un cobro rápido, resultó evidente que no lograría su deseo dada la necesidad de obtener la autorización previa de la venta por parte de las autoridades competentes en materia de competencia. De ese modo, Lagardère solicitó a Natexis Banques Populaires SA (en lo sucesivo, «NBP») que actuara en su lugar y que, por medio de una filial creada a tal efecto, adquiriera los activos en cuestión de VUP, los conservara provisionalmente y los vendiera a Lagardère una vez que ésta hubiera obtenido la autorización de dicha adquisición. A continuación, Investima 10 SAS (en lo sucesivo, «Investima 10»), cuya titularidad corresponde al 100 % a Ecrinvest 4 SA (en lo sucesivo, «Ecrinvest 4»), cuya titularidad corresponde a su vez al 100 % a Segex Sarl (en lo sucesivo, «Segex»), controlada al 100 % por NBP, firmó en favor de VUP una promesa de adquisición de los activos en cuestión. El mismo día, Segex y Ecrinvest 4 celebraron un contrato de cesión con Lagardère que permitía a este último adquirir por medio de Ecrinvest 4 la totalidad del capital de Investima 10.

II. Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida

7. Odile Jacob interpuso ante el Tribunal General un recurso de anulación contra la Decisión de aceptación y a tal efecto alegó cuatro motivos, basados en que la Comisión, en primer lugar, incumplió su obligación de control de la selección de los candidatos a adquirir los activos cedidos, en segundo lugar, aceptó a Wendel sobre la base de un informe elaborado por un mandatario que no era independiente respecto de Editis, Lagardère y Wendel, en tercer lugar, incumplió la obligación de motivación que le incumbía y, en cuarto lugar, cometió un error manifiesto al apreciar la conformidad de la candidatura de Wendel con los requisitos de aceptación del adquirente de los activos cedidos, definidos por el apartado 10, letra b), de los compromisos de Lagardère.

8. En respuesta al cuarto motivo, el Tribunal General señaló que el 20 de diciembre de 2002, el presidente de la sociedad auditora S. fue nombrado miembro del comité ejecutivo de Investima 10, titular de los activos en cuestión, como tercero independiente.[6] Además, el Tribunal General señaló que, el 9 de febrero de 2004, Lagardère designó al mismo gabinete S. como mandatario encargado, de conformidad con el apartado 21, letra g), de los compromisos incluidos en el anexo II de la Decisión de 7 de enero de 2004, de «velar por la ejecución satisfactoria» por Lagardère de sus compromisos de transmitir los activos cedidos, y remunerado en tal concepto por Lagardère. Por tanto, el gabinete S. fue nombrado mandatario, con arreglo al apartado 15 de los compromisos de Lagardère, y su presidente, B., cumplió las funciones relacionadas con dicha misión, pese a que la misma persona era miembro del comité de Investima 10, que se convirtió posteriormente en Editis. Además, desde el 9 de febrero de 2004, fecha en la que se nombró al gabinete S., hasta el 25 de marzo de 2004, fecha en que Editis se convirtió en una société par actions simplifiée (sociedad por acciones simplificada, «SAS»), B. desempeñó simultáneamente las funciones correspondientes a un miembro del consejo de Editis y las de mandatario.

9. En dicho contexto, el Tribunal General consideró[7] que se ponía en entredicho la neutralidad con la que B. pudo llevar a cabo sus funciones de mandatario. En consecuencia, el Tribunal General determinó que el hecho de que B. realizara las funciones de miembro del comité ejecutivo le impedía llevar a cabo con total independencia sus funciones de mandatario independiente. El Tribunal General señaló que el informe que evaluaba a Wendel como un posible adquirente de los activos cedidos –que se envió a la Comisión– fue de ese modo redactado por un mandatario que no cumplía el requisito de independencia respecto de Editis. Además, del apartado 6 de la Decisión de aceptación resultaba evidente que dicha Decisión se basaba, en particular, en el informe del mandatario que, según el Tribunal General, influyó de modo determinante en dicha Decisión. El Tribunal General llegó a la conclusión de que la falta de independencia del mandatario era contraria a Derecho y ponía en entredicho la legalidad de la Decisión de aceptación. Por tanto, procedía anular dicha Decisión y no había lugar a examinar el resto de motivos invocados por Odile Jacob en apoyo de sus pretensiones de anulación del acto.

III. Recursos de casación

10. En el asunto C-553/10 P la Comisión invoca tres motivos en apoyo de su recurso de casación. Lagardère apoya el recurso de casación de la Comisión y comparte las alegaciones formuladas en el mismo. En el asunto C-554/10 P Lagardère invoca dos motivos en apoyo de su recurso de casación. Del mismo modo, la Comisión apoya en esencia el recurso de casación interpuesto por Lagardère, ya que considera que las alegaciones formuladas en el mismo son muy similares a las que ella formula en

6 — El contrato celebrado el 19 de diciembre de 2002 por Ecrinvest 4 y el gabinete S. especifica, en el primer subapartado, que, en su condición de mandatario de la sociedad, B. actuará en interés de Investima 10 y de los activos en cuestión y, más en concreto, en el interés de preservar su viabilidad, su valor económico y su competitividad.

7 — Véanse además los puntos 21 a 24 posteriores donde cito algunos de los pasajes de la sentencia recurrida.

el primero de los asuntos citados. Excepción hecha del primer motivo de casación en el asunto C-554/10 P, relativo a la excepción de ilegalidad –que abordaré de modo separado en la parte A de las presentes conclusiones–, considero que ambos recursos de casación y los motivos invocados al respecto son tan similares y complementarios que procede examinarlos conjuntamente (en la parte B).

A. *Asunto C-554/10 P (primer motivo de casación, relativo a la excepción de ilegalidad)*

11. En el asunto C-554/10 P, mediante su primer motivo de casación, Lagardère alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al basarse en la ilegalidad de la Decisión sobre el mandatario para anular la Decisión de aceptación. Lagardère sostiene que existe una distinción entre el motivo relativo a la independencia del mandatario y el motivo relativo a la validez de la Decisión de aceptación. Alega que como Odile Jacob no impugnó a su debido tiempo la Decisión sobre el mandatario, ésta es definitiva.

12. En opinión de Lagardère, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar, como fundamento para anular la Decisión de aceptación, que la designación del mandatario era contraria a Derecho ya que su representante era supuestamente dependiente de Editis, y que dicho carácter ilícito bastaba para poner en entredicho la legalidad de la Decisión de aceptación. Lagardère considera que, según reiterada jurisprudencia,[8] en el marco de un recurso de anulación dirigido contra una decisión, un demandante no puede alegar por vía de excepción la ilegalidad de un acto anterior de la misma naturaleza cuya anulación habría podido solicitar directamente dicho demandante. Admitir dicha posibilidad permitiría recurrir indirectamente decisiones anteriores no impugnadas dentro del plazo de recurso previsto en el artículo 263 TFUE, y eludir así dicho plazo. En efecto, el razonamiento del Tribunal General equivale a impugnar la designación del mandatario –que es una decisión separada– mediante una excepción de ilegalidad respecto de la Decisión de aceptación. El Tribunal General no criticó directamente los motivos que condujeron a la Decisión de aceptación, sino los motivos que condujeron a la designación del mandatario antes de la Decisión de aceptación.

13. La Decisión sobre el mandatario fue comunicada a las partes el 15 de febrero de 2005, fecha a partir de la cual la decisión empezaba a ser lesiva para Odile Jacob y constituía un acto impugnable en el sentido del artículo 263 TFUE. Por tanto, debería haber sido impugnada dentro del período habilitado al efecto mediante un recurso independiente del recurso contra la Decisión de aprobación. En consecuencia, el Tribunal General no podía basarse en el carácter ilícito de la designación del mandatario para anular la Decisión final de aceptación.

14. Wendel respalda plenamente las alegaciones de Lagardère. La Comisión, por el contrario, no.

15. En la vista, en respuesta a una pregunta expresa del Tribunal de Justicia, la Comisión admitió que en su escrito de formalización de la intervención no apoyó formalmente el presente motivo de casación formulado por Lagardère. La Comisión considera que uno de los requisitos previos para que se aplique la jurisprudencia invocada por Lagardère es que el demandante en primera instancia, a saber Odile Jacob, haya podido tener un interés en ejercitar la acción contra la Decisión sobre el mandatario y de ese modo haya podido interponer válidamente un recurso admisible contra dicha Decisión. La Comisión admitió que no estaba acreditado que Odile Jacob tuviera ciertamente un interés en ejercitar la acción, y por tanto decidió dejar la solución de ese punto a la discreción del Tribunal de Justicia.

8 — En particular, sentencias de 29 de junio de 1995, España/Comisión (C-135/93, Rec. p. I-1651); de 16 de febrero de 1984, Boël/Comisión (76/83, Rec. p. 859), y de 19 de octubre de 1983, Usinor/Comisión (265/82, Rec. p. 3105).

16. Desde mi punto de vista, basta decir que la Decisión sobre el mandatario *no* debe considerarse una decisión aislada, sino que forma parte de una serie de actos que condujeron a la adopción de la Decisión de aceptación mediante la que Wendel fue aceptado como adquirente de los activos cedidos. En efecto, de la jurisprudencia [9] se desprende que, en el marco de un procedimiento complejo compuesto por varios actos independientes, no se puede exigir a los interesados que interpongan tantos recursos como actos les resulten lesivos. Además, debe entenderse que una solicitud dirigida expresamente contra una de las medidas que forman un todo se dirige también, en la medida de lo necesario, contra el resto de las medidas. Al respecto, debe considerarse que una acción interpuesta formalmente contra un acto que forma parte de una serie de actos que constituyen un todo se interpone también, en la medida de lo necesario, contra el resto de dichos actos.

17. En todo caso, la Decisión sobre el mandatario fue comunicada a Odile Jacob, a petición suya, el 17 de febrero de 2005, mientras que el 8 de noviembre de 2004 había interpuesto un recurso de anulación contra la Decisión de aceptación de Wendel como adquirente. Mediante dicho recurso, Odile Jacob ya impugnó los requisitos de aceptación del mandatario y sus consecuencias en la validez de la Decisión de aceptación de Wendel como adquirente. En consecuencia, habría carecido de sentido y habría resultado innecesario interponer un recurso adicional dado que, según la jurisprudencia, [10] Odile Jacob estaba, en todo caso, facultada para alegar la irregularidad del acto anterior (la Decisión sobre el mandatario) por medio de un recurso dirigido contra el acto posterior (la Decisión de aceptación), que le resulta directamente lesivo.

18. En consecuencia, debe desestimarse el primer motivo de casación formulado por Lagardère en el asunto C-554/10 P.

B. *Asuntos C-553/10 P y C-554/10 P (segundo motivo de casación, relativo a la justificación de la anulación de la Decisión de aceptación)*

1. Asunto C-553/10 P (primer motivo de casación, relativo a la no valoración de las consecuencias de la posible falta de independencia del mandatario respecto de Editis por lo que atañe a las funciones del mandatario en relación con Wendel) y asunto C-554/10 P (segundo motivo de casación, partes primera y cuarta)

19. La Comisión, mediante su primer motivo de casación, y Lagardère, mediante su segundo motivo de casación (partes primera y cuarta), alegan en esencia que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al no examinar las consecuencias de la posible falta de independencia del mandatario respecto de *Editis* por lo que atañe a las funciones del mandatario *en relación con Wendel*.

20. Examinemos en primer lugar los apartados relevantes de la sentencia recurrida. El Tribunal General determinó que «al ser [B.] miembro del comité ejecutivo de Investima 10, convertida entretanto en Editis, en la fecha de designación como mandatario del gabinete S., del que era presidente, y al haber ejercido a continuación las funciones de miembro del comité ejecutivo de modo concomitante con la función de mandatario, que le había encomendado el gabinete S., B. se hallaba en una relación de dependencia respecto de Editis, que puede suscitar una duda acerca de la neutralidad exigida en el ejercicio de dicha función» (apartado 94 de la sentencia recurrida).

9 — Véanse, entre otras, la sentencia de 2 de mazo de 1967, Simet y Feram/Alta Autoridad (25/65 y 26/65, Rec. p. 33), apartado 39, y de 31 de marzo de 1965, Ley/Comisión (12/64 y 29/64, Rec. p. 143), apartado 14.

10 — Sentencias de 7 de abril de 1965, Alfieri/Parlamento (35/64, Rec. p. 261), y de 14 de julio de 1965, Alvino y otros/Comisión (18/64 y 19/64, Rec. p. 789), apartado 797.

21. El Tribunal General estableció que «el ejercicio por parte de B., desde el 20 de diciembre de 2002 hasta el 25 de marzo de 2004, de las funciones de miembro del órgano de dirección de Investima 10, convertida en Editis, en cuyo interés se había comprometido a actuar, en el marco de su mandato social, con arreglo a los "principios de gestión como un buen padre de familia", le impedían garantizar el ejercicio con total independencia de las atribuciones de mandatario independiente al que se refiere el apartado 15 de los compromisos de Lagardère» (apartados 104 a 106 de la sentencia recurrida).

22. Por tanto, el Tribunal General declaró que «el informe de evaluación de la candidatura de Wendel a la compra de los activos cedidos, sobre cuya base se adoptó la [Decisión de aceptación], fue elaborado por un mandatario que no cumplía el requisito de independencia respecto de Editis que establecía el apartado 15 de los compromisos de Lagardère, definidos en el anexo II de la Decisión de 7 de enero de 2004» (apartado 107 de la sentencia recurrida).

23. El Tribunal General añadió que «por lo que atañe a la incidencia del informe en el contenido de la [Decisión de aceptación], procede recordar que, como resulta del apartado 5 de dicha Decisión, se solicitó al gabinete S., en su condición de mandatario, que presentara a la Comisión un informe acerca de la idoneidad de la candidatura de Wendel como adquirente de los activos cedidos en relación con los criterios de autorización que establece el apartado 10 de los compromisos de Lagardère adjuntos a la Decisión de 7 de enero de 2004» (apartado 108 de la sentencia recurrida).

24. En primer lugar, considero que no corresponde al Tribunal de Justicia debatir en la fase del recurso de casación el análisis efectuado por el Tribunal General acerca de la falta de independencia del mandatario en el presente asunto.

25. A continuación, Odile Jacob sostiene que no puede reprocharse al Tribunal General haberse referido a la normativa francesa, en particular a su Código de Comercio, para determinar si el ejercicio por parte del mandatario de la función de miembro del comité ejecutivo de Editis era compatible con el criterio de independencia respecto de dicha sociedad, en la medida en que únicamente se trata de la aplicación de la *lex societatis* y del principio que determina la ley aplicable a la sociedad, de conformidad con los principios de Derecho internacional privado, incluido entre otros el Reglamento Roma I.[11] Sea como fuere, considero que mediante el presente recurso de casación se pregunta si el mandatario y, en particular, el requisito de su independencia es un concepto nacional o europeo. Pienso que la respuesta correcta es claramente esta última ya que el requisito de la independencia del mandatario –como establece el apartado 15 de los compromisos incluidos en el anexo II de la Decisión de 7 de enero de 2004– debe interpretarse y valorarse de modo uniforme en toda la Unión Europea.

26. Por consiguiente, estoy de acuerdo con Wendel y la Comisión en que para pronunciarse acerca del requisito de independencia el Tribunal General debería haberse basado por el contrario en los criterios establecidos por la Comisión en la Comunicación sobre soluciones aceptables de 2001[12] y en las Directrices de buenas prácticas de la Comisión de 2003: Modelos de Textos para compromisos de cesión y para autorización del mandatario.[13] En efecto, ni las Directrices de buenas prácticas para compromisos de cesión en asuntos de concentración (véase el apartado 40) ni los modelos de textos – el modelo de texto para compromisos de cesión y el modelo de texto para autorización del mandatario– (véanse los apartados 17 y 20 respectivamente) requieren la independencia del

11 — Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177, p. 6).

12 — Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 447/98 de la Comisión (DO 2001, C 68, p 3, apartado 56; en lo sucesivo, «Comunicación sobre soluciones aceptables»). Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (corrección de errores en DO 1990, L 257, p. 13), en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1).

13 — Publicadas en la página de Internet de la Comisión: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/note.pdf, apartado 17. Véase también la página de Internet general: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/divestiture.html.

mandatario respecto de la empresa en cuestión, a saber, Editis. Por último, el Modelo de Texto para autorización del mandatario, publicado por la Comisión, acepta que el mandatario sea miembro del comité de la empresa en cuestión cuando resulte necesario para el ejercicio de sus funciones. Las Directrices de buenas prácticas también establecen claramente que los cargos de mandatario supervisor y de mandatario de cesión pueden recaer en la misma persona (véase el apartado 35), y en efecto esto cobra a menudo sentido, en muchos casos debido a los conocimientos que ya posee el mandatario supervisor.

27. A continuación, procede recordar que la Comisión sostuvo en primera instancia que la alegación relativa a la falta de independencia era infundada en la medida en que Odile Jacob no había acreditado que la eventual irregularidad hubiera conducido al mandatario a elaborar un informe carente de objetividad y que pudiera inducir a error a la Comisión al adoptar la Decisión de aceptación.

28. En el apartado 80 de la sentencia recurrida el Tribunal General mencionó dicha alegación pero no dio una respuesta general a la misma ni examinó la cuestión.

29. El Tribunal General se limitó a declarar en el apartado 107 que el mandatario «no cumplía el requisito de independencia respecto de Editis». Durante el procedimiento no analizó en qué medida dicha falta de independencia podía afectar a la valoración efectuada por el mandatario acerca de las cualidades de Wendel como adquirente de los activos de Editis –que era la cuestión principal de la Decisión de aceptación– y, en consecuencia, llevarle a redactar un informe sesgado y que podía inducir a error a la Comisión.

30. En consecuencia, estoy de acuerdo con la Comisión en que –junto al incumplimiento de la obligación de motivación– el Tribunal General vulneró la jurisprudencia con arreglo a la cual la falta de independencia de una persona responsable de la valoración de un candidato [14] carece de relevancia jurídica salvo que se acredite que en dicha valoración esa persona tuvo en cuenta un interés distinto del propio ejercicio de sus funciones. [15]

31. Por tanto, el Tribunal General no valoró si el hecho de que el mandatario no fuera suficientemente independiente respecto de Editis podía influir en la objetividad del contenido del informe del mandatario y en la valoración de Wendel como adquirente. De ello se desprende que el Tribunal General se basó en un motivo inoperante para anular la decisión en cuestión.

32. En efecto, considero que, aunque se hubiera acreditado que el mandatario no era suficientemente independiente, el Tribunal General tenía que haber valorado concretamente en qué medida la falta de independencia pudo afectar a la capacidad del mandatario de evaluar la candidatura de Wendel a la luz de los criterios de aprobación mencionados en el apartado 10 de los compromisos de Lagardère.

33. Odile Jacob formula alegaciones basadas en esencia en la definición de auditores y contables [16] y en la Recomendación de la Comisión, de 16 de mayo de 2002, independencia de los auditores de cuentas en la UE: Principios fundamentales. [17]

14 — No veo ninguna razón por la que haya de distinguirse aquí entre una persona física y una persona jurídica.

15 — Véanse, entre otras, la sentencia de 11 de septiembre de 2002, Willeme/Comisión (T-89/01, RecFP pp. I-A-153 y II-803), apartado 72, y de 3 de febrero de 2005, Mancini/Comisión (T-137/03, RecFP pp. I-A-7 y II-27), apartado 36.

16 — Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables (DO L 126, p. 20; EE 17/01, p. 136), derogada por la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE […] (DO L 157, p. 87). Odile Jacob sostiene que la Octava Directiva permitía a los Estados miembros determinar los criterios de independencia de dichas personas.

17 — DO L 191, p. 22. Odile Jacob sostiene que dicha Recomendación señala que existen diferencias en la normativa de los distintos Estados miembros y que la diferencia debe valorarse «en su faceta interna como en su faceta externa». Además, muestra que la existencia de cualquier relación financiera, comercial, laboral u otra entre el auditor legal y su cliente puede poner en entredicho la independencia del auditor legal y, en esencia, que no puede permitirse que éste ocupe una posición como miembro de un órgano directivo de una entidad.

34. No obstante, considero que dichas alegaciones no sirven de ayuda en este asunto. Basta decir que dicha línea argumental no puede justificar el enfoque erróneo adoptado en la sentencia recurrida. En efecto, no cambia el hecho de que el Tribunal General debía analizar concretamente las consecuencias de la falta de independencia en la misión del mandatario.

35. Por el contrario, en mi opinión, la jurisprudencia relativa a las obligaciones legales de los funcionarios de la Unión Europea es mucho más relevante y clarificadora: la existencia de una relación profesional entre un funcionario y una tercera parte no pone en sí misma en entredicho la independencia del funcionario, y ello incluso cuando este último debe pronunciarse sobre un asunto en el que está implicada la tercera parte –en particular, en su evaluación. La mera existencia de un riesgo puramente abstracto de un conflicto de intereses por lo que respecta al funcionario no basta para establecer la infracción de las obligaciones legales, siempre que no exista «ningún elemento fáctico concreto que fundamente la conclusión de que el examinador infringió, mediante actos concretos, las obligaciones de imparcialidad e integridad que le incumben». [18]

36. Como señaló Lagardère, dicha apreciación –para establecer concretamente si la falta de independencia podía afectar a la capacidad del mandatario de evaluar la candidatura de Wendel– era también necesaria a la luz de la jurisprudencia con arreglo a la cual únicamente puede anularse una decisión si se demuestra que, sin las supuestas irregularidades, la decisión habría podido ser distinta. En otras palabras, aunque se hubiera acreditado que el mandatario fue designado de un modo inadecuado, incumbía al Tribunal General demostrar que, sin dicha irregularidad, el contenido de la Decisión de aceptación habría sido distinto. [19] Por ejemplo, en el asunto HFB y otros/Comisión [20] el Tribunal General determinó que aun admitiendo que los servicios de la Comisión sean responsables, vulnerando las disposiciones que regulan la obligación de secreto profesional, de filtraciones de información confidencial utilizada durante los procedimientos administrativos incoados por infracción de las normas de la Unión sobre competencia, dicha circunstancia no afectaría, en cualquier caso, a la legalidad de la Decisión, cuando *no se haya acreditado que, en realidad, la Decisión no habría sido adoptada o su contenido habría sido diferente* si no hubieran tenido lugar las manifestaciones controvertidas. Está claro que dicha norma permite salvaguardar el principio de proporcionalidad. Como señalaron Wendel y la Comisión, la valoración anterior (en cursiva) es necesaria en la medida en que permite alcanzar un justo equilibrio entre la salvaguardia del respeto a las normas materiales y de procedimiento, por un lado, y la protección de la seguridad jurídica y de las expectativas legítimas, por otro lado.

37. Por ejemplo, en el ámbito del Derecho sobre las ayudas de Estado, en el asunto Alemania/Comisión, [21] tras establecer que se había vulnerado el derecho de defensa de Alemania (destinataria de una decisión de la Comisión que declaraba una ayuda incompatible con el mercado común), el Tribunal de Justicia determinó que el motivo relativo a la vulneración del derecho de defensa era irrelevante a efectos de la anulación de la decisión en cuestión ya que el Gobierno alemán no indicó a lo largo del procedimiento ante el Tribunal de Justicia ningún elemento de hecho ni de Derecho que, de habérsele comunicado, habría llevado a la Comisión a una decisión distinta. En el asunto Schneider Electric/Comisión, [22] el Tribunal General, tras declarar la existencia de una vulneración del derecho de defensa, llevó a cabo una valoración exhaustiva de la incidencia que la infracción tuvo de hecho en la decisión antes de llegar a la conclusión de que debía anularse la

18 — Sentencia de 12 de julio de 2005, De Bry/Comisión (T-157/04, RecFP pp. I-A-199 y II-901), apartados 36 a 38.

19 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de julio de 1980, Distillers/Comisión (30/78, Rec. p. 2229), apartado 26; de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck/Comisión (209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125), apartado 47; de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (142/87, Rec. p. I-959), apartado 48; de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión, «Tubemeuse» (C-194/99 P, Rec. p. I-10821), apartado 31; auto de 24 de septiembre de 2007, Torres/OAMI (C-405/06 P), apartado 29; las sentencias de 25 de enero de 2007, Dalmine/Comisión (C-407/04 P, Rec. p. I-829), apartado 70, y de 1 de octubre de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consejo (C-141/08 P, Rec. p. I-9147), apartado 81.

20 — Sentencia de 20 de marzo de 2002 (T-9/99, Rec. p. II-1487), apartado 370, y la jurisprudencia citada.

21 — Véase la sentencia de 5 de octubre de 2000 (C-288/96, Rec. p. I-8237), apartados 101 y ss.

22 — Sentencia de 22 de octubre de 2002 (T-310/01, Rec. p. II-4071), apartados 457 a 460

decisión. Como señaló la Comisión, el Tribunal General únicamente determinó que la vulneración del derecho de defensa debía implicar la anulación de la decisión después de llegar a la conclusión de que la decisión en cuestión podría haber sido diferente –en particular, porque la demandante podría haber presentado propuestas de cesión que habrían conducido a una Decisión de aceptación–. Por último, según reiterada jurisprudencia,[23] en un recurso de anulación, la invocación de un error manifiesto de apreciación es inoperante y, por lo tanto, no puede justificar la anulación de la decisión controvertida si, en las circunstancias particulares del caso concreto, no influyó de modo determinante en el resultado.

38. En asuntos de concentración, con arreglo a la sentencia Honeywell/Comisión,[24] «cuando la parte dispositiva de una decisión de la Comisión descansa sobre varios pilares de razonamiento, cada uno de los cuales puede, por sí solo, servirle de fundamento, sólo procede anular dicho acto, en principio, si todos esos pilares adolecen de ilegalidad. En tal supuesto, un error u otra ilegalidad que únicamente afectase a uno de los pilares del razonamiento no podría bastar para justificar la anulación de la decisión controvertida, dado que no habría podido tener una influencia decisiva en la parte dispositiva adoptada por la institución autora de dicha decisión. [...] Si uno de los pilares en que se apoya el razonamiento, suficiente para fundamentar la parte dispositiva de un acto, no es impugnado por el demandante en un recurso de anulación, procede considerar que dicho pilar y, consiguientemente, el acto que se basa en él, es lícito y ha quedado acreditado frente a ese demandante. [...] Esa regla se aplica, en particular, en el contexto de las decisiones en materia de control de las concentraciones». Por último, el Tribunal de Justicia señaló en Falck y Acciaierie de Bolzano/Comisión[25] que «los errores de Derecho contenidos a este respecto en la Decisión impugnada y en la sentencia recurrida no tienen consecuencias sobre la regularidad de estos actos. En efecto, incluso a falta de tales errores de Derecho, la parte dispositiva de la Decisión impugnada, respecto a la compatibilidad de las ayudas de que se trataba con el mercado común, habría sido idéntica y el [Tribunal General] habría debido confirmar, en cualquier caso, dicha Decisión a este respecto. Por tanto, el motivo basado en un error de Derecho en la elección del Código de ayudas aplicable es inoperante».

39. Lo anterior debe cotejarse con la sentencia recurrida. Como señaló Wendel, el Tribunal General simplemente no llevó a cabo la valoración requerida. No ha quedado acreditado que el vínculo entre Editis y el representante del mandatario pudiera haber influido en el contenido del informe que evaluaba la candidatura de Wendel. La función del mandatario consistía en comprobar que Wendel fuera un operador viable capaz de mantener o desarrollar una competencia efectiva, y que tuviera el aliciente económico para actuar así. Por tanto, a primera vista parece que la falta de independencia del mandatario no puede haber tenido ningún tipo de influencia en su tarea de valorar al candidato a adquirir los activos cedidos. Además, está claro que el análisis efectuado por el Tribunal General acerca de la falta de independencia del mandatario no pretendía dilucidar si Wendel reunía las cualidades para constituir un adquirente adecuado.

40. De modo similar, la Comisión señaló que la función del mandatario consistía en evaluar objetivamente la capacidad del adquirente de los activos de Editis, a saber, Wendel, seleccionado por Lagardère, para incrementar dichos activos y garantizar que sólo podían competir efectivamente con Lagardère. Está claro que a tal efecto el mandatario debía cerciorarse de que el adquirente de los activos de Editis estuviera capacitado para salvaguardar los intereses de Editis. Por tanto, incluso si la relación con Editis llevó al mandatario, en el marco de sus funciones, a tener en cuenta indebidamente los intereses de Editis –extremo que no quedó acreditado ante el Tribunal General– lo cierto es que su misión consistía precisamente en tomar en consideración dichos intereses con el fin de evaluar si el adquirente los protegería en el futuro. De ello deriva que el ejercicio de su misión no se

23 — Sentencia de 12 de septiembre de 2007, UFEX y otros/Comisión (T-60/05, Rec. p. II-3397), apartado 77; véase, a tal efecto, la sentencia de 14 de mayo de 2002, Graphischer Maschinenbau/Comisión (T-126/99, Rec. p. II-2427), apartados 48 y 49.

24 — Sentencia de 14 de diciembre de 2005 (T-209/01, Rec. p. II-5527), apartados 48 a 50. Véase también la sentencia de 14 de diciembre de 2005, General Electric/Comisión (T-210/01, Rec. p. II-5575), apartados 42 a 45, 48 y 734.

25 — Sentencia de 24 de septiembre de 2002 (C-74/00 P y C-75/00 P, Rec. p. I-7869), apartado 122.

vio afectado en el presente asunto, ya que, en el marco de su tarea de informar acerca de las cualidades del adquirente, la toma en consideración de los intereses de Editis era una de sus funciones. Por supuesto, la conclusión sería distinta si hubiera quedado acreditada la falta de independencia, por ejemplo, respecto del adquirente de los activos, a saber, Wendel.

41. En el apartado 106 de la sentencia recurrida, el Tribunal General parece haber rechazado implícitamente dicha alegación insinuando que la eventual parcialidad respecto de Editis hubiera tenido consecuencias inaceptables en relación con la neutralidad del mandatario por lo que atañe a Lagardère.

42. Considero (al igual que la Comisión) que de ese modo el Tribunal General analizó de modo abstracto si el mandatario cumplía el requisito de independencia. No puede ponerse en entredicho un informe favorable a Wendel por el hecho de que el mandatario fuera demasiado contrario a Lagardère, dado que Lagardère seleccionó a Wendel como adquirente y el informe del mandatario se mostró favorable a dicha adquisición. Por añadidura, el Tribunal General no examinó de ningún modo en qué medida podía haberse visto afectado el informe positivo elaborado respecto de Wendel –que establecía que este último cumplía los requisitos para que se le considerara apto para incrementar los activos de Editis–. En otras palabras, no examinó si la falta de independencia del mandatario respecto de Editis implicaba que el análisis contenido en el informe acerca de la idoneidad de Wendel para competir con Lagardère no era objetivo o fiable.

43. De ello se desprende que está claro que la sentencia recurrida no acredita que la existencia de esa posible duda respecto de la independencia del mandatario pudiera haber influido concretamente en la valoración que el mandatario hizo de la candidatura de Wendel.

44. Además, como señaló Lagardère, debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia,[26] una decisión que contiene algunos fundamentos contrarios a Derecho únicamente puede anularse en la medida en que no existan otros fundamentos que la justifiquen. Por consiguiente, el mero hecho de que el informe del mandatario haya influido decisivamente en la Decisión de aceptación no bastaba, en ningún caso, por sí mismo para anular la Decisión en cuestión.

45. Por añadidura, la sentencia recurrida no está suficientemente motivada en la medida en que no explica en qué modo la existencia de una posible duda acerca de la independencia del mandatario puede haber tenido la mínima influencia en la valoración de Wendel a la luz de los criterios de aceptación expuestos en los compromisos de Lagardère.

46. Por último, considero que otro punto que merece atención es el hecho de que, en el marco de una concentración, la Decisión final de aceptación de un adquirente de los activos cedidos recae siempre en la Comisión, que no se basa únicamente en el informe del mandatario, sino que recopila información por iniciativa propia. Así sucedió en el presente asunto. El mandatario, cuya función en el presente asunto era evaluar al adquirente y decir si, en su opinión, dicho adquirente cumplía los requisitos establecidos en los compromisos, no sustituye a la Comisión, que tiene la última palabra acerca de la aceptación del adquirente. En ningún modo «delega» la Comisión dicha función en el mandatario.[27]

47. Debe señalarse que la propia Odile Jacob parece reconocer en su escrito de contestación que el Tribunal General no valoró si la Decisión de aceptación habría sido diferente. No obstante, Odile Jacob sostiene en esencia que las alegaciones arriba señaladas son inoperantes en la medida en que la ilegalidad declarada por el Tribunal General se refiere a la vulneración de un «compromiso contractual esencial al que la Decisión de la Comisión dio el carácter de obligatorio», viciando de ese modo todo el procedimiento decisorio relativo a la cesión impuesta por los compromisos. En su

26 — Véanse, entre otras, las sentencias de 21 de octubre de 2004, KWS Saat/OAMI (C-447/02 P, Rec. p. I-10107), apartados 46 a 51, y de 30 de septiembre de 2003, Biret International/Consejo (C-93/02 P, Rec. p. I-10497), apartado 60.

27 — Véase, por ejemplo, la Comunicación sobre soluciones aceptables, citada en la nota a pie de página 12, apartados 58 y 59.

opinión, no resulta necesario indicar en qué medida la falta de objetividad del mandatario influyó en la elaboración del informe en cuestión, induciendo a la Comisión a error en su Decisión de aceptación, dado que dicha vulneración constituye una infracción de un requisito esencial del procedimiento que anula *per se* la Decisión. En apoyo de su alegación, Odile Jacob invoca por analogía la jurisprudencia del Tribunal General relativa a los tribunales de los concursos para el acceso a la función pública y a la sentencia en el asunto Decoster. [28]

48. No obstante, en el presente asunto no pueden aceptarse dichas alegaciones. En efecto, por tratarse de la infracción de un requisito esencial de procedimiento nos hallamos ante una infracción grave de los principios fundamentales del Derecho de la Unión. [29] No obstante, la fuente del requisito de que el mandatario sea independiente es simplemente un compromiso asumido por un particular en una decisión individual de la Comisión. Incluso por lo que atañe a la existencia del informe elaborado por el mandatario, la única fuente de la obligación de elaborar tal informe es el contrato celebrado entre Lagardère y el mandatario. Por tanto, la Comisión tiene razón cuando afirma que el presente asunto no se refiere a ningún principio fundamental del Derecho basado en una norma de rango superior en la jerarquía normativa. En efecto, el requisito de independencia respecto de Editis no resulta de una norma de alcance general, de naturaleza impersonal e imperativa, cuyo fin sea proteger el interés público.

49. A continuación, por lo que respecta a la referencia que hace Odile Jacob a la jurisprudencia relativa a los tribunales de los concursos para el acceso a la función pública, basta decir que dicha jurisprudencia no es aplicable al presente asunto en la medida en que la opinión del mandatario tiene únicamente carácter consultivo –al contrario de lo que sucede con el tribunal del concurso que es de hecho el propio autor de la decisión. Por lo que respecta a Decoster, [30] la alegación de Odile Jacob no puede poner en entredicho la solución propuesta en las presentes conclusiones, entre otros motivos porque la función del mandatario en el proceso decisorio es fundamentalmente distinta de la del organismo responsable de establecer las especificaciones técnicas, controlar su aplicación y otorgar la homologación, que debe ser independiente de empresas públicas y privadas que ofrecen bienes y/o servicios en el sector de las telecomunicaciones. En efecto, en Decoster el requisito de independencia derivaba del Tratado y de una Directiva de la Comisión, mientras que –como ya se ha señalado en el punto 48 *supra*– aquí el requisito se desprende simplemente de un compromiso asumido por un particular en una decisión individual de la Comisión. Incluso por lo que respecta a la existencia de un informe del mandatario, la obligación de elaborar dicho informe encuentra su basa únicamente en el contrato celebrado entre Lagardère y el mandatario.

50. Por último, aunque no por ello menos importante, debe añadirse que el Tribunal General hizo una interpretación errónea del concepto de independencia de los mandatarios que establece el Derecho de la Unión. El Tribunal General debería haber valorado la posible falta de independencia del mandatario debida a su relación con Editis sobre la base de los elementos concretos facilitados para este caso por las partes. Coincido con Lagardère en que en el presente asunto el mandato de B. no comprometía en modo alguno la misión del mandatario encargado de llevar a cabo sus obligaciones con objetividad y transparencia. Por el contrario, lejos de constituir un conflicto de intereses, el mandato ejercido por B. en su condición de miembro del comité –como tercero independiente– de la empresa propietaria de los activos cedidos, por un lado, y la misión ejercida por el mandatario, por otro lado, estaban ambos relacionados con la independencia de Editis, y por tanto constituían misiones complementarias.

28 — Sentencia de 27 de octubre de 1993 (C-69/91, Rec. p. I-5335), apartados 13, 16 y 22. El mero hecho de que el organismo encargado de redactar las especificaciones, controlar su aplicación y conceder la homologación no implica el requisito de independencia respecto de los operadores que puedan acogerse a dichas especificaciones, requisito incluido en una norma de Derecho de la Unión (en este caso una Directiva), bastaba para que dicho organismo no estuviese facultado para redactar dichas especificaciones, sin necesidad de probar concretamente o caso por caso un eventual «interés» o «parcialidad».

29 — Véanse las conclusiones del Abogado General Fennelly en el asunto Comisión/Solvay (sentencia de 6 de abril de 2000, C-287/95 P y C-288/95 P, Rec. p. I-2391).

30 — Citada en la nota 28.

Los conflictos mencionados por el Tribunal General (en el apartado 99 de la sentencia recurrida) que surgen entre el mandatario y Lagardère –en los que el mandatario defendía firmemente los intereses de los activos– demuestran independencia en la labor del mandatario y que éste llevó a cabo su misión general de garantizar que Lagardère cumplía de modo satisfactorio sus compromisos.

51. Me sorprende que, mientras que la Comisión considera que en el presente asunto se cumple el requisito de independencia que ella misma establece [31] sobre la base de una interpretación concreta, el Tribunal General por el contrario considere que no se cumple de modo abstracto sobre la base de las disposiciones del Código de Comercio francés. De hecho, pese a que la Comunicación sobre las soluciones aceptables de 2008 no se aplica *ratione temporis*, lo cierto es que la aclaración que contiene confirma que la práctica anterior de la Comisión –como se aplicó también en el presente asunto– según la cual la independencia del mandatario debe evaluarse en cada caso por separado a la luz de la información concreta presentada por las partes era correcta.

52. De las consideraciones anteriores deriva que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al determinar, de un modo automático y abstracto, que la falta de independencia del mandatario «pone en entredicho» la legalidad de la Decisión de aceptación (véase el apartado 118 de la sentencia recurrida). En consecuencia, procede anular la sentencia recurrida.

2. Asunto C-553/10 P (segundo motivo de casación) y asunto C-554/10 P (segundo motivo de casación, tercera parte), relativos a un error de Derecho, una motivación contradictoria y una desvirtuación de los hechos en la medida en que el Tribunal General determinó que el informe del mandatario influyó decisivamente en la Decisión de aceptación

53. Mediante su segundo motivo de casación, la Comisión alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho e hizo una interpretación equivocada de los hechos al determinar que el informe del mandatario –quien según el apartado 107 de la sentencia recurrida no cumplía el requisito de independencia– influyó de modo determinante en la Decisión de aceptación. De modo similar, mediante el segundo motivo de casación (tercera parte), Lagardère sostiene que el Tribunal General hizo una interpretación errónea de los hechos y que la sentencia recurrida no expuso los motivos en los que fundamentaba que el informe del mandatario hubiera influido de modo determinante en la Decisión de aceptación.

54. Al contrario de lo que parece sostener Odile Jacob, estos dos motivos de casación no pretenden revisar la valoración de los hechos que hizo el Tribunal General. En efecto, la Comisión alega acertadamente que, al analizar la influencia determinante, el Tribunal General incurrió en un error de Derecho en la medida en que no reconoció que de hecho la Decisión de aceptación fue adoptada por la Comisión, que dispone del expediente completo y no sólo del informe del mandatario, y que la Comisión es la facultada para adoptar la decisión. Del mismo modo, Lagardère tiene razón cuando afirma que el Tribunal General interpretó erróneamente los hechos y no motivó su interpretación al respecto. Por tanto, ambos motivos de casación son manifiestamente admisibles.

31 — En efecto, la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión (DO 2008, C 267, p. 1), en su apartado 125, aclara ahora que «la Comisión no aceptará como administradores a personas ni a instituciones que sean al mismo tiempo auditores de las partes o sus asesores en materia de inversiones por lo que respecta a la cesión. Sin embargo, no surgirá ningún conflicto de intereses debido a las relaciones del administrador con las partes si dichas relaciones no afectan a la objetividad e independencia del administrador en la realización de sus tareas. Será responsabilidad de las partes suministrar a la Comisión información adecuada para que ésta pueda verificar que el administrador cumple los requisitos».

55. Quiero recordar en primer lugar que, como hemos visto arriba al tratar el primer motivo de casación formulado por la Comisión, aunque la Comisión está obligada a tomar en consideración el informe del mandatario, no está vinculada legalmente por la opinión de éste y debe llevar a cabo la investigación necesaria para cerciorarse de que el adquirente satisface los criterios de aceptación. Las Directrices de buenas prácticas (citadas en la nota a pie de página 13, véase el punto 28 *supra*) confirman que el informe del mandatario supervisor únicamente constituye «un elemento de valoración» para la Comisión.

56. Considero que el propio Tribunal General incurrió en contradicción al señalar, en el apartado 109, que la Decisión de aceptación sólo se basaba «principalmente» y no «exclusivamente» en el informe del mandatario, mientras que declaró que el mismo informe influyó de modo determinante en la Decisión final de la Comisión. De ese modo, el Tribunal General no tuvo en cuenta el reparto de responsabilidades entre la Comisión y el mandatario en el procedimiento de que se trata. De nuevo, y al contrario de lo que alega Odile Jacob, incumbe únicamente a la Comisión decidir acerca de la aceptación de un candidato a adquirente. La valoración contenida en el informe del mandatario se toma obviamente en consideración en la Decisión final, pero la Comisión no está en modo alguno vinculada por la opinión del mandatario, y puede reemplazar la valoración del mandatario por la suya propia sin ninguna consecuencia jurídica.

57. En efecto, no puedo dejar de subrayar el hecho de que la Comisión está obligada a llevar a cabo la investigación necesaria, a recopilar información por iniciativa propia sirviéndose de sus propios servicios y de solicitudes de información. Aquí, por ejemplo, se enviaron varias solicitudes en ese sentido a Lagardère y a Wendel. Ha quedado claro que la Comisión *no se basó* únicamente en el informe del mandatario. Insisto en que, de hecho, *no podía basarse* únicamente en dicho informe. Ésa fue la norma que se aplicó, por ejemplo, en el asunto Microsoft/Comisión, [32] relativo a recursos y a la función del mandatario en un asunto de lucha contra carteles, donde el Tribunal General reconoció acertadamente que la Comisión «no puede delegar en un tercero las facultades de investigación y de ejecución que le confiere el Reglamento nº 17». [33]

58. En el presente asunto la Comisión acreditó ante el Tribunal General que había llevado a cabo una investigación mucho más profunda, y, en efecto, su expediente contiene varios miles de páginas. En relación con ese punto, también discrepo de la alegación formulada por Odile Jacob en el sentido de que corresponde a la propia Comisión presentar las pruebas que considere relevantes para demostrar que no se basó únicamente en el informe del mandatario, y que la Comisión no lo hizo ante el Tribunal General. Basta decir que el propio Tribunal General se negó a ordenar una diligencia de prueba para obtener información acerca de la investigación de la Comisión. Sin dicha diligencia de prueba, el Tribunal General no podía resolver válidamente si el informe del mandatario influyó o no de modo determinante.

59. En efecto, considero que de determinadas similitudes entre el tenor del informe del mandatario y el de la Decisión final de la Comisión no puede deducirse que dicho informe «influyera de modo determinante» en ésta, como sugiere el apartado 110 de la sentencia recurrida. No puede considerarse que una serie de ejemplos constituyan prueba, en especial de la influencia supuestamente «determinante». Como la Comisión señaló al respecto, la propia expresión de que el mandatario «subraya» determinados elementos en el mismo modo en que lo hizo la Comisión (apartado 112 de la sentencia recurrida) o que dos documentos «señalan» en términos idénticos una determinada circunstancia (apartado 113 de la sentencia recurrida) muestran simplemente que el informe del mandatario se limitó a retomar hechos objetivos y datos comprobables y que en esencia no contenía valoraciones subjetivas. En cualquier caso, de los documentos que obran en poder del Tribunal de Justicia resulta que las materias a las que se refieren los apartados 112, 113, 114 y 116 de la sentencia

32 — Sentencia de 17 de septiembre de 2007 (T-201/04, Rec. p. II-3601), apartado 1264.

33 — Reglamento de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (actualmente artículos 101 TFUE y 102 TFUE) (DO 13, p. 204; EE 08/01, p. 22)

recurrida se exponen también en la respuesta que Wendel dio a la solicitud de información de 11 de junio de 2004,[34] a la que tanto el mandatario como la Comisión tenían el mismo acceso. Por último, por lo que respecta al apartado 115 de la sentencia recurrida, basta decir que más que «[inspirarse] sustancialmente en [el] informe [del mandatario]» (véase el apartado 111 de la sentencia recurrida), la Decisión de aceptación parece adoptar el criterio establecido en el apartado 10, letra c), de los compromisos de Lagardère.

60. Además, considero que el Tribunal General interpretó erróneamente los hechos y que su sentencia adolece de falta de motivación. En efecto, la Comisión disponía de otras fuentes de información, distintas del informe del mandatario, como la solicitud de aceptación presentada por Lagardère, el proyecto de venta adjunto a la misma, las respuestas por escrito de Lagardère y Wendel a las varias solicitudes de información por parte de la Comisión, el informe de Secafi Alpha de 2 de julio de 2004 dirigido a los representantes de Editis, la información facilitada por Wendel en el transcurso de una reunión con la Comisión, así como un intercambio de puntos de vista acerca de la candidatura de Wendel con las organizaciones que representan al personal de Editis y otras partes interesadas. Como se señala más arriba, el Tribunal General se limitó a mencionar cierta similitud entre la Decisión de aceptación y el informe del mandatario, sin comparar efectivamente las pruebas del expediente utilizadas de hecho por la Comisión al adoptar su Decisión de aceptación con el contenido de dicha Decisión. En la Decisión de aceptación, la Comisión valoró en esencia la candidatura de Wendel según los criterios contemplados en la Decisión de autorización condicional. Dado que en la Decisión de autorización condicional se utilizaron términos similares a los empleados en la Decisión de aceptación y en el informe del mandatario, y dado que la Decisión de autorización condicional precedió en el tiempo al informe del mandatario, la valoración puramente formal del Tribunal General basada en la similitud de los términos utilizados condujo a una conclusión errónea.

61. En consecuencia, considero que el Tribunal General atribuyó una importancia excesiva al informe del mandatario, extremo que no justificaban los hechos del presente asunto, e interpretó erróneamente la función del mandatario en el procedimiento de aceptación, ya que la aprobación del adquirente es competencia exclusiva de la Comisión y, de hecho, las disposiciones de Derecho de la Unión relevantes ni siquiera obligan al nombramiento de un mandatario en el marco de un procedimiento de compromisos.[35] En efecto, existen casos en los que la Comisión adopta una decisión sin ningún tipo de intervención o informe de un mandatario.

62. La Decisión de aceptación de la Comisión, como cualquier otra decisión de un órgano administrativo o jurisdiccional, contiene una parte relativa a los hechos que le sirven de fundamento y otra parte relativa a su base jurídica. En el presente asunto procede trazar la línea que separa ambas partes.

63. El informe del mandatario sólo es una parte de la base fáctica, extremo que está claro, entre otras cosas, por el hecho de que el mandatario no indica el razonamiento jurídico que sustenta su opinión y conclusiones, y por el hecho de que la Comisión está, en todo caso, obligada a buscar sus propias pruebas con el fin de adoptar su Decisión final –como sucedió en el presente asunto. En consecuencia, únicamente puede valorarse la independencia del mandatario por referencia a su contribución al establecimiento de la base fáctica de la Decisión de la Comisión. Si un mandatario presenta unas conclusiones de hecho correctas y objetivamente verificables, todo está en orden. En caso contrario, por ejemplo si tergiversa o interpreta de modo incorrecto los hechos, entonces

34 — Adjunto como anexo B3 al escrito de contestación de la Comisión ante el Tribunal General.

35 — No existía tal obligación en el Reglamento nº 4064/89, en el Reglamento (CE) nº 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (DO L 61, p. 1), ni en la Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables de 2001 (citada en la nota a pie de página 12). El Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1033/2008 de la Comisión (DO L 279, p. 3), establece ahora que los compromisos ofrecidos por las empresas «podrán» incluir, por cuenta de las empresas afectadas, el nombramiento de un mandatario.

podemos estar ante una falta de independencia (en efecto, ello es similar en el supuesto de nombramiento de un experto para que testifique en un asunto concreto). Lo cierto es que la parte de la Decisión de la Comisión relativa a la base jurídica corresponde exclusivamente a la Comisión y queda fuera de la esfera de actuación del mandatario. De ello deriva que la Comisión puede estar de acuerdo con los datos del informe del mandatario, o puede sustituirlos o complementarlos con sus propios datos. No obstante, la valoración jurídica final compete siempre a la Comisión: con arreglo al Derecho de la Unión, únicamente la Comisión está facultada para hacer dicha valoración en un caso determinado (como vimos en el punto 46 anterior, la Comisión no delega dichas facultades a terceros y, como muestra el punto 57 anterior, la jurisprudencia confirma que la Comisión no podría hacerlo aunque quisiera). De otro modo sería posible demandar también al mandatario, lo que naturalmente no se plantea.

64. De las consideraciones anteriores se desprende que el razonamiento de la sentencia recurrida contiene errores de Derecho, es contradictoria e interpreta erróneamente los hechos en la medida en que el Tribunal General declaró que el informe del mandatario influyó de modo determinante en la Decisión de aceptación. En consecuencia, debe anularse la sentencia recurrida.

3. Asunto C-553/10 P (tercer motivo de casación) y asunto C-554/10 P (segundo motivo de casación, segunda parte)

65. Mediante su tercer motivo, dividido en dos partes, la Comisión sostiene, en primer lugar, que se ha realizado una interpretación jurídica errónea respecto de la relevancia de la alegación formulada por la demandante en primera instancia acerca de la validez de la Decisión de aceptación y, en segundo lugar, que se ha cometido una infracción del deber de motivación a este respecto. Lagardère alega, en su segundo motivo de casación (segunda parte), que el Tribunal General no acreditó en su razonamiento el modo en que las relaciones entre el representante del mandatario y Editis influyeron en el contenido del informe que el mandatario presentó a la Comisión.

66. Como resulta de mi análisis expuesto en las presentes conclusiones, considero que el Tribunal General incurrió en un error manifiesto de Derecho al anular la Decisión de aceptación basándose únicamente en la falta de independencia del mandatario, sin haber valorado si el resultado de la Decisión de la Comisión –la aceptación de Wendel como adquirente– habría podido ser distinta sin la falta de independencia del mandatario.

67. Odile Jacob alega en esencia que la falta de independencia del mandatario no es una mera irregularidad sin consecuencias sobre la legalidad de la Decisión. Considero que dicha alegación es errónea y que el Tribunal General vulneró la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia [36] con arreglo a la cual una irregularidad, salvo cuando se trata de un vicio sustancial de forma, [37] no conduce a la anulación de la totalidad o de parte de la Decisión a no ser que se acredite que, sin dicha irregularidad, el contenido de la decisión podía haber sido distinto.

68. En particular, en la mencionada sentencia el Tribunal de Justicia determinó que «con arreglo a los artículos 231 CE [actualmente 264 TFUE], párrafo primero, y 224 CE [actualmente 254 TFUE], párrafo sexto, si el recurso de anulación fuere fundado, el [Tribunal General] declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado. [...] A este respecto, procede señalar, por una parte, que el mero hecho de que el [Tribunal General] considere fundado un motivo invocado por la parte demandante en apoyo de su recurso de anulación no le permite anular automáticamente el acto impugnado en su totalidad. En efecto, no puede adoptarse una anulación total cuando es del todo evidente que dicho motivo, que se refiere únicamente a un aspecto específico del acto impugnado, sólo puede sustentar una anulación parcial» (apartados 103 y 104).

36 — Véase, a tal efecto, la sentencia de 11 de diciembre de 2008, Comisión/Département du Loiret (C-295/07 P, Rec. p. I-9363).

37 — Como vimos en el punto 48 *supra*, y al contrario de lo que sostiene Odile Jacob, esto no sucede en el presente asunto.

69. Basta decir que el Tribunal General declaró de un modo a la vez automático y lacónico que la irregularidad podía poner en entredicho la legalidad de la Decisión de aceptación. El Tribunal General actuó de ese modo sin haber valorado de hecho, por un lado, si la Decisión de la Comisión se basaba en motivos distintos de los relacionados con los hechos incluidos en el informe del mandatario y, por otro lado, si de las pruebas facilitadas a la Comisión que forman parte del expediente se desprendía que, en todo caso, Wendel cumplía los requisitos para obtener la aceptación por parte de la Comisión.

70. En efecto, de conformidad con el apartado 14 de los compromisos que se exponen en el anexo II de la Decisión de 7 de enero de 2004, la Comisión debía aceptar al adquirente si éste cumplía los requisitos mencionados en el apartado 10 de dichos compromisos. En consecuencia, la valoración es objetiva, y el propósito de la Comisión no es seleccionar al mejor adquirente, sino simplemente comprobar que el adquirente propuesto por la parte notificante cumple los requisitos relevantes. Considero que en este sentido es revelador que después de que se dictara la sentencia recurrida la Comisión reanudó el procedimiento y, tras preparar el asunto con una mera audiencia de las partes y con un nuevo mandatario completamente independiente de Editis, la Comisión volvió a aceptar a Wendel como adquirente de los activos, no a Odile Jacob. De ese modo, incluso sin la irregularidad la conclusión es idéntica: Wendel cumple y cumplía los requisitos para ser aceptado.

71. Un ejemplo de enfoque correcto puede encontrarse en una sentencia anterior del Tribunal General. En el ámbito del control de las concentraciones y, en particular, en relación con el consejero auditor, el Tribunal General señaló en un asunto que el demandante no pudo indicar una disposición concreta que el consejero auditor vulneró, ni una disposición sobre la base de la cual «éste habría podido adoptar una posición diferente de la que adoptó de hecho», si hubiera sabido que debía aplicar dicha decisión. [38] Además, podría argumentarse que la vulneración del derecho de defensa en un asunto concreto, por ejemplo, cuando la Comisión se niega a presentar documentos, podría no ser sancionado como tal y resultaría necesario en primer lugar llevar a cabo un examen de dicha documentación. A continuación, debe señalarse que existe jurisprudencia que establece claramente que un demandante no tiene un interés legítimo en la anulación de una decisión si la anulación de ésta sólo puede dar lugar a que se adopte una nueva decisión, idéntica en cuanto al fondo, a la decisión anulada. [39] Por último, el Tribunal General también determinó que un error de Derecho cometido por un tribunal en el marco de la evaluación de la candidatura de un demandante no puede poner en entredicho *per se* la legalidad de sus decisiones, señalando que «un demandante no tiene un interés legítimo en la anulación de una decisión de la que se sabe con certeza que será de nuevo confirmada». [40]

72. En el presente asunto, el Tribunal General no mostró el modo en que la supuesta falta de independencia del mandatario influyó en la valoración legal que hizo la Comisión acerca de las cualidades de Wendel para adquirir los activos cedidos.

73. Coincido con la Comisión en que nada en la sentencia recurrida permite llegar a la conclusión de que el contenido de la Decisión de aceptación podría haber sido distinto sin la irregularidad declarada en la sentencia. En efecto, el Tribunal General no halló ningún error o imprecisión en la valoración que el mandatario hizo del adquirente, y en el apartado 109 admitió que esa valoración se basaba sólo «principalmente» en el informe del mandatario, y no encontró ninguna influencia de dicha supuesta falta de independencia en el citado informe.

38 — Sentencia General Electric/Comisión, citada en la nota 24, apartado 722.

39 — Véanse, a tal efecto, las sentencias de 6 de julio de 1983, Geist/Comisión (117/81, Rec. p. 2191), apartado 7; de 18 de diciembre de 1992, Díaz García/Parlamento (T-43/90, Rec. p. II-2619), apartado 54; de 20 de septiembre de 2000, Orthmann/Comisión (T-261/97, RecFP pp. I-A-181 y II-829), apartados 33 y 35, y de 3 de diciembre de 2003, Audi/OAMI (T-16/02, Rec. p. II-5167), apartados 97 y 98.

40 — Véase, a tal efecto, la sentencia de 13 de marzo de 2002, Martínez Alarcón y otros/Comisión (T-357/00, T-361/00, T-363/00 y T-364/00, RecFP pp. I-A-37 y II-161), apartados 91 a 93.

74. Por lo que respecta a la segunda parte del presente motivo de casación, relativo al incumplimiento de la obligación de motivación, Odile Jacobs sostiene que no resulta necesario valorar si el Tribunal General debería haber examinado si el contenido de la Decisión de aceptación habría sido distinto si el mandatario hubiera sido independiente y que, en consecuencia, el Tribunal General motivó suficientemente dicho extremo.

75. Considero que no puede prosperar dicha alegación. En efecto, a pesar de la jurisprudencia abundante y muy clara citada en algunos de los puntos anteriores –y pese a las alegaciones formuladas al respecto ante el Tribunal General por parte de la Comisión (apartados 49 a 55 del escrito de contestación y apartado 35 del escrito de réplica), Wendel (apartado 24 de su escrito de formalización de la intervención) y Lagardère (apartado 19 de su escrito de formalización de la intervención), así como en las alegaciones orales- el Tribunal General no explicó la base jurídica y las razones en que fundamentó su conclusión de que la relación entre el representante del mandatario y Editis «pon[ía] en entredicho la legalidad de la [Decisión de aprobación]» (apartado 118 de la sentencia recurrida).

76. Por último, debe señalarse que el Tribunal General también incurrió en error al valorar todas las alegaciones que la Comisión formuló en primera instancia[41] en respuesta a las alegaciones de la demandante. En particular, en relación con las alegaciones acerca del hecho de que de las pruebas que obraban en poder de la Comisión –y no sólo del informe del mandatario- se desprendía que Wendel cumplía los requisitos establecidos en la Decisión de autorización condicional.

77. De las consideraciones anteriores se desprende que el Tribunal General también incumplió su obligación de motivación. En consecuencia, debe anularse la sentencia recurrida.

IV. Consecuencias de la anulación de la sentencia recurrida

78. Conforme al artículo 61, párrafo primero, segunda frase, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, éste podrá, en caso de que se anule la resolución del Tribunal General, resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita. A mi juicio, en este caso el Tribunal de Justicia puede resolver definitivamente el litigio. Además, esta conclusión se justifica por la larga duración del procedimiento judicial en este asunto. A la luz de las consideraciones anteriores, procede que el Tribunal de Justicia rechace todos los motivos formulados por Odile Jacob contra la Decisión de aceptación ante el Tribunal General y desestime el recurso interpuesto por Odile Jacob en primera instancia.

V. Costas

79. A tenor del artículo 122, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea fundado y dicho Tribunal resuelva definitivamente sobre el litigio. Del artículo 69, apartado 2, en relación con el artículo 118, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia se desprende que la parte que pierda el proceso ha de ser condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que la Comisión y Lagardère han solicitado que se condene a Odile Jacob al pago de las costas causadas tanto en el recurso de casación como en el procedimiento en primera instancia y que se han desestimado las pretensiones de Odile Jacob en ambas instancias, procede condenar a ésta en las costas del procedimiento de ambas instancias.

41 — Véase la sentencia de 25 de octubre de 2007, Komninou y otros/Comisión (C-167/06 P), apartado 22.

VI. Conclusión

80. Por las razones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que decida:

— Anular la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta) de 13 de septiembre de 2010, Éditions Jacob/Comisión (T-452/04), en la medida en que anuló la Decisión (2004) D/203365 de la Comisión, de 30 de julio de 2004, relativa a la aceptación de Wendel Investissement como adquirente de los activos cedidos con arreglo a la Decisión 2004/422/CE de la Comisión, de 7 de enero de 2004, por la que se declara compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo una operación de concentración (asunto nº COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP).

— Desestimar el recurso interpuesto por Éditions Odile Jacob ante el Tribunal General de la Unión Europea.

— Condenar a Éditions Odile Jacob a cargar con sus propias costas y con las de la Comisión y Lagardère en ambas instancias.

— Condenar a Wendel Investissement a cargar con sus propias costas.