Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

6 novembre 2012 *

«Pourvoi — Opération de concentration d'entreprises sur le marché de l'édition des livres — Annulation de la décision relative à l'agrément d'une entreprise d'investissement comme acquéreur des actifs rétrocédés — Portée de l'éventuel manque d'indépendance du mandataire»

Dans les affaires jointes C-553/10 P et C-554/10 P,

ayant pour objet deux pourvois au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, introduits le 24 novembre 2010,

**Commission européenne,** représentée par M^me^ O. Beynet ainsi que par MM. A. Bouquet et S. Noë, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

les autres parties à la procédure étant:

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

partie demanderesse en première instance,

**Wendel Investissement SA,** établie à Paris, représentée par M^es^ M. Trabucchi, F. Gordon et C. Baldon, avocats,

**Lagardère SCA,** établie à Paris, représentée par M^es^ A. Winckler, F. de Bure et J.-B. Pinçon, avocats,

parties intervenantes en première instance,

et

**Lagardère SCA,** établie à Paris, représentée par M^es^ A. Winckler, F. de Bure et J.-B. Pinçon, avocats,

partie requérante,

les autres parties à la procédure étant:

**Éditions Odile Jacob SAS,** établie à Paris, représentée par M^es^ O. Fréget, M. Struys et L. Eskenazi, avocats,

partie demanderesse en première instance,

* Langue de procédure: le français.

**Commission européenne,** représentée par M[me] O. Beynet ainsi que par MM. A. Bouquet et S. Noë, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse en première instance,

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

partie intervenante en première instance,

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, M. K. Lenaerts, vice-président, M. A. Tizzano, M[me] R. Silva de Lapuerta, M. A. Rosas, M[me] M. Berger et M. E. Jarašiūnas, présidents de chambre, MM. E. Juhász (rapporteur), J.-C. Bonichot, M[me] A. Prechal et M. C. G. Fernlund, juges,

avocat général: M. J. Mazák,

greffier: M[me] R. Şereş, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 13 décembre 2011,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 27 mars 2012,

rend le présent

## Arrêt

1 Par leurs pourvois respectifs, la Commission européenne et Lagardère SCA (ci-après «Lagardère») demandent l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 13 septembre 2010, Éditions Jacob/Commission (T-452/04, Rec. p. II-4713, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a annulé la décision (2004) D/203365 de la Commission, du 30 juillet 2004, relative à l'agrément de Wendel Investissement SA comme acquéreur des actifs cédés conformément à la décision 2004/422/CE de la Commission, du 7 janvier 2004, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (Affaire COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (JO L 125, p. 54, ci-après la «décision litigieuse»).

2 Par la décision litigieuse, la Commission a décidé d'agréer Wendel Investissement SA (ci-après «Wendel Investissement») comme acquéreur des actifs rétrocédés, conformément au paragraphe 14 des engagements attachés à la décision 2004/422, publiée sous forme de résumé au *Journal Officiel de l'Union européenne* du 28 avril 2004, prise au titre de l'article 8, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 395, p. 1, et rectificatif JO 1990, L 257, p. 13), tel que modifié par le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 180, p. 1, et rectificatif JO 1998, L 40, p. 17, ci-après le «règlement n° 4064/89»), dans l'affaire COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP.

3 Ces deux affaires jointes s'inscrivent dans une liste de recours intentés par les différents acteurs de la vente des actifs d'édition détenus en Europe par Vivendi Universal Publishing SA (ci-après «VUP»), et qui ont été cédés à Lagardère et à Wendel Investissement, dont l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 28 juin 2012, Commission/Éditions Odile Jacob (C-404/10 P), relative à l'accès aux documents au cours de cette procédure de concentration, et l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de ce jour, Éditions Odile Jacob/Commission (C-551/10 P), concernant la régularité de l'opération de concentration elle-même.

**Les antécédents du litige**

4 Les faits à l'origine du litige, tels qu'ils sont exposés aux points 1 à 47 de l'arrêt attaqué, sont les suivants:

«1 Le 25 septembre 2002, Vivendi Universal SA […] a décidé de céder les actifs d'édition détenus en Europe par sa filiale [VUP].

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

[…]

8 Le 29 octobre 2002, [Vivendi Universal SA] a approuvé la cession des actifs cibles à Lagardère.

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

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

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

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

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

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

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

[…]'

[…]

14 Le 20 décembre 2002, le directoire d'Investima 10 a été constitué, B., président du cabinet S., étant nommé membre du directoire en qualité de 'tiers indépendant', au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous ii), e), du contrat de cession [conclu par Segex et Ecrinvest 4 avec Lagardère].

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

[…]

17 Le 14 avril 2003, Lagardère a procédé, conformément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement [nº 4064/89], à la notification auprès de la Commission de son projet d'acquisition des actifs cibles de VUP.

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

19 Il ressort des écritures des parties qu'Investima 10 est devenue Éditis SA [(ci-après 'Éditis')] le 14 octobre 2003.

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

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

22 La décision [2004/422], adoptée en vertu de l'article 8, paragraphe 2, du règlement nº 4064/89, dispose:

'Article premier

L'opération notifiée, telle que modifiée par le paquet d'engagements du 21 décembre 2003, par laquelle Lagardère acquiert le contrôle exclusif des [actifs cibles] de VUP, désormais appelée Éditis, est déclarée compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen[, du 2 mai 1992 (JO 1994, L 1, p. 3)].

Article 2

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

Article 3

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

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

24 Les actifs rétrocédés représentaient approximativement 60 à 70 % du chiffre d'affaires mondial de VUP et 70 à 80 % du chiffre d'affaires réalisé par VUP sur les marchés de l'édition francophone concernés par l'opération de concentration autorisée […]

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

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

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

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

[…]'

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

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

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

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

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

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

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

[…]'

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

'En cas de désaccord entre Lagardère et Éditis sur les mesures de restructuration nécessaires à la réalisation des présents engagements, l'une ou l'autre des parties pourra en informer le mandataire par lettre recommandée dont une copie devra être adressée à l'autre partie. Le mandataire fera alors une

recommandation, dans les meilleurs délais, après avoir entendu les parties en respectant le principe du contradictoire, sur la portée des mesures de restructuration nécessaires. Le mandataire adressera à la Commission un rapport l'informant de sa recommandation. Si le désaccord entre Lagardère et Éditis persiste, l'une ou l'autre des parties pourra demander à la Commission de fixer, après avoir entendu les parties en respectant le principe du contradictoire, la portée des mesures de restructuration nécessaires.'

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

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

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

[…]

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

34 Le 5 février 2004, la Commission a:

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

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

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

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

37 Lagardère s'est rapprochée de plusieurs entreprises, dont [Éditions Odile Jacob SAS (ci-après 'Odile Jacob')], susceptibles de racheter les actifs rétrocédés.

38 [Odile Jacob] a manifesté son intérêt pour cette opération. Par télécopie du 28 avril 2004, elle a communiqué son offre de reprise à Lagardère.

39 Dans un communiqué du 19 mai 2004, Lagardère a annoncé qu'elle retenait les offres de rachat de cinq acquéreurs potentiels, dont celle de [Odile Jacob], et qu'elle accordait une exclusivité jusqu'au 25 mai 2004 à minuit à l'un d'eux, [Wendel Investissement].

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

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

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

43 Par [la décision litigieuse], la Commission a agréé [Wendel Investissement] comme acquéreur des actifs rétrocédés, après avoir constaté qu'elle remplissait les critères d'agrément fixés par le paragraphe 10 des engagements de Lagardère.

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

45 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 8 juillet 2004, [Odile Jacob] a introduit un recours en annulation contre la décision [2004/422] (affaire T-279/04).

46 Par télécopie du 27 août 2004, la Commission a communiqué à [Odile Jacob], à la demande de celle-ci, la décision [litigieuse].

47 Le transfert de la propriété à [Wendel Investissement] de ces actifs, dénommés 'Nouvel Éditis', est intervenu le 30 septembre 2004.»

**La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué**

5 Par requête déposée le 8 novembre 2004, Odile Jacob a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse, sur le fondement de l'article 230 CE.

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

7 En réponse au deuxième moyen qu'il a examiné au préalable, le Tribunal a relevé que Investima 10, devenue Éditis, a, le 20 décembre 2002, désigné B., président du cabinet S., en qualité de membre de son directoire, à titre de tiers indépendant, alors que, par ailleurs, Lagardère a désigné le 9 février 2004 le même cabinet S. en qualité de mandataire chargé, en vertu du paragraphe 21, sous g), des engagements repris à l'annexe II de la décision 2004/422, de «veiller à l'exécution satisfaisante» de la cession des actifs rétrocédés. Ce mandataire a été rémunéré en cette qualité par Lagardère.

8 Le cabinet S. a ainsi été désigné mandataire, au sens du paragraphe 15 des engagements de Lagardère, et B., son président à cette date, a exercé les fonctions attachées à cette mission, alors qu'il était membre du directoire d'Investima 10, devenue Éditis. De surcroît, B. a exercé les fonctions de membre du directoire d'Éditis et de mandataire, de manière simultanée, du 9 février 2004, date de nomination du cabinet S., au 25 mars 2004, date de la transformation d'Éditis en société par actions simplifiée.

9 Dans ce contexte, le Tribunal a estimé que B. se trouvait dans un lien de dépendance à l'égard d'Éditis, de nature à susciter un doute sur la neutralité dont cette personne, en tant que membre du directoire d'Investima 10 devenue Éditis, devait faire preuve dans l'exercice de la mission du cabinet dont elle avait la présidence et qui avait été désigné comme mandataire. Par conséquent, la mission du mandataire, qui consistait à veiller à l'exécution satisfaisante des engagements de Lagardère, dont la cession des actifs rétrocédés, et, à ce titre, à élaborer des recommandations de mesures de restructuration nécessaires et à rédiger un rapport informant la Commission de ces recommandations, n'aurait pas été assurée en toute indépendance. L'exercice par B. des fonctions de membre du directoire de la société détentrice de l'ensemble des actifs d'Éditis serait de nature à affecter l'indépendance dont B. devait faire preuve, en tant que président du cabinet S., dans l'élaboration des recommandations de mesures de restructuration nécessaires et du rapport informant la Commission de ces recommandations.

10 Le Tribunal a relevé qu'il avait été demandé au cabinet S., en sa qualité de mandataire, de présenter à la Commission un rapport appréciant la candidature de Wendel Investissement comme acquéreur des actifs rétrocédés, au regard des critères d'agrément fixés par le paragraphe 10 des engagements de Lagardère annexés à la décision 2004/422.

11 Le Tribunal a conclu, au point 107 de l'arrêt attaqué, que ce rapport d'évaluation de la candidature de Wendel Investissement avait été élaboré par un mandataire qui ne répondait pas à la condition d'indépendance, à l'égard d'Éditis, requise par le paragraphe 15 des engagements de Lagardère définis à l'annexe II de la décision 2004/422.

12 Or, la décision litigieuse a été fondée, notamment, sur le rapport du mandataire qui, de l'avis du Tribunal exprimé au point 110 de l'arrêt attaqué, a exercé «une influence déterminante» sur ladite décision.

13 Par conséquent, le Tribunal a conclu, aux points 118 et 119 de l'arrêt attaqué, que l'absence d'indépendance du mandataire ayant rédigé ledit rapport constituait une illégalité qui était de nature à vicier la légalité de la décision litigieuse et a, ainsi, annulé cette décision, sans examiner les autres moyens développés par Odile Jacob au soutien de ses conclusions en annulation.

## La procédure devant la Cour et les conclusions des parties

14 Par ordonnance du 29 mars 2011, le président de la Cour a décidé de joindre les affaires C-553/10 P et C-554/10 P aux fins de la procédure orale et de l'arrêt.

15 Par son pourvoi dans l'affaire C-553/10 P, la Commission demande à la Cour:

— d'annuler l'arrêt attaqué, en ce qu'il annule la décision litigieuse;

— de statuer, le cas échéant, définitivement sur les questions qui font l'objet du présent pourvoi et de rejeter le recours en annulation, et

— de condamner Odile Jacob aux dépens des deux instances.

16 Lagardère soutient le pourvoi formé par la Commission.

17 Wendel Investissement demande à la Cour:

— d'annuler l'arrêt attaqué, en ce qu'il annule la décision litigieuse;

— de statuer définitivement sur les questions qui font l'objet du présent pourvoi et de rejeter le recours en annulation d'Odile Jacob, et

— de condamner Odile Jacob aux dépens.

18 Odile Jacob conclut à ce que la Cour:

— rejette le pourvoi;

— à titre subsidiaire, si le pourvoi était accueilli et le litige considéré comme en état d'être jugé, annule la décision litigieuse, et

— condamne la Commission aux dépens.

19 Par son pourvoi dans l'affaire C-554/10 P, Lagardère demande à la Cour:

— d'annuler l'arrêt attaqué, en ce qu'il annule la décision litigieuse;

— de rejeter le recours d'Odile Jacob introduit devant le Tribunal contre cette décision, et

— de condamner Odile Jacob à l'entièreté des dépens afférents à la présente procédure tant en première instance qu'à l'occasion du présent pourvoi.

20 Dans leurs mémoires en réponse, la Commission et Wendel Investissement demandent à la Cour:

— d'annuler l'arrêt attaqué, en ce qu'il annule la décision litigieuse;

— de rejeter le recours en annulation d'Odile Jacob contre cette décision, et

— de condamner Odile Jacob à l'entièreté des dépens afférents à la présente procédure tant en première instance qu'à l'occasion du présent pourvoi.

21 Odile Jacob conclut à ce que la Cour:

— rejette le pourvoi;

— à titre subsidiaire, si le pourvoi était accueilli et le litige considéré comme en état d'être jugé, annule la décision litigieuse, et

— condamne la Commission aux dépens.

**Sur les pourvois**

22 Dans son pourvoi dans l'affaire C-553/10 P, la Commission soulève trois moyens. Le premier moyen est tiré d'une erreur de droit, en ce que le Tribunal aurait omis d'examiner les conséquences de l'éventuel manque d'indépendance du mandataire vis-à-vis d'Éditis, sur sa mission, par rapport à Wendel Investissement. Par son deuxième moyen, la Commission fait valoir que le Tribunal aurait

commis une erreur de droit, une contradiction de motifs et une dénaturation des faits en ce qu'il a conclu que le rapport du mandataire aurait eu une influence déterminante sur la décision litigieuse. Le troisième moyen, qui est tiré d'une erreur de droit quant à la reconnaissance du caractère opérant d'un moyen et d'une violation de l'obligation de motivation à cet égard, se divise en deux branches. La première branche de ce moyen est relative à une erreur de droit commise par le Tribunal en ce que celui-ci aurait annulé la décision litigieuse sur la base d'un moyen qui aurait dû être considéré comme étant inopérant. La seconde branche du même moyen concerne une violation de l'obligation de motivation, en ce que le Tribunal aurait omis d'indiquer les raisons sur lesquelles il s'est fondé pour considérer que la décision litigieuse aurait pu être différente en l'absence de défaut d'indépendance du mandataire.

23 Dans son pourvoi dans l'affaire C-554/10 P, Lagardère invoque deux moyens. Le premier moyen est tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal aurait invoqué par voie d'exception l'illégalité de la décision d'agrément du mandataire pour fonder l'annulation de la décision litigieuse. Par son second moyen, Lagardère soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant à tort que la présence du mandataire au directoire d'Éditis en tant que tiers indépendant pouvait justifier l'annulation de la décision litigieuse. Ce moyen, qui comporte quatre branches, reprend en substance le premier moyen de l'affaire C-553/10 P.

24 Dans la mesure où les trois premiers moyens de l'affaire C-553/10 P et le second moyen de l'affaire C-554/10 P se recoupent, il convient de les traiter conjointement.

*Sur les trois premiers moyens de l'affaire C-553/10 P et le second moyen de l'affaire C-554/10 P*

Argumentation des parties

25 Selon la Commission, le Tribunal a commis une erreur de droit en ce qu'il n'aurait pas examiné en quoi ce manque d'indépendance du mandataire aurait été susceptible d'affecter l'appréciation de ce dernier sur les qualités de Wendel Investissement comme repreneur des actifs d'Éditis ni en quoi ce mandataire aurait pu être suspecté de rédiger un rapport susceptible d'induire la Commission en erreur lors de l'adoption de la décision litigieuse. Une telle position serait contraire à la jurisprudence du Tribunal selon laquelle le manque d'indépendance d'une personne chargée d'évaluer un candidat n'a de portée juridique que s'il est établi que cette personne a pris en compte, dans son évaluation, un intérêt autre que celui portant sur le bon exercice de sa mission. Le Tribunal n'aurait pas examiné si l'insuffisance d'indépendance du mandataire vis-à-vis d'Éditis était susceptible d'avoir des conséquences sur l'objectivité du contenu du rapport de celui-ci et, partant, sur l'évaluation de Wendel Investissement comme repreneur. Ainsi, le Tribunal aurait retenu un moyen inopérant pour annuler la décision litigieuse.

26 La Commission relève que la décision finale d'approuver l'acquéreur d'actifs rétrocédés, dans le cadre d'une opération de concentration, revient toujours à la Commission, laquelle ne se fonde pas uniquement sur le rapport du mandataire, mais recueille des renseignements de sa propre initiative.

27 Au soutien de la Commission, Wendel Investissement fait siennes les critiques formulées à l'encontre de l'arrêt attaqué en soulignant que le Tribunal n'a pas établi en quoi le lien entre Éditis et le mandataire a pu avoir une influence sur le contenu du rapport d'évaluation de la candidature de Wendel Investissement.

28 Selon Odile Jacob, il ne peut être reproché au Tribunal de s'être référé à la loi française pour vérifier si l'exercice simultané par B. de la fonction de membre du directoire d'Éditis et de celle de mandataire, en tant que président du cabinet S., était compatible avec le critère d'indépendance au regard de cette société, puisqu'il ne s'agit que d'une application de la lex societatis et du principe déterminant la loi

applicable à une société, conformément aux principes de droit international privé, consacrés notamment par le règlement (CE) nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (JO L 177, p. 6).

29 Pour Lagardère, le Tribunal ne pouvait conclure à un défaut d'indépendance automatique du mandataire en raison des liens de B. avec Éditis, mais aurait dû apprécier si le mandat social de B. a empêché le mandataire d'exécuter ses tâches avec indépendance et transparence. Au contraire, loin de constituer un conflit d'intérêt, le mandat social exercé par B. et la mission exercée par le mandataire auraient pour objet l'indépendance d'Éditis et constitueraient ainsi des missions complémentaires.

30 En ce qui concerne la portée du manque d'indépendance du mandataire, Odile Jacob considère que l'argument de la Commission est inopérant, puisque l'illégalité constatée par le Tribunal relève de la violation d'un engagement contractuel essentiel et rendu obligatoire par la décision 2004/422 de la Commission, viciant ainsi l'ensemble du processus décisionnel relatif à l'opération de cession imposée par les engagements de Lagardère.

31 Dans son deuxième moyen, la Commission estime que l'arrêt attaqué est entaché d'une erreur de droit, d'une contradiction de motifs et d'une dénaturation des faits, en ce que le Tribunal aurait considéré que le rapport du mandataire aurait eu une influence déterminante sur la décision litigieuse. La Commission soutient que, par cette conclusion, le Tribunal a méconnu la répartition des tâches entre elle-même et le mandataire. Il n'incomberait en effet qu'à la Commission de statuer sur l'agrément d'un candidat acheteur. Si l'évaluation contenue dans le rapport d'un mandataire est prise en compte par la Commission pour l'élaboration de sa décision finale, en aucun cas, la Commission ne serait liée par l'avis du mandataire, qui ne pourrait se substituer à sa propre évaluation. La Commission resterait tenue de conduire l'enquête nécessaire, de recueillir des renseignements de sa propre initiative en s'appuyant sur ses propres services et sur diverses demandes de renseignements adressées aux entreprises concernées, en l'espèce Lagardère et Wendel Investissement.

32 Il ne saurait être déduit de certaines similitudes entre le rapport du mandataire et la décision litigieuse que le rapport en cause a eu une «influence déterminante» sur ladite décision, comme l'a indiqué le Tribunal au point 110 de l'arrêt attaqué. Selon la Commission, il ne s'agirait que de la reprise d'éléments objectifs et vérifiables ne contenant pas d'évaluations subjectives.

33 Wendel Investissement souscrit à l'argumentation de la Commission.

34 Odile Jacob considère que le Tribunal n'a pas méconnu la répartition des tâches entre la Commission et le mandataire. L'absence d'indépendance du mandataire agréé aurait vicié l'ensemble du processus décisionnel. La Commission aurait, en fait, réellement pris en compte, dans la décision litigieuse, le rapport du mandataire.

35 En procédant à un examen comparé, aux points 112 à 116 de l'arrêt attaqué, du rapport du mandataire et de la décision litigieuse, à l'égard des quatre conditions imposées par le paragraphe 10 des engagements de Lagardère quant aux qualités du candidat acquéreur des actifs rétrocédés, le Tribunal aurait à juste titre relevé que les appréciations de la Commission étaient identiques à celles contenues dans le rapport du mandataire. Ainsi, Odile Jacob estime que c'est à juste titre que le Tribunal a considéré que ce rapport a exercé une influence déterminante sur la décision litigieuse.

36 En ce qui concerne le troisième moyen dans l'affaire C-553/10 P, Odile Jacob relève que le défaut d'indépendance du mandataire constitue non pas une simple irrégularité, mais une violation des formes substantielles de la procédure administrative, qui doit entraîner l'annulation de la décision litigieuse sans qu'il soit besoin de démontrer que cette décision aurait pu avoir un contenu différent en l'absence de cette irrégularité. La condition d'indépendance du mandataire est une condition fondamentale inscrite dans les engagements de Lagardère, auxquels la décision 2004/422 a donné une force obligatoire. L'exigence d'indépendance du mandataire devrait être vérifiée non pas ex post, mais

ex ante, afin que soit évité de contrôler les motivations subjectives qui pourraient guider le mandataire dans sa mission, ainsi que cela ressort de la recommandation de la Commission du 16 mai 2002 intitulée «Indépendance du contrôleur légal des comptes dans l'UE: principes fondamentaux» (JO L 191, p. 22). Cette exigence d'indépendance rejoindrait l'exigence d'indépendance et d'apparence d'indépendance du juge.

Appréciation de la Cour

37 Les requérantes aux pourvois font valoir en substance que le Tribunal a commis de multiples erreurs de droit, en omettant d'analyser les conséquences de l'éventuel manque d'indépendance du mandataire vis-à-vis d'Éditis sur l'évaluation de la candidature de Wendel Investissement comme repreneur des actifs d'Éditis, et contestent que le rapport du mandataire était susceptible d'induire la Commission en erreur dans sa mission d'appréciation de la candidature de Wendel Investissement afin de l'agréer comme acquéreur des actifs rétrocédés.

38 En vertu de l'article 1er de la décision 2004/422, l'opération notifiée, par laquelle Lagardère acquiert le contrôle exclusif des actifs cibles de VUP, désormais appelée Éditis, est déclarée compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen, sous réserve du respect par Lagardère des engagements mentionnés à l'annexe II de ladite décision.

39 Aux termes des paragraphes 15 et 21 de l'annexe II de la décision 2004/422, la partie notifiante désigne un mandataire afin d'exercer les missions particulières et générales qui lui sont confiées, à savoir, notamment, garantir l'exécution satisfaisante des engagements que Lagardère a souscrits, ainsi que s'assurer que les actifs rétrocédés sont maintenus et gérés au sein d'une structure distincte de façon séparée et indépendante des actifs conservés et des autres activités de Lagardère, jusqu'à la date de cession effective des actifs rétrocédés.

40 En cas de désaccord entre Lagardère et Éditis sur les mesures de restructuration nécessaires à la réalisation des engagements, le mandataire peut être saisi. Il statuera par voie de recommandation sur la portée de ces mesures, selon le paragraphe 24 de ces engagements. Le mandataire en informera la Commission, qui pourra fixer elle-même la portée des mesures de restructuration nécessaires.

41 Aux fins de l'exercice de ces missions, le paragraphe 15 desdits engagements précise, notamment, que le mandataire devra être indépendant de Lagardère et d'Éditis et ne pas être exposé à un conflit d'intérêts. Sa rémunération est assurée par Lagardère selon des modalités qui ne portent pas atteinte à la bonne exécution de son mandat ni à son indépendance.

42 Cette indépendance est un élément des engagements que Lagardère a souscrits et qui doivent être pleinement respectés. Cette indépendance a été fixée ex ante et couvre toute activité du mandataire.

43 Il ressort des points 85 et 87 de l'arrêt attaqué que B., président du cabinet S., a été désigné le 20 décembre 2002 membre du directoire d'Investima 10, devenue Éditis, et que le 9 février 2004 le cabinet S. a été désigné mandataire. Au point 89 de l'arrêt attaqué, il est constaté que B. a exercé les fonctions de membre du directoire d'Éditis et de mandataire, de manière simultanée, du 9 février 2004 au 25 mars 2004, date de la transformation d'Éditis en société par actions simplifiée. Après la transformation d'Éditis, B. a gardé des liens étroits avec Éditis, étant donné que le mandataire avait trois représentants au sein du comité d'actionnaires.

44 Dans ces conditions, le Tribunal a correctement conclu, au point 104 de l'arrêt attaqué, que l'exercice par B. des fonctions de membre du directoire d'Investima 10, devenue Éditis, était de nature a affecter l'indépendance du mandataire et que cette situation ne permettait pas d'assurer l'exercice, en toute indépendance, des attributions de mandataire indépendant visées par le paragraphe 15 des engagements de Lagardère.

45 De même, c'est à juste titre que le Tribunal a jugé, au point 107 de l'arrêt attaqué, que le rapport d'évaluation de la candidature de Wendel Investissement au rachat des actifs rétrocédés a été élaboré par un mandataire qui ne répondait pas à la condition d'indépendance à l'égard d'Éditis.

46 La Commission ne conteste pas les constatations du Tribunal concernant l'absence d'indépendance du mandataire au motif qu'il s'agirait d'une question de fait. En revanche, elle reproche au Tribunal d'avoir omis d'examiner si cette absence d'indépendance a eu in concreto une influence sur la décision litigieuse ou si, sans cette irrégularité, la décision litigieuse aurait pu avoir un contenu différent. Selon la Commission, la situation du mandataire n'a pas affecté l'objectivité de l'appréciation qu'il a formulée dans son rapport sur le repreneur des actifs d'Éditis et, par conséquent, la légalité de la décision litigieuse.

47 Cet argument de la Commission doit être écarté.

48 En effet, en l'espèce, le mandataire chargé «de veiller à l'exécution satisfaisante» des engagements de la partie notifiante a rempli des fonctions qui lui étaient confiées indirectement par la Commission. Il s'agit de fonctions que la Commission aurait pu, si elle avait disposé des ressources humaines suffisantes, exercer elle-même.

49 Cela ressort clairement des points 52, 53, 55 et 56 de la communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) nº 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) nº 447/98 de la Commission (JO 2001, C 68, p. 3). En particulier, le point 56 de cette communication énonce que «[l]e mandataire exécutera des tâches lui permettant de garantir la mise en œuvre de bonne foi des engagements, au nom de la Commission».

50 Il convient de rappeler que le paragraphe 15 de ses engagements imposait à Lagardère de désigner un mandataire qui, parmi d'autres conditions, devait «être indépendant de Lagardère et d'Éditis».

51 Il est donc constant qu'un tel mandataire doit d'emblée être indépendant des parties et, en plus, agir de manière indépendante par rapport à celles-ci, de sorte que le manque d'indépendance suffit pour annuler une décision de la Commission telle que la décision litigieuse. La question de savoir si ce mandataire a agi d'une manière indépendante ne se pose que s'il a été constaté au préalable que celui-ci était effectivement indépendant des parties.

52 Étant donné que le Tribunal a constaté à juste titre que le mandataire n'était pas indépendant des parties, il n'était pas obligé d'examiner si ce mandataire a agi in concreto d'une manière qui attesterait ce manque d'indépendance.

53 Il découle de ce qui précède que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en annulant la décision litigieuse pour absence d'indépendance du mandataire. Partant, les trois moyens avancés par la Commission ainsi que le deuxième moyen soutenu par Lagardère ne sont pas fondés et doivent être rejetés.

*Sur le premier moyen de l'affaire C-554/10 P, relatif à l'exception d'illégalité*

Argumentation des parties

54 Lagardère fait valoir que le Tribunal ne pouvait retenir l'illégalité de la décision d'agrément du mandataire pour fonder l'illégalité de la décision litigieuse, dans la mesure où le mécanisme de l'exception d'illégalité ne pourrait être invoqué lorsque sont en cause deux décisions individuelles. En ne formant pas un recours contre la décision d'agrément du mandataire, dans les délais contentieux impartis, Odile Jacob ne pouvait exciper de l'illégalité de cette décision d'agrément, puisque celle-ci serait devenue définitive à son égard, au soutien de sa demande d'annulation de la décision litigieuse.

55 Selon Lagardère et Wendel Investissement, le raisonnement effectué par le Tribunal aboutirait à invoquer, par voie d'exception, l'illégalité de la décision d'agrément du mandataire, qui est une décision individuelle. Le Tribunal aurait examiné directement non pas les motifs ayant conduit à la décision litigieuse, mais ceux ayant conduit à la nomination du mandataire, situés en amont de la décision litigieuse.

56 Lagardère fait valoir que la décision d'agrément du mandataire a été communiquée aux parties le 15 février 2005, date à partir de laquelle la décision faisait grief à Odile Jacob et constituait un acte attaquable au sens de l'article 263 TFUE. Cette décision aurait ainsi dû être attaquée, dans les délais contentieux impartis, par un recours distinct de celui dirigé contre la décision litigieuse. Par conséquent, le Tribunal ne pouvait valablement se référer à l'illégalité de la désignation du mandataire pour annuler la décision litigieuse.

57 Odile Jacob réfute les arguments de Lagardère et de Wendel Investissement en relevant que la décision d'agrément du mandataire doit être considérée non comme une décision isolée, mais comme une décision faisant partie d'un ensemble d'actes ayant conduit à l'adoption de la décision litigieuse.

58 De plus, Odile Jacob relève qu'elle n'était pas le destinataire, au sens de l'article 263 TFUE et de la jurisprudence, de la décision d'agrément du mandataire et que, par conséquent, il aurait été difficile pour elle de l'attaquer par un recours distinct.

Appréciation de la Cour

59 Il y a lieu d'observer que la décision d'agrément du mandataire n'a été communiquée à Odile Jacob que le 17 février 2005.

60 Odile Jacob a, le 8 novembre 2004, introduit devant le Tribunal son recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse, en contestant également les conditions d'agrément du mandataire. Or, il convient de relever qu'à cette date-là Odile Jacob n'avait pas encore eu communication de la décision d'agrément du mandataire. Ainsi, il ne saurait lui être tenu grief d'avoir remis en cause, dans sa requête dirigée contre la décision litigieuse, la légalité de la décision d'agrément du mandataire sans en avoir demandé l'annulation au préalable alors que ladite décision relevait du même ensemble d'actes que la décision litigieuse.

61 Il serait d'un formalisme superflu et inutile d'exiger d'Odile Jacob d'intenter un recours distinct pour la contestation d'une décision individuelle, dont elle a eu communication postérieurement à son recours principal et qui fait partie d'une série d'actes et qui est de toute manière mise en cause par ce recours principal.

62 Dès lors, ce moyen doit être écarté.

63 Aucun des moyens avancés par les parties requérantes n'ayant prospéré, les pourvois dans les affaires C-553/10 P et C-554/10 P doivent être rejetés.

**Sur les dépens**

64 Aux termes de l'article 184, paragraphe 2, du règlement de procédure, lorsque le pourvoi n'est pas fondé, la Cour statue sur les dépens. Aux termes de l'article 138, paragraphes 1 et 2, de ce règlement, applicable à la procédure de pourvoi en vertu des articles 184, paragraphe 1, et 190, paragraphe 1, de celui-ci, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission et Lagardère ayant succombé en leurs moyens et Odile Jacob ayant conclu à leur condamnation, il y a lieu de les condamner à supporter, outre leurs propres dépens, les dépens exposés par Odile Jacob à l'occasion des présents pourvois.

65 Odile Jacob n'ayant pas conclu à la condamnation aux dépens de Wendel Investissement, celle-ci supportera uniquement ses propres dépens.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) déclare et arrête:

**1) Les pourvois sont rejetés.**

**2) La Commission européenne et Lagardère SCA supportent leurs propres dépens ainsi que ceux exposés par Éditions Odile Jacob SAS.**

**3) Wendel Investissement SA supporte ses propres dépens.**

Signatures