Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

6. november 2012 *

»Appel — fusion på markedet for bogudgivelser — annullation af beslutningen om godkendelse af et investeringsselskab som køber af de genafståede aktiver — omfanget af den befuldmægtigedes eventuelle manglende uafhængighed«

I de forenede sager C-553/10 P og C-554/10 P,

angående to appeller i henhold til artikel 56 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 24. november 2010,

Europa-Kommissionen ved O. Beynet, A. Bouquet og S. Noë, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Éditions Odile Jacob SAS, Paris (Frankrig), ved avocats O. Fréget, M. Struys og L. Eskenazi,

sagsøger i første instans,

Wendel Investissement SA, Paris, ved avocats M. Trabucchi, F. Gordon og C. Baldon,

Lagardère SCA, Paris, ved avocats A. Winckler, F. de Bure og J.-B. Pinçon,

intervenienter i første instans,

og

Lagardère SCA, Paris, ved avocats A. Winckler, F. de Bure og J.-B. Pinçon,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Éditions Odile Jacob SAS, Paris, ved avocats O. Fréget, M. Struys og L. Eskenazi,

sagsøger i første instans,

* Processprog: fransk.

Europa-Kommissionen ved O. Beynet, A. Bouquet og S. Noë, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

Wendel Investissement SA, Paris, ved avocats M. Trabucchi, F. Gordon og C. Baldon,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, vicepræsidenten, K. Lenaerts, afdelingsformændene A. Tizzano, R. Silva de Lapuerta, A. Rosas, M. Berger og E. Jarašiūnas samt dommerne E. Juhász (refererende dommer), J.-C. Bonichot, A. Prechal og C.G. Fernlund,

generaladvokat: J. Mazák

justitssekretær: fuldmægtig R. Şereş,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 13. december 2011,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 27. marts 2012,

afsagt følgende

Dom

1 I deres respektive appelskrifter har Europa-Kommissionen og Lagardère SCA (herefter »Lagardère«) nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 13. september 2010, Éditions Jacob mod Kommissionen (sag T-452/04, Sml. II, s. 4713, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede Kommissionens beslutning (2004) D/203365 af 30. juli 2004 om godkendelse af Wendel Investissement SA som køber af de afståede aktiver i overensstemmelse med Kommissionens beslutning 2004/422/EF af 7. januar 2004 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (EUT L 125, s. 54, herefter »den omtvistede beslutning«).

2 Med den omtvistede beslutning besluttede Kommissionen at godkende Wendel Investissement SA (herefter »Wendel Investissement«) som køber af de genafståede aktiver i overensstemmelse med stk. 14 i tilsagnene knyttet til beslutning 2004/422, offentliggjort i sammendrag i *Den Europæiske Unions Tidende* af 28. april 2004 og truffet i henhold til artikel 8, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, og berigtigelse EFT 1990 L 257, s. 13), som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1, og berigtigelse EFT 1998 L 40, s. 17, herefter »forordning nr. 4064/89«) i sag COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP.

3 Disse to forenede sager er en del af en række søgsmål anlagt af forskellige aktører i salget af forlagsinteresser, som Vivendi Universal Publishing SA (herefter »VUP«) ejede i Europa, og som er blevet afstået til Lagardère og til Wendel Investissement, herunder den sag, der gav anledning til dom af 28. juni 2012, Kommissionen mod Éditions Odile Jacob (sag C-404/10 P), vedrørende aktindsigt i dokumenter i løbet af denne fusionssag, og den sag, der gav anledning til dom af dags dato, Éditions Odile Jacob mod Kommissionen (sag C-551/10 P), vedrørende lovligheden af selve fusionen.

Tvistens baggrund

4 De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten, således som de fremgår af den appellerede doms præmis 1-47, er følgende:

»1 Den 25. september 2002 besluttede Vivendi Universal SA […] at afstå de forlagsinteresser, der ejedes i Europa af dets datterselskab [VUP].

2 [Lagardère] meldte sig som kandidat til at overtage disse aktiver, bestående af VUP's bestemmende kapitalandele og aktiver (herefter »målaktiverne«).

[…]

8 Den 29. oktober 2002 godkendte [Vivendi Universal SA] afståelsen af målaktiverne til Lagardère.

9 Den 3. december 2002 underskrev Investima 10 SAS [(herefter »Investima 10«)], et helejet datterselskab af Ecrinvest 4 SA [(herefter »Ecrinvest 4«)], som igen er et helejet datterselskab af Segex Sarl [(herefter »Segex«)], som [Natexis Banques Populaire SA (herefter »NBP«)] har hele kontrollen med, et tilsagn om køb af målaktiverne til fordel for VUP.

10 Samme dag indgik Segex og Excrinvest 4 en overdragelsesaftale med Lagardère […], der gav Lagardère ret til (via Ecrinvest 4), efter at der var opnået godkendelse fra Kommissionen af den planlagte fusion, at opkøbe hele aktiekapitalen i Investima 10, som var indehaver af målaktiverne, med forbehold for VUP's tiltrædelse af tilsagnet om forannævnte køb. Lagardère havde forud betalt købsprisen for disse aktier til Segex, som var eneaktionær i Ecrinvest 4.

11 Den 20. december 2002 tiltrådte VUP Investima 10's tilsagn om køb, og denne indgik samme dag en købskontrakt med VUP om målaktiverne.

12 Samme dag offentliggjorde NBP følgende pressemeddelelse:

»NBP erhverver samtlige aktiver, der er afstået, med henblik på videresalg [til Lagardère], så snart godkendelse fra konkurrencemyndighederne er modtaget.

Fra dags dato ejes aktiverne i VUP af selskabet Investima 10, som indirekte er et helejet datterselskab af NBP.

Dette aktieselskab med en direktion og en bestyrelse bliver moderselskab for de selskaber, der udgør den afståede aktivitetssektor.

[…]«

[…]

14 Den 20. december 2002 blev Investima 10's direktion konstitueret med udnævnelse af B., formand for revisionsfirmaet S., til direktionsmedlem som »uafhængig tredjemand«, jf. artikel 4, stk. 1, nr. ii), litra e), i overdragelsesaftalen [indgået af Segex og Ecrinvest 4 med Lagardère].

15 Artikel 2, stk. 2, i overdragelsesaftalen, underskrevet den 19. december 2002 af Ecrinvest 4 og revisionsfirmaet S., specificerer i bestemmelsens første afsnit, at inden for rammerne af sit selskabsmandat skal B. handle i Investima 10's og målaktivernes interesse og især med øje for at bevare deres levedygtighed, deres økonomiske værdi og deres konkurrencedygtighed.

[…]

17 Den 14. april 2003 indgav Lagardère i henhold til artikel 4, stk. 1, i […] forordning […] nr. 4064/89 […] en anmeldelse til Kommissionen af sin påtænkte erhvervelse af målaktiverne i VUP.

18 Ved beslutning af 5. juni 2003 indledte Kommissionen en tilbundsgående undersøgelse af denne transaktion i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89, idet den konstaterede, at den anmeldte fusion rejste alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med [fællesmarkedet].

19 Det fremgår af parternes skriftlige indlæg, at Investima 10 blev til Éditis SA [(herefter »Éditis«)] den 14. oktober 2003.

20 Den 27. oktober 2003 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Lagardère med fremstilling af de konkurrenceproblemer, som var forårsaget af den anmeldte fusion, og på hvilken Lagardère svarede den 17. november 2003.

21 Som følge heraf forelagde Lagardère den 2. december 2003 Kommissionen en række afhjælpende foranstaltninger i form af tilsagn om genafståelse af målaktiver.

22 [Beslutning 2004/422], som blev vedtaget i medfør af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, anfører:

»Artikel 1

Den anmeldte transaktion som senere ændret med tilsagnspakken af 21. december 2003, efter hvilken Lagardère får enekontrol med VUP[s målaktiver], herefter kaldet Éditis, erklæres forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen [af 2. maj 1992 (EFT 1994 L 1, s. 3)].

Artikel 2

Artikel 1 gælder på betingelse af Lagardères fulde iagttagelse af tilsagnene som anført i bilag II.

Artikel 3

Denne beslutning indebærer en pligt for Lagardère til fuldt ud at iagttage de andre tilsagn som beskrevet i bilag II.«

23 I henhold til stk. 1 i Lagardères tilsagn, der er gengivet i bilag II, er Lagardère forpligtet til at genafstå samtlige Éditis' aktiver (herefter »de genafståede aktiver«) med undtagelse af de aktiver, der er udtømmende anført i stk. 1 (herefter »de bevarede aktiver«).

24 De genafståede aktiver repræsenterer ca. 60 til 70% af VUP's omsætning på verdensplan og 70 til 80% af VUP's omsætning på de forlagsmarkeder for fransksprogede udgivelser, der er berørt af den godkendte fusion […].

25 Stk. 2 i Lagardères tilsagn præciserer, at definitionen på de bevarede aktiver findes i bilag 1 til nævnte tilsagn.

26 I henhold til stk. 3 i tilsagnet forpligter Lagardère sig til at indgå uigenkaldelige aftaler om genafståelse inden for en frist, der er holdt fortrolig, og som løber fra datoen for modtagelsen af den betingede godkendelse, og til at gennemføre den effektive genafståelse inden for en frist, der er holdt fortrolig, og som løber fra tidspunktet for indgåelsen af aftalen.

27 Lagardère rådede over den mulighed at vælge overtageren af de genafståede aktiver ud fra udvalgskriterier som beskrevet i stk. 10 om dets tilsagn med følgende ord:

»For at bevare en effektiv konkurrence på de berørte markeder er den anmeldende part forpligtet til at skride til salg af de afståede aktiver til en eller flere købere, som er uafhængige af den anmeldende part, og som opfylder følgende betingelser:

[…]«

28 Stk. 14 i Lagardères tilsagn præciserer, at valget af køberen eller køberne skal godkendes af Kommissionen, og at anmodningen om godkendelse af de interesserede parter skal indeholde de nødvendige oplysninger for at give Kommissionen mulighed for at undersøge foreneligheden af deres kandidatur med betingelserne i stk. 10 som anført ovenfor i præmis 27.

29 Lagardère skulle udpege en befuldmægtiget, der overholder følgende betingelser som fastsat i stk. 15 i selskabets tilsagn:

»Den anmeldende part udpeger en befuldmægtiget for at udøve hvervene som anført herefter. Den befuldmægtigede skal være uafhængig af Lagardère og af Éditis og besidde de nødvendige kvalifikationer for at udøve sit mandat, f.eks. som rådgivende bank, konsulent eller revisor, og må ikke være udsat for en interessekonflikt. Den befuldmægtigede skal aflønnes af Lagardère efter en ordning, som hverken anfægter den rette gennemførelse af hans mandat eller hans uafhængighed.«

30 Stk. 9 i Lagardères tilsagn foreskriver udpegelse af en forvalter af de særskilte aktiver (»Hold Separate Manager«):

»Den anmeldende part udpeger en [forvalter af de særskilte aktiver], der er ansvarlig for forvaltningen af de afståede aktiver under den befuldmægtigedes kontrol. [Forvalteren af de særskilte aktiver] skal administrere de afståede aktiver på uafhængig vis og som led i den normale virksomheds drift med henblik på at bevare deres økonomiske værdi, omsættelighed, konkurrencedygtighed og uafhængighed i forhold til de bevarede aktiver og Lagardères andre aktiviteter. I det tilfælde, hvor en direktør i et datterselskab til Éditis, som er genstand for salgsaftalen, fratræder, har [forvalteren af de særskilte aktiver] bemyndigelse til at udpege en efterfølger til denne under den befuldmægtigedes kontrol.«

31 Den befuldmægtigedes hverv er defineret på følgende måde i Lagardères tilsagn:

> »20. Den befuldmægtigedes hverv udøves med det formål at sikre opfyldelsen af disse tilsagn. Kommissionen kan tilsende den befuldmægtigede, af egen drift eller på opfordring fra den befuldmægtigede eller den anmeldende part, enhver instruks, der har til formål at sikre opfyldelsen af de foreliggende tilsagn.

[…]«

32 Derudover præciserer stk. 24 i tilsagnene følgende:

»I tilfælde af uenighed imellem Lagardère og Éditis om de nødvendige omstruktureringsforanstaltninger til opfyldelse af disse tilsagn kan den ene eller den anden af parterne informere den befuldmægtigede herom med anbefalet skrivelse, hvoraf kopi vil blive sendt til den anden part. Den befuldmægtigede vil herefter snarest muligt komme med en anbefaling om omfanget af de nødvendige omstruktureringsforanstaltninger efter at have hørt parterne under overholdelse af kontradiktionsprincippet. Den befuldmægtigede sender en rapport til Kommissionen om sin anbefaling. Hvis uenigheden imellem Lagardère og Éditis fortsætter, kan den ene eller den anden af

parterne bede Kommissionen om at fastslå omfanget af de nødvendige omstruktureringsforanstaltninger, efter at den har hørt parterne under overholdelse af kontradiktionsprincippet.«

33 Endelig foreskriver Lagardéres tilsagn som indeholdt i afsnittet »Ændringer i Éditis' selskabsform« følgende:

»30. Efter godkendelse fra Kommissionens side af de nye vedtægter omdanner den anmeldende part Éditis til et aktieselskab i forenklet form. Efter denne omdannelse vil Éditis' selskabsorganer omfatte […] en administrerende direktør, som påtager sig funktionerne som [forvalter af de særskilte aktiver] og et aktionærrepræsentantskab bestående af tre medlemmer […], der repræsenterer den befuldmægtigede som omhandlet i stk. 15 ovenfor, og af to […] repræsentanter for Lagardère.

31. Aktieselskabet i forenklet form vil blive dannet i henhold til følgende principper:

[…]

32. I perioden, der strækker sig fra vedtagelsen af Kommissionens beslutning om godkendelse af den anmeldte transaktion og omdannelsen af Éditis til et aktieselskab i forenklet form, fortsætter Éditis med at blive ledet af de selskabsorganer, der for tiden er på plads, i samarbejde med den befuldmægtigede. I denne periode har Lagardère i sin egenskab af aktionær i Éditis ret til samtlige informationer vedrørende de bevarede aktiver. Når det drejer sig om de afståede aktiver, sikrer den befuldmægtigede sig, at Lagardère meddeles de oplysninger, som er angivet i stk. 31, litra c), ovenfor.«

34 Den 5. februar 2004 godkendte Kommissionen:

— A.K. som forvalter af de særskilte aktiver og forslaget, som definerer hans opgavebeskrivelse som fremsendt den 30. januar 2004

— revisionsfirmaet S. som befuldmægtiget, repræsenteret ved dets formand, B., og forslaget, der definerer dette mandat, som blev fremlagt den 30. januar 2004.

35 Den 9. februar 2004 udnævnte Lagardère revisionsfirmaet S. som befuldmægtiget.

36 Den 25. marts 2004 blev Éditis i overensstemmelse med stk. 30 i Lagardères tilsagn omdannet til et aktieselskab i forenklet form, hvis selskabsorganer fremover omfattede aktionærrepræsentantskabet, bestående af tre repræsentanter for den befuldmægtigede og to repræsentanter fra Lagardère, ud over den administrerende direktør, som udøver funktionerne som forvalter af de særskilte aktiver.

37 Lagardère tog kontakt med flere virksomheder, herunder [Éditions Odile Jacob SAS (herefter »Odile Jacob«)], som kunne tænkes at ville købe de genafståede aktiver.

38 [Odile Jacob] udviste interesse for denne transaktion. Ved telefax af 28. april 2004 sendte denne sit købstilbud til Lagardère.

39 I en meddelelse af 19. maj 2004 meddelte Lagardère, at selskabet var i besiddelse af tilbud om køb fra fem potentielle købere, herunder et tilbud fra [Odile Jacob], og at det indtil den 25. maj 2004 kl. 24 alene ville forhandle med en af disse, [Wendel Investissement].

40 Den 28. maj 2004 nåede Lagardère og [Wendel Investissement] til enighed om et aftaleudkast om køb af de genafståede aktiver.

41 Med skrivelse af 4. juni 2004 anmodede Lagardère Kommissionen om at godkende [Wendel Investissement] som køber af disse aktiver.

42 Den 5. juli 2004 forelagde revisionsfirmaet S. Kommissionen sin sammenfattende rapport, hvis konklusion er, at [Wendel Investissements] kandidatur er foreneligt med de godkendelseskriterier, som er omtalt i stk. 10 i Lagardères tilsagn.

43 Ved [den omtvistede beslutning] godkendte Kommissionen [Wendel Investissement] som køber af de genafståede aktiver efter at have konstateret, at dette selskab opfyldte godkendelseskriterierne som fastsat i stk. 10 i Lagardères tilsagn.

44 Denne beslutning blev vedtaget i henhold til stk. 14 i Lagardères tilsagn og på grundlag af ovennævnte anmodning om godkendelse, udkastet til fusionsaftale, som var bilagt hertil, rapporten fra revisionsfirmaet S., de skriftlige svar fra Lagardère og [Wendel Investissement] på Kommissionens begæring om oplysninger, udleverede oplysninger fra [Wendel Investissement] under et møde med Kommissionens tjenestegrene, såvel som af udveksling af synspunkter om [Wendel Investissements] kandidatur med de fagforeninger, der repræsenterer Éditis' ansatte, og med interesserede tredjeparter.

45 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 8. juli 2004 nedlagde [Odile Jacob] påstand om annullation af [beslutning 2004/422] (sag T-279/04).

46 Med telefax af 27. august 2004 oplyste Kommissionen [Odile Jacob] på dennes anmodning om [den omtvistede beslutning].

47 Overdragelsen til [Wendel Investissement] af ejendomsretten over disse aktiver, kaldet »Nouvel Éditis«, fandt sted den 30. september 2004.«

Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

5 Ved stævning indleveret den 8. november 2004 anlagde Odile Jacob sag med påstand om annullation af den omtvistede beslutning i henhold til artikel 230 EF.

6 Odile Jacob gjorde til støtte for sin påstand fire anbringender gældende, hvorefter Kommissionen for det første havde tilsidesat sin kontrolforpligtelse ved udvælgelse af kandidater til overtagelse af de genafståede aktiver, for det andet havde godkendt Wendel Investissement på grundlag af en rapport udarbejdet af en befuldmægtiget, som ikke var uafhængig af Éditis, Lagardère og Wendel Investissement, for det tredje havde tilsidesat sin begrundelsespligt og for det fjerde havde foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af Wendel Investissements kandidaturs forenelighed med betingelserne for godkendelse af overtageren af de genafståede aktiver som fastsat i stk. 10, litra b), i Lagardères tilsagn.

7 Som svar på det andet anbringende, som den behandlede først, anførte Retten, at Investima 10, senere Éditis, den 20. december 2002 udpegede B., formand for revisionsfirmaet S., til direktionsmedlem som »uafhængig tredjemand«, mens Lagardère derudover den 9. februar 2004 udpegede samme revisionsfirma S. til befuldmægtiget, som i medfør af stk. 21, litra g), i tilsagnene gengivet i bilag II til beslutning 2004/422 havde til opgave at »sikre den korrekte gennemførelse af salget« af de genafståede aktiver. Denne befuldmægtigede modtog i denne egenskab et honorar fra Lagardère.

8 Revisionsfirmaet S. blev således udpeget til befuldmægtiget ifølge stk. 15 i Lagardères tilsagn, og B., der på dette tidspunkt var dets formand, udøvede de funktioner, der var forbundet med dette hverv, selv om han var direktionsmedlem i Investima 10, senere Éditis. B udøvede derudover samtidigt

funktionerne som direktionsmedlem i Éditis og som befuldmægtiget fra den 9. februar 2004, datoen for udnævnelsen af revisionsfirmaet S., til den 25. marts 2004, datoen for omdannelsen af Éditis til aktieselskab i forenklet form.

9 Retten fandt i denne forbindelse, at B. befandt sig i et afhængighedsforhold i forhold til Éditis, som var egnet til at skabe tvivl om den neutralitet, som det påhvilede ham som direktionsmedlem i Investima 10, senere Éditis, at udvise ved udførelsen af hvervet i det revisionsfirma, som han var formand for, og som var blevet udpeget til befuldmægtiget. Hvervet som befuldmægtiget, som bestod i at sikre opfyldelsen af Lagardères forpligtelser på tilfredsstillende måde, herunder overdragelsen af de genafståede aktiver og i forbindelse hermed udarbejdelsen af anbefalinger til de nødvendige omstruktureringsforanstaltninger og af rapporten med oplysning til Kommissionen om disse anbefalinger, var følgelig ikke blevet udført i fuldkommen uafhængighed. B.'s udøvelse af sine funktioner som direktionsmedlem i det selskab, der besad samtlige aktiver i Éditis, kunne have indflydelse på den uafhængighed, som han som formand for revisionsfirmaet S. skulle udvise ved udarbejdelsen af anbefalingerne til de nødvendige omstruktureringsforanstaltninger og af rapporten med oplysning til Kommissionen om disse anbefalinger.

10 Retten anførte, at den havde anmodet revisionsfirmaet S. om i dets egenskab af befuldmægtiget til Kommissionen at udarbejde en rapport om evaluering af Wendel Investissements kandidatur som køber af de genafståede aktiver i lyset af godkendelseskriterierne fastsat i stk. 10 i Lagardères tilsagn vedlagt som bilag til beslutning 2004/422.

11 Retten konkluderede i den appellerede doms præmis 107, at evalueringsrapporten om Wendel Investissements kandidatur var blevet udarbejdet af en befuldmægtiget, som ikke levede op til kravet om uafhængighed i forhold til Éditis, som foreskrevet i stk. 15 i Lagardères tilsagn, nærmere bestemt i bilag II til beslutning 2004/422.

12 Den omtvistede beslutning var imidlertid navnlig baseret på rapporten fra den befuldmægtigede, som ifølge Rettens opfattelse, som udtrykt i den appellerede doms præmis 110, har udøvet »en afgørende indflydelse« på nævnte beslutning.

13 Retten konkluderede derfor i den appellerede doms præmis 118 og 119, at den manglende uafhængighed for den befuldmægtigede, som havde udarbejdet nævnte rapport, udgjorde en ulovlighed, som medførte, at den omtvistede beslutning var ulovlig, og annullerede således denne beslutning uden at undersøge Odile Jacobs andre anbringender til støtte for selskabets påstand om annullation.

Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

14 Ved kendelse af 29. marts 2011 besluttede præsidenten for Domstolen at forene sag C-553/10 P og sag C-554/10 P med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

15 Kommissionen har i sit appelskrift i sag C-553/10 P nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, for så vidt som den annullerer den omtvistede beslutning.

— Der træffes i givet fald endelig afgørelse vedrørende de spørgsmål, der er genstand for nærværende appel, og Kommissionen frifindes for så vidt angår den nedlagte annullationspåstand.

— Odile Jacob tilpligtes at betale sagens omkostninger i begge instanser.

16 Lagardère støtter den af Kommissionen iværksatte appel.

17 Wendel Investissement har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, i det omfang den annullerer den omtvistede beslutning.

— Der træffes i givet fald endelig afgørelse vedrørende de spørgsmål, der er genstand for nærværende appel, og Kommissionen frifindes for den af Odile Jacob nedlagte annullationspåstand.

— Odile Jacob tilpligtes at betale sagens omkostninger.

18 Odile Jacob har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Subsidiært, hvis der gives medhold i appellen, og tvisten findes moden til påkendelse, anulleres den omtvistede beslutning.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19 Lagardère har i sit appelskrift i sag C-554/10 P nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, for så vidt som den annullerer den omtvistede beslutning.

— Frifindelse i den af Odile Jacob anlagte sag ved Retten til prøvelse af denne beslutning.

— Odile Jacob tilpligtes at betale samtlige omkostninger forbundet med denne sags behandling ved førsteinstansen og under appelsagen.

20 Kommissionen og Wendel Investissement har i deres svarskrifter nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, for så vidt som den annullerer den omtvistede beslutning.

— Frifindelse i den af Odile Jacob anlagte sag ved Retten til prøvelse af denne beslutning.

— Odile Jacob tilpligtes at betale samtlige omkostninger forbundet med denne sags behandling ved førsteinstansen og under appelsagen.

21 Odile Jacob har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Subsidiært, hvis der gives medhold i appellen, og tvisten findes moden til påkendelse, anulleres den omtvistede beslutning.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Om appellerne

22 Kommissionen har i dens appel i sag C-553/10 P fremsat tre anbringender. Det første anbringende vedrører en retlig fejl, idet Retten undlod at undersøge konsekvenserne af en eventuel mangel på uafhængighed hos den befuldmægtigede i forhold til Éditis for den befuldmægtigedes hverv i forhold til Wendel Investissement. Med det andet anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, gav indbyrdes modstridende begrundelser og foretog en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, idet den fastslog, at den befuldmægtigedes rapport har haft en afgørende

indflydelse på den omtvistede beslutning. Det tredje anbringende, som vedrører en retlig fejl hvad angår spørgsmålet, om et anbringende er uvirksomt og en tilsidesættelse af begrundelsespligten i denne forbindelse, har to led. Det første led vedrører en retlig fejl, som Retten skulle have begået, idet den annullerede den omtvistede beslutning på grundlag af et anbringende, som skulle have været anset for uvirksomt. Samme anbringendes andet led vedrører en tilsidesættelse af begrundelsespligten, idet Retten undlod at angive de grunde, som den har baseret sig på for at konstatere, at den omtvistede beslutning ville have været en anden, hvis den befuldmægtigede havde været uafhængig.

23 Lagardère har i dets appel i sag C-554/10 P fremsat to anbringender. Det første anbringende vedrører en retlig fejl, som Retten skulle have begået ved i form af en ulovlighedsindsigelse at gøre gældende, at beslutningen om godkendelse af den befuldmægtigede er retsstridig, som grundlag for at annullere den omtvistede beslutning. Med det andet anbringende har Lagardère anført, at Retten begik en retlig fejl ved med urette at fastslå, at den befuldmægtigedes plads i Éditis' direktion som uafhængig tredjemand kunne begrunde annullation af den omtvistede beslutning. Dette anbringende, som har fire led, gengiver i det væsentlige det første anbringende i sag C-553/10 P.

24 For så vidt som de tre første anbringender i sag C-553/10 P og det andet anbringende i sag C-554/10 P overlapper hinanden, skal de behandles sammen.

Om de tre første anbringender i sag C-553/10 P og det andet anbringende i sag C-554/10 P

Parternes argumenter

25 Ifølge Kommissionen begik Retten en retlig fejl, idet den ikke undersøgte, hvordan denne manglende uafhængighed hos den befuldmægtigede kunne påvirke sidstnævntes bedømmelse af Wendel Investissements egnethed som køber af Éditis' aktiver, eller hvorledes denne befuldmægtigede kunne mistænkes for at udarbejde en rapport, som var egnet til at vildlede Kommissionen i forbindelse med vedtagelsen af den omtvistede beslutning. En sådan opfattelse er i strid med Rettens praksis, hvorefter en manglende uafhængighed hos den for evalueringen af en kandidat ansvarlige kun har retlig betydning, såfremt det godtgøres, at denne person i sin bedømmelse har taget hensyn til en anden interesse end den effektive udøvelse af sit hverv. Retten undersøgte ikke, om den befuldmægtigedes utilstrækkelige uafhængighed i forhold til Éditis kunne have konsekvenser for objektiviteten af indholdet af den befuldmægtigedes rapport og derfor for bedømmelsen af Wendel Investissement som køber. Retten anvendte således et uvirksomt anbringende for at annullere den omtvistede beslutning.

26 Kommissionen har anført, at den endelige beslutning om at godkende køberen af de genafstående aktiver inden for rammerne af en fusion altid tilkommer Kommissionen, som ikke udelukkende baserer sig på den befuldmægtigedes rapport, men som indsamler oplysninger på eget initiativ.

27 Wendel Investissement har til støtte for Kommissionen gentaget kritikken af den appellerede dom og fremhævet, at Retten ikke har godtgjort, hvorledes forbindelsen mellem Éditis og den befuldmægtigede har kunnet have indflydelse på indholdet af bedømmelsesrapporten vedrørende Wendel Investissements kandidatur.

28 Ifølge Odile Jacob kan det ikke foreholdes Retten, at den har henvist til den franske lov for at undersøge, om B.'s samtidige udøvelse af funktionen som direktionsmedlem i Éditis og funktionen som befuldmægtiget som formand i revisionsfirmaet S. var forenelig med kriteriet om uafhængighed over for dette selskab, eftersom der kun er tale om en anvendelse af *lex societatis* og af det princip, som bestemmer, hvilken lov der skal anvendes på et selskab, i overensstemmelse med de internationalprivatretlige principper, som navnlig er indeholdt i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 af 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) (EUT L 177, s. 6).

29 Ifølge Lagardère kunne Retten ikke konkludere, at den befuldmægtigede uden videre ikke var uafhængig på grund af B.'s forbindelser med Éditis, men skulle have vurderet, om B.'s selskabsmandat havde forhindret den befuldmægtigede i at udføre sine opgaver på uafhængig og gennemsigtig måde. Der forelå slet ingen interessekonflikt, eftersom det selskabsmandat, der blev udøvet af B., og det hverv, som blev udøvet af den befuldmægtigede, var rettet mod Éditis' uafhængighed og således supplerede hinanden.

30 For så vidt angår omfanget af den befuldmægtigedes manglende uafhængighed er Odile Jacob af den opfattelse, at Kommissionens argument er uvirksomt, eftersom den af Retten konstaterede ulovlighed vedrører tilsidesættelsen af et vigtigt kontraktvilkår, som er gjort bindende ved beslutning 2004/422, hvilket medfører, at hele beslutningsprocessen i forbindelse med det salg, der foreskrives i Lagardères tilsagn, anses for ugyldig.

31 Med sit andet anbringende har Kommissionen gjort gældende, at den appellerede dom er behæftet med en retlig fejl, en begrundelse med indbyrdes modstridende indhold og en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, idet Retten fandt, at den befuldmægtigedes rapport havde haft en afgørende indflydelse på den omtvistede beslutning. Kommissionen har anført, at Retten med denne konklusion undlod at tage hensyn til opgavefordelingen mellem Kommissionen og den befuldmægtigede. Det tilkommer således udelukkende Kommissionen at træffe afgørelse om godkendelsen af en køberkandidat. Selv om Kommissionen tager hensyn til bedømmelsen indeholdt i en befuldmægtigets rapport med henblik på udarbejdelsen af dens endelige beslutning, er Kommissionen i intet tilfælde bundet af den befuldmægtigedes synspunkter, som ikke kan træde i stedet for Kommissionens egen vurdering. Kommissionen har fortsat pligt til at foranstalte den nødvendige undersøgelse og at indsamle oplysninger på eget initiativ ved hjælp af sine egne tjenestegrene og forskellige anmodninger om oplysninger tilstillet de omhandlede virksomheder, i dette tilfælde Lagardère og Wendel Investissement.

32 Det kan ikke af visse ligheder mellem den befuldmægtigedes rapport og den omtvistede beslutning udledes, at den omhandlede rapport har haft en »afgørende indflydelse« på nævnte beslutning, som Retten anførte i den appellerede doms præmis 110. Ifølge Kommissionen er der alene tale om gengivelse af objektive elementer, som kan kontrolleres, og som ikke indeholder subjektive vurderinger.

33 Wendel Investissement er enig i Kommissionens argumentation.

34 Odile Jacob er af den opfattelse, at Retten ikke har lagt en urigtig bedømmelse af opgavefordelingen mellem Kommissionen og den befuldmægtigede til grund. Den manglende uafhængighed hos den godkendte befuldmægtigede har bevirket, at hele beslutningsprocessen er ulovlig. Kommissionen har reelt taget hensyn til den befuldmægtigedes rapport i den omtvistede beslutning.

35 I forbindelse med en sammenlignende undersøgelse i den appellerede doms præmis 112-116 af den befuldmægtigedes rapport og den omtvistede beslutning i lyset af de fire betingelser, som følger af stk. 10 i Lagardères tilsagn med hensyn til egenskaberne for kandidaten til købet af de genafståede aktiver, anførte Retten med rette, at Kommissionens vurderinger var identiske med vurderingerne indeholdt i den befuldmægtigedes rapport. Det er således Odile Jacobs opfattelse, at det var med rette, at Retten fandt, at denne rapport har udøvet en afgørende indflydelse på den omtvistede beslutning.

36 Hvad angår det tredje anbringende i sag C-553/10 P har Odile Jacob anført, at den befuldmægtigedes manglende uafhængighed ikke blot er en simpel uregelmæssighed, men en tilsidesættelse af væsentlige formkrav i den administrative procedure, som bør bevirke en annullation af den omtvistede beslutning, uden at det er nødvendigt at godtgøre, at denne beslutning kunne have haft et andet indhold, hvis denne uregelmæssighed ikke forelå. Betingelsen om den befuldmægtigedes uafhængighed er en grundæggende betingelse, som er indeholdt i Lagardères tilsagn, som beslutning 2004/422 har gjort bindende. Kravet om den befuldmægtigedes uafhængighed skal kontrolleres ikke ex post, men

derimod ex ante, for at det undgås at kontrollere de subjektive begrundelser, som kan lede den befuldmægtigede ved udførelsen af sit hverv, som det fremgår af Kommissionens henstilling af 16. maj 2002 med titlen »Revisorers uafhængighed i EU: Grundlæggende principper« (EFT L 191, s. 22). Dette krav om uafhængighed slutter sig til kravet om, at retsinstanserne skal være uafhængige og forekomme uafhængige.

Domstolens bemærkninger

37 Appellanterne har i det væsentlige gjort gældende, at Retten begik adskillige retlige fejl ved at undlade at analysere konsekvenserne af den befuldmægtigedes eventuelle manglende uafhængighed i forhold til Éditis for vurderingen af Wendel Investissements kandidatur som køber af Éditis' aktiver, og har bestridt, at den befuldmægtigedes rapport kunne vildlede Kommissionen i forbindelse med dens opgave om at vurdere Wendel Investissements kandidatur for at godkende selskabet som køber af de genafståede aktiver.

38 I henhold til artikel 1 i beslutning 2004/422 blev den anmeldte fusion, hvorved Lagardère opnår enekontrol over VUP's, herefter kaldet Éditis, målaktiver erklæret forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen, med forbehold for Lagardères opfyldelse af de tilsagn, der nævnt i bilag II til nævnte beslutning.

39 I henhold til stk. 15 og 21 i bilag II til beslutning 2004/422 udpeger den anmeldende part en befuldmægtiget, som skal udføre de særlige og generelle hverv, som han betros, herunder navnlig for at sikre opfyldelsen af Lagardères tilsagn på tilfredsstillende måde, såvel som at sikre sig, at de genafståede aktiver placeres og forvaltes af en særskilt enhed samt adskilt og uafhængigt af de bevarede aktiver og Lagardères andre aktiviteter indtil tidspunktet for det faktiske salg af de afståede aktiver

40 I tilfælde af uenighed imellem Lagardère og Éditis om de nødvendige omstruktureringsforanstaltninger til opfyldelse af disse tilsagn kan den ene eller den anden af parterne informere den befuldmægtigede herom. Den befuldmægtigede kommer med en anbefaling om omfanget af disse foranstaltninger i henhold til stk. 24 i disse tilsagn. Den befuldmægtigede orienterer Kommissionen, som selv kan fastslå omfanget af de nødvendige omstruktureringsforanstaltninger.

41 Med henblik på udførelsen af disse hverv præciseres det i stk. 15 i de nævnte tilsagn, bl.a. at den befuldmægtigede skal være uafhængig af Lagardère og Éditis og ikke må være udsat for en interessekonflikt. Den befuldmægtigede aflønnes af Lagardère efter en ordning, som hverken anfægter den rette gennemførelse af hans mandat eller hans uafhængighed.

42 Denne uafhængighed er en del af de tilsagn, som Lagardère har underskrevet, og som fuldt ud skal overholdes. Denne uafhængighed er blevet fastsat ex ante og omfatter samtlige den befuldmægtigedes aktiviteter.

43 Det fremgår af den appellerede doms præmis 85 og 87, at B., formand for revisionsfirmaet S., den 20. december 2002 blev udnævnt til direktionsmedlem i Investima 10, nu Éditis, og at revisionsfirmaet S. den 9. februar 2004 blev udpeget til befuldmægtiget. I den appellerede doms præmis 89 konstateredes det, at B. på en og samme tid udøvede funktionerne som direktionsmedlem i Éditis og som befuldmægtiget fra den 9. februar 2004 til den 25. marts 2004, datoen for omdannelsen af Éditis til aktieselskab i forenklet form. Efter omdannelsen af Éditis opretholdt B. sine tætte forbindelser med Éditis, henset til, at den befuldmægtigede have tre repræsentanter i selskabets aktionærrepræsentantskab.

44 Under disse betingelser var det med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 104 konkluderede, at B.'s udøvelse af funktionerne som direktionsmedlem i Investima 10, senere Éditis, kunne påvirke den befuldmægtigedes uafhængighed, og at denne situation ikke tillod, at det sikredes, at udøvelsen af opgaverne for den uafhængige befuldmægtigede skete i fuld uafhængighed, således som krævet i stk. 15 i Lagardéres tilsagn.

45 Det var ligeledes med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 107 fastslog, at evalueringsrapporten om Wendel Investissements kandidatur som køber af de genafståede aktiver var blevet udarbejdet af en befuldmægtiget, som ikke levede op til kravet om uafhængighed i forhold til Éditis.

46 Kommissionen har ikke bestridt Rettens konstateringer vedrørende den befuldmægtigedes manglende uafhængighed med den begrundelse, at der er tale om et faktuelt spørgsmål. Derimod har Kommissionen foreholdt Retten at have undladt at undersøge, om denne manglende uafhængighed konkret har haft indflydelse på den omtvistede beslutning, eller om den omtvistede beslutning uden denne uregelmæssighed ville have haft et andet indhold. Ifølge Kommissionen har den befuldmægtigedes situation ikke påvirket objektiviteten af den bedømmelse, som han har formuleret i sin rapport om køberen af Éditis' aktiver, og hermed lovligheden af den omtvistede beslutning.

47 Kommissionens argument må forkastes.

48 I den foreliggende sag har den befuldmægtigede, som har til opgave at sikre »opfyldelsen« af den anmeldende parts tilsagn »på tilfredsstillende måde«, opfyldt de funktioner, som han indirekte var betroet af Kommissionen. Der er tale om funktioner, som Kommissionen selv ville have kunne udøvet, hvis den havde rådet over tilstrækkeligt personale.

49 Dette fremgår klart af punkt 52, 53, 55 og 56 i meddelelse fra Kommissionen om løsninger, der er acceptable i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 og Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 (EFT 2001 C 68, s. 3). Navnlig bestemmer denne meddelelses punkt 56, at »[a]dministratoren varetager bestemte opgaver for på Kommissionens vegne at sikre, at tilsagnene overholdes i god tro«.

50 Det bemærkes, at stk. 15 i tilsagnet pålagde Lagardère at udpege en befuldmægtiget, som bl.a. skulle »være uafhængig af Lagardère og Éditis«.

51 Det er således ubestridt, at en sådan befuldmægtiget først og fremmest skal være uafhængig af parterne og desuden optræde uafhængigt i forhold til disse, således at manglende uafhængighed udgør en tilstrækkelig omstændighed til, at en beslutning fra Kommissionen, således som den omtvistede beslutning, annulleres. Spørgsmålet, om denne befuldmægtigede har optrådt uafhængigt, opstår kun, hvis det først er blevet konstateret, at denne reelt var uafhængig af parterne.

52 Eftersom Retten med rette konstaterede, at den befuldmægtigede ikke var uafhængig af parterne, havde den ikke pligt til at undersøge, om denne befuldmægtigede konkret har optrådt på en måde, som viser denne manglende uafhængighed.

53 Det følger af det foregående, at Retten ikke begik en retlig fejl ved at annullere den omtvistede beslutning på grund af den befuldmægtigedes manglende uafhængighed. Kommissionens tre anbringender såvel som Lagardères andet anbringende er derfor ugrundede og skal forkastes.

Om det første anbringende i sag C-554/10 P om ulovlighedsindsigelsen

Parternes argumenter

54 Lagardère har anført, at Retten ikke kunne basere sig på ulovligheden af beslutningen om godkendelse af den befuldmægtigede for at erklære den omtvistede beslutning ulovlig, i det omfang ulovlighedsindsigelsen ikke kan påberåbes, når der er tale om to individuelle beslutninger. Eftersom Odile Jacob ikke har anlagt sag til prøvelse af beslutningen om godkendelse af den befuldmægtigede inden for de fastsatte søgsmålsfrister, kan selskabet til støtte for dets påstand om annullation af den omtvistede beslutning ikke gøre gældende, at denne beslutning om godkendelse er ulovlig, eftersom denne er blevet endelig i forhold til dette selskab.

55 Ifølge Lagardère og Wendel Investissement resulterer det af Retten anlagte ræsonnement i, at ulovligheden af beslutningen om at godkende den befuldmægtigede, hvilken er en individuel beslutning, påberåbes i form af en indsigelse. Retten foretog ikke en direkte undersøgelse af de begrundelser, som havde resulteret i den omtvistede beslutning, men undersøgte dem, som havde resulteret i udpegelsen af den befuldmægtigede, som den omtvistede beslutning fokuserer på.

56 Lagardère har anført, at beslutningen om godkendelse af den befuldmægtigede blev meddelt parterne den 15. februar 2005, som er den dato, hvorfra beslutningen blev bebyrdende for Odile Jacob og udgjorde en anfægtelig retsakt i henhold til artikel 263 TEUF. Denne beslutning skulle have været anfægtet inden for de fastsatte søgsmålsfrister ved et søgsmål, som er særskilt fra søgsmålet anlagt til prøvelse af den omtvistede beslutning. Retten kunne følgelig ikke gyldigt henvise til ulovligheden af udpegelsen af den befuldmægtigede for at annullere den omtvistede beslutning.

57 Odile Jacob har bestridt Lagardères og Wendel Investissements argumenter og anført, at beslutningen om at godkende den befuldmægtigede ikke skal anses for en enkeltstående beslutning, men som en beslutning, som er en del af en række retsakter, som har resulteret i vedtagelsen af den omtvistede beslutning.

58 Odile Jacob har endvidere anført, at selskabet ikke var adressaten som omhandlet i artikel 263 TEUF og retspraksis for beslutningen om godkendelse af den befuldmægtigede, og at det derfor havde været vanskeligt for selskabet at anfægte beslutningen ved et særskilt søgsmål.

Domstolens bemærkninger

59 Det bemærkes, at beslutningen om godkendelse af den befuldmægtigede først blev meddelt Odile Jacob den 17. februar 2005.

60 Odile Jacob anlagde den 8. november 2004 søgsmål for Retten med påstand om annullation af den omtvistede beslutning, idet selskabet også anfægtede betingelserne for godkendelse af den befuldmægtigede. Det bemærkes, at Odile Jacob på dette tidspunkt endnu ikke var blevet meddelt beslutningen om godkendelse af den befuldmægtigede. Selskabet kan således ikke foreholdes, at det i sin stævning rettet mod den omtvistede beslutning rejste tvivl om lovligheden af beslutningen om godkendelse af den befuldmægtigede uden først at have fremsat krav om annullation heraf, selv om nævnte beslutning var en del af den samme række af retsakter som den omtvistede beslutning.

61 Det ville være udtryk for en overflødig og unødvendig formalisme at opstille et krav om, at Odile Jacob skal anlægge et særskilt søgsmål for at anfægte en individuel beslutning, som selskabet er blevet meddelt efter anlæggelsen af dets principale søgsmål, og som er en del af en række retsakter, som under alle omstændigheder anfægtes under det principale søgsmål.

62 Følgelig bør dette anbringende forkastes.

63 Eftersom ingen af de af appellanterne fremsatte anbringender kan tages til følge, skal appellerne i sagerne C-553/10 P og C-554/10 P forkastes.

Sagens omkostninger

64 Procesreglementets artikel 184, stk. 2, bestemmer, at såfremt der ikke gives appellanten medhold, træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger. I medfør af procesreglementets artikel 138, stk. 1 og 2, som i henhold til dets artikel 184, stk. 1, og artikel 190, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen og Lagardère har tabt sagen, og Odile Jacob har nedlagt påstand om, at appellanterne bør betale sagens omkostninger, bør det pålægges disse, ud over at bære deres egne omkostninger, at betale de af Odile Jacob afholdte omkostninger i appelsagerne.

65 Da Odile Jacob ikke har nedlagt påstand om, at Wendel Investissement tilpligtes at betale sagens omkostninger, bør Wendel Investissement blot bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

1) Appellerne forkastes.

2) Europa-Kommissionen og Lagardère SCA bærer deres egne omkostninger og betaler de omkostninger, der er afholdt af Éditions Odile Jacob SAS.

3) Wendel Investissement SA bærer sine egne omkostninger.

Underskrifter