Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 6 de noviembre de 2012 *

«Recurso de casación — Operación de concentración de empresas en el mercado editorial de libros — Anulación de la decisión relativa a la aceptación de una empresa de inversión como adquirente de los activos retrocedidos — Alcance de la eventual falta de independencia del mandatario»

En los asuntos acumulados C-553/10 P y C-554/10 P,

que tienen por objeto sendos recursos de casación interpuestos, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 24 de noviembre de 2010,

Comisión Europea, representada por la Sra. O. Beynet y por los Sres. A. Bouquet y S. Noë, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte recurrente,

y en el que las otras partes en el procedimiento son:

Éditions Odile Jacob SAS, con domicilio social en París, representada por Mes O. Fréget, M. Struys y L. Eskenazi, avocats,

parte demandante en primera instancia,

Wendel Investissement SA, con domicilio social en París, representada por Mes M. Trabucchi, F. Gordon y C. Baldon, avocats,

Lagardère SCA, con domicilio social en París, representada por Mes A. Winckler, F. de Bure y J.-B. Pinçon, avocats,

partes coadyuvantes en primera instancia,

y

Lagardère SCA, con domicilio social en París, representada por Mes A. Winckler, F. de Bure y J.-B. Pinçon, avocats,

parte recurrente,

* Lengua de procedimiento: francés.

y en el que las otras partes en el procedimiento son:

Éditions Odile Jacob SAS, con domicilio social en París, representada por Mes O. Fréget, M. Struys y L. Eskenazi, avocats,

parte demandante en primera instancia,

Comisión Europea, representada por la Sra. O. Beynet y por los Sres. A. Bouquet y S. Noë, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada en primera instancia,

Wendel Investissement SA, con domicilio social en París, representada por Mes M. Trabucchi, F. Gordon y C. Baldon, avocats,

parte coadyuvante en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, el Sr. K. Lenaerts, Vicepresidente, el Sr. A. Tizzano, la Sra. R. Silva de Lapuerta, el Sr. A. Rosas, la Sra. M. Berger y el Sr. E. Jarašiūnas, Presidentes de Sala, y los Sres. E. Juhász (Ponente) y J.C. Bonichot, la Sra. A. Prechal y el Sr. C. G. Fernlund, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mazák;

Secretaria: Sra. R. Şereş, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 13 de diciembre de 2011;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 27 de marzo de 2012;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante sus recursos de casación respectivos, la Comisión Europea y Lagardère SCA (en lo sucesivo, «Lagardère») solicitan que se anule la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2010, Éditions Jacob/Comisión (T-452/04, Rec. p. II-4713; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), que anuló la Decisión (2004)D/203365 de la Comisión, de 30 de julio de 2004, relativa a la aceptación de Wendel Investissement SA como adquirente de los activos retrocedidos 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 COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (DO L 125, p. 54; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

2 Mediante la Decisión controvertida, la Comisión decidió aceptar a Wendel Investissement SA (en lo sucesivo, «Wendel Investissement») como adquirente de los activos retrocedidos, con arreglo al apartado 14 de los compromisos adjuntos a la Decisión 2004/422, publicada en forma de resumen en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 28 de abril de 2004, adoptada en virtud del artículo 8, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1, y corrección de errores

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, y corrección de errores DO 1998, L40, p. 17) (en lo sucesivo, «Reglamento nº 4064/89»), en el asunto COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP.

3 Ambos asuntos acumulados forman parte de una serie de recursos interpuestos por los distintos actores de la venta de los activos editoriales poseídos en Europa por Vivendi Universal Publishing SA (en lo sucesivo, «VUP»), que fueron cedidos a Lagardère y a Wendel Investissement, entre los que se encuentran el asunto que dio lugar a la sentencia de 28 de junio de 2012, Comisión/Éditions Odile Jacob (C-404/10 P), relativo al acceso a la documentación durante dicho procedimiento de concentración, y el asunto que dio lugar a la sentencia dictada en este mismo día, Éditions Odile Jacob/Comisión (C-551/10 P), relativo a la regularidad de la propia operación de concentración.

Antecedentes del litigio

4 Los hechos que originaron el litigio, tal como se exponen en los apartados 1 a 47 de la sentencia recurrida, son los siguientes:

«1 El 25 de septiembre de 2002, Vivendi Universal SA […] decidió ceder los activos editoriales que su filial [VUP] poseía en Europa.

2 [Lagardère] [manifestó su interés en la] adquisición de dichos activos, constituidos por participaciones y por activos de dirección de VUP (en lo sucesivo, "activos en cuestión").

[…]

8 El 29 de octubre de 2002, [Vivendi Universal SA] aprobó la cesión de los activos en cuestión a Lagardère.

9 El 3 de diciembre de 2002, Investima 10 SAS [(en lo sucesivo, "Investima 10")], filial al 100 % de Ecrinvest 4 SA [(en lo sucesivo, "Ecrinvest 4")], a su vez filial al 100 % de Segex Sarl [(en lo sucesivo, "Segex")], controlada al 100 % por [Natexis Banques Populaire SA (en lo sucesivo, "NBP")], firmó en favor de VUP una promesa de adquisición de los activos en cuestión.

10 El mismo día, Segex y Ecrinvest 4 concluyeron con Lagardère un contrato de cesión [...] que permitía a Lagardère (a través de Ecrinvest 4), previa autorización por la Comisión de la operación de concentración pretendida, adquirir la totalidad del capital de Investima 10, poseedora de los activos en cuestión siempre que VUP [pidiera el cumplimiento de] la promesa de adquisición mencionada. Lagardère había abonado con carácter previo el precio de adquisición de dichos títulos a Segex, titular de la totalidad de las acciones que componían el capital de Ecrinvest 4.

11 El 20 de diciembre de 2002, VUP [pidió el cumplimiento de la] promesa de adquisición de Investima 10 y en el mismo día ésta concluyó con VUP el contrato de adquisición de los activos en cuestión.

12 El mismo día, NBP publicó el siguiente comunicado de prensa:

"NBP adquiere la totalidad de los activos cedidos con el propósito de revenderlos [a Lagardère] en cuanto las autoridades de defensa de la competencia den su autorización.

A partir de este día, Investima 10, participada indirectamente al 100 % por NBP, poseerá los activos de VUP.

Dicha sociedad anónima provista de comité ejecutivo y consejo de vigilancia pasa a ser la sociedad matriz de las sociedades que componen el conjunto de activos cedidos.

[…]"

[…]

14 El 20 de diciembre de 2002, se constituyó el comité ejecutivo de Investima 10 y B., presidente del gabinete S., fue nombrado miembro del comité ejecutivo en calidad de "tercero independiente", en el sentido del artículo 4, apartado 1, inciso ii), letra e), del contrato de cesión [concluido por Segex y Ecrinvest 4 con Lagardère].

15 El artículo 2, apartado 2, del contrato suscrito el 19 de diciembre de 2002 por Ecrinvest 4 y el gabinete S. especifica, en su primer párrafo, que, en el marco de su mandato social, B. actuará en el interés de Investima 10 y de los activos en cuestión y, más en particular, en aras de mantener su viabilidad, su valor económico y su competitividad.

[…]

17 El 14 de abril de 2003, Lagardère procedió, con arreglo al artículo 4, apartado 1, del Reglamento [nº 4064/89], a notificar a la Comisión su proyecto de adquisición de los activos de VUP en cuestión.

18 Mediante Decisión de 5 de junio de 2003, la Comisión, tras constatar que el proyecto de concentración notificado planteaba serias dudas acerca de su compatibilidad con el mercado común, incoó el procedimiento de examen detallado de dicha operación, sobre la base del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 4064/89.

19 De los escritos de las partes se desprende que el 14 de octubre de 2003 Investima 10 se convirtió en Éditis SA [(en lo sucesivo, "Éditis")].

20 El 27 de octubre de 2003, la Comisión envió a Lagardère un pliego de cargos que exponía los problemas de competencia planteados por la operación de concentración notificada, al que Lagardère respondió el 17 de noviembre siguiente.

21 En consecuencia, el 2 de diciembre de 2003, Lagardère presentó a la Comisión una serie de medidas correctoras que revestían la forma de compromisos de retrocesión de los activos en cuestión.

22 La Decisión [2004/422], adoptada en virtud del artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89, establece:

"Artículo 1

La operación notificada, modificada por el paquete de compromisos de 21 de diciembre de 2003, mediante la que Lagardère adquiere el control exclusivo de los [activos en cuestión] de VUP, en lo sucesivo denominada Éditis, se declara compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, [de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3)].

Artículo 2

El artículo 1 se aplicará a condición de que Lagardère respete íntegramente los compromisos mencionados [en] el anexo II.

Artículo 3

La presente Decisión va acompañada de la carga de que Lagardère respete plenamente los otros compromisos descritos en el anexo II."

23 En virtud del apartado 1 de sus compromisos que figuran en el anexo II, Lagardère se obligó a retroceder la totalidad de los activos de Éditis (en lo sucesivo, "activos retrocedidos") con exclusión de los activos que de manera taxativa se enumeran en dicho apartado (en lo sucesivo, "activos conservados").

24 Los activos retrocedidos representaban aproximadamente entre el 60 y el 70 % del volumen mundial de negocios de VUP y entre el 70 y el 80 % del volumen de negocios realizado por VUP en los mercados de edición francófona afectados por la operación de concentración autorizada […].

25 El apartado 2 de los compromisos de Lagardère aclara que los activos conservados aparecen detallados en el anexo 1 de dichos compromisos.

26 En virtud del apartado 3 de estos últimos, Lagardère se compromete a concluir acuerdos irrevocables de retrocesión en un plazo, mantenido confidencial, a partir de la fecha de recepción de la decisión de autorización condicional y a proceder a la retrocesión efectiva en un plazo, mantenido confidencial, a partir de la conclusión del acuerdo.

27 Lagardère disponía de la facultad de seleccionar al adquirente de los activos retrocedidos, con arreglo a los criterios que se definen del siguiente modo en el apartado 10 de sus compromisos:

"Con el fin de preservar una competencia efectiva en los mercados afectados, la parte notificante se compromete a transmitir los activos cedidos a uno o más cesionarios independientes de la parte notificante y que cumplan los siguientes requisitos:

[…]"

28 El apartado 14 de los compromisos de Lagardère establece que la elección del o de los cesionarios se someterá a la aceptación de la Comisión y que la solicitud de aceptación de los interesados incluirá la información necesaria para que la Comisión pueda comprobar que su candidatura cumple los requisitos establecidos en el apartado 10 mencionado en el apartado 27 *supra*.

29 Lagardère debía nombrar a un mandatario que reuniera los requisitos establecidos en los siguientes términos por el apartado 15 de sus compromisos:

"La parte notificante nombrará a un mandatario para que lleve a cabo las funciones que a continuación se definen. El mandatario deberá ser independiente de Lagardère y de Éditis, poseer las cualificaciones necesarias para cumplir su mandato, por ejemplo en su condición de banco asesor, de consultor o de auditor, y no incurrir en conflicto de intereses. Lagardère remunerará al mandatario en un modo que no perjudique la buena ejecución de su mandato ni su independencia."

30 El apartado 9 de los compromisos de Lagardère establece en los siguientes términos el nombramiento de un gestor de los elementos del activo separado ("Hold Separate Manager"):

"La parte notificante nombrará a un [gestor de los elementos del activo separado] responsable de la gestión de los activos cedidos, bajo el control del mandatario. El [gestor de los elementos del activo separado] deberá gestionar los activos cedidos de modo independiente y en el marco normal de los negocios, en aras de garantizar la preservación de su viabilidad económica, su carácter negociable, su competitividad y su autonomía en relación con los activos conservados y con el resto de actividades de

Lagardère. En el supuesto en que un dirigente social de una filial de Éditis que sea objeto del compromiso de cesión cesara en sus funciones, el [gestor de los elementos del activo separado] estará facultado para nombrar a su sucesor, bajo el control del mandatario."

31 Los compromisos de Lagardère definen en los siguientes términos la función del mandatario:

"20. La intervención del mandatario tendrá por objeto garantizar el cumplimiento de los presentes compromisos. La Comisión enviará al mandatario, de oficio o previa solicitud del mandatario o de la parte notificante, toda instrucción dirigida a garantizar que se cumplan los presentes compromisos.

[…]"

32 Además, el apartado 24 de los compromisos establece lo siguiente:

"En caso de discrepancia entre Lagardère y Éditis acerca de las medidas de reestructuración necesarias para la realización de los presentes compromisos, cualquiera de las partes podrá informar al mandatario mediante correo certificado cuya copia deberá enviarse a la otra parte. El mandatario hará entonces una recomendación, con la mayor brevedad, tras escuchar a las partes respetando el principio de contradicción, sobre el alcance de las medidas de reestructuración necesarias. El mandatario enviará a la Comisión un informe relativo a su recomendación. Si persiste la discrepancia entre Lagardère y Éditis, cualquiera de las partes podrá solicitar a la Comisión que establezca, tras escuchar a las partes respetando el principio de contradicción, el alcance de las medidas de reestructuración necesarias."

33 Por último, los compromisos de Lagardère incluidos en la sección "Modificación de la forma social de Éditis" disponen:

"30. Tras la aprobación de los nuevos estatutos por parte de la Comisión, la parte notificante convertirá Éditis en sociedad por acciones simplificada (société par actions simplifiée). Después de dicha transformación, los órganos sociales de Éditis incluirán […] un presidente-director general, que asumirá las funciones de [gestor de los elementos del activo separado] y […] un comité de accionistas compuesto por tres […] representantes del mandatario al que se refiere el apartado 15 anterior y por dos […] representantes de Lagardère.

31. La sociedad por acciones simplificada se organizará de conformidad con los principios siguientes:

[…]

32. Durante el período comprendido entre la adopción por parte de la Comisión de una decisión por la que se autorice la operación notificada y la transformación de Éditis en sociedad por acciones simplificada, Éditis continuará siendo dirigida por los órganos sociales existentes en la actualidad, en coordinación con el mandatario. Durante ese período, Lagardère, en su condición de accionista de Éditis, tendrá derecho al conjunto de la información relativa a los activos conservados. Respecto de los activos cedidos, el mandatario garantizará que se comunique a Lagardère la información contemplada en el apartado 31, letra c), anterior."

34 El 5 de febrero de 2004, la Comisión:

— 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;

— aceptó que el gabinete S., representado por su presidente, B., fuera el mandatario, y aprobó el proyecto que definía su mandato, presentado el 30 de enero de 2004.

35 El 9 de febrero de 2004, Lagardère nombró mandatario al gabinete S.

36 El 25 de marzo de 2004, Éditis se transformó, en aplicación del apartado 30 de los compromisos de Lagardère, en sociedad por acciones simplificada, cuyos órganos sociales pasarían a comprender, junto al presidente-director general ejerciendo las funciones de gestor de los elementos del activo separado, el comité de accionistas compuesto por tres representantes del mandatario y por dos representantes de Lagardère.

37 Lagardère mantuvo contactos con diversas empresas, entre ellas [Éditions Odile Jacob SAS (en lo sucesivo, "Odile Jacob")], que podían adquirir los activos retrocedidos.

38 [Odile Jacob] manifestó su interés en dicha operación. Mediante fax de 28 de abril de 2004, comunicó su oferta de compra a Lagardère.

39 En un comunicado de 19 de mayo de 2004, Lagardère anunció que había seleccionado las ofertas de compra de cinco adquirentes potenciales, entre las que figuraba la de [Odile Jacob], y que daba una exclusividad hasta la medianoche del 25 de mayo de 2004 a uno de ellos, [Wendel Investissement].

40 El 28 de mayo de 2004, Lagardère y [Wendel Investissement] alcanzaron un proyecto de acuerdo de compra de los activos retrocedidos.

41 Mediante escrito de 4 de junio de 2004, Lagardère solicitó a la Comisión que autorizara a [Wendel Investissement] como adquirente de dichos activos.

42 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 Investissement] cumplía los criterios de aceptación definidos en el apartado 10 de los compromisos de Lagardère.

43 Mediante [la Decisión controvertida], la Comisión aceptó a [Wendel Investissement] como adquirente de los activos retrocedidos, tras constatar que reunía los criterios de aceptación establecidos en el apartado 10 de los compromisos de Lagardère.

44 Dicha Decisión se adoptó con arreglo al apartado 14 de los compromisos de Lagardère y sobre la base de la solicitud de aceptación mencionada, del proyecto de acuerdo de cesión adjunto a la misma, del informe del gabinete S., de las respuestas escritas de Lagardère y de [Wendel Investissement] a una solicitud de información de la Comisión, de la información facilitada por [Wendel Investissement] en el transcurso de una reunión con los servicios de la Comisión, y de un intercambio de puntos de vista acerca de la candidatura de [Wendel Investissement] con los órganos representantes del personal de Éditis y de los terceros interesados.

45 Mediante escrito de demanda presentado en la Secretaría del Tribunal el 8 de julio de 2004, [Odile Jacob] interpuso un recurso de anulación contra la Decisión [2004/422] (asunto T-279/04).

46 Mediante fax de 27 de agosto de 2004, la Comisión comunicó a [Odile Jacob], a petición de ésta, la Decisión [controvertida].

47 La transmisión a [Wendel Investissement] de la propiedad de esos activos, denominados "Nouvel Éditis", se produjo el 30 de septiembre de 2004.»

Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida

5 Mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2004, Odile Jacob interpuso un recurso por el que solicitaba la anulación de la Decisión controvertida, basándose en el artículo 230 CE.

6 Odile Jacob formulaba cuatro motivos, basados respectivamente en que la Comisión, en primer lugar, incumplió su obligación de control de la selección de los candidatos a adquirir los activos retrocedidos, en segundo lugar, aceptó a Wendel Investissement sobre la base de un informe elaborado por un mandatario no independiente de Éditis, de Lagardère y de Wendel Investissement, 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 Investissement con los requisitos de aceptación del adquirente de los activos retrocedidos, definidos por el apartado 10, letra b), de los compromisos de Lagardère.

7 En respuesta al segundo motivo, que examinó con carácter previo, el Tribunal General señaló que Investima 10, convertida en Éditis, designó, el 20 de diciembre de 2002, a B., presidente del gabinete S., en calidad de miembro de su comité ejecutivo, como tercero independiente, mientras que, por otro lado, Lagardère designó el 9 de febrero de 2004 al mismo gabinete S. como mandatario encargado, en virtud del apartado 21, letra g), de los compromisos recogidos en el anexo II de la Decisión 2004/422, de «velar por la ejecución satisfactoria» de la cesión de los activos retrocedidos. Dicho mandatario fue remunerado en esa condición por Lagardère.

8 De este modo, el gabinete S. fue designado mandatario, en el sentido del apartado 15 de los compromisos de Lagardère, y B., su presidente en aquella fecha, ejerció las funciones inherentes a dicho mandato, mientras que era miembro del comité ejecutivo de Investima 10, convertida en Éditis. Además, desde el 9 de febrero de 2004, fecha en la que se designó al gabinete S., hasta el 25 de marzo de 2004, fecha en que Éditis se convirtió en una sociedad por acciones simplificada, B. desempeñó simultáneamente las funciones de miembro del comité ejecutivo de Éditis y las de mandatario.

9 En esas circunstancias, el Tribunal General consideró que B. se encontraba en una situación de dependencia respecto de Éditis, que podía suscitar dudas acerca de la neutralidad que dicha persona, en su condición de miembro del comité ejecutivo de Investima 10, convertida en Éditis, debía demostrar en el ejercicio de la misión del gabinete cuya presidencia ejercía y que había sido designado mandatario. En consecuencia, la función de mandatario, que consistía en velar por la ejecución satisfactoria de los compromisos de Lagardère, entre los que figuraba la cesión de los activos retrocedidos, y, en dicha condición, formular recomendaciones de medidas de reestructuración necesarias y elaborar un informe dirigido a la Comisión acerca de tales recomendaciones, no fue llevada a cabo con total independencia. El ejercicio por B. de las funciones de miembro del comité ejecutivo de la sociedad poseedora de la totalidad de los activos de Éditis podía afectar a la independencia que debía mostrar B., en su condición de presidente del gabinete S., en la elaboración de la recomendación de medidas de reestructuración necesarias y del informe destinado a comunicar a la Comisión dichas recomendaciones.

10 El Tribunal General señaló que se había solicitado al gabinete S., en su condición de mandatario, que presentara a la Comisión un informe en el que valorara la candidatura de Wendel Investissement como adquirente de los activos retrocedidos, sobre la base de los criterios de aceptación establecidos por el apartado 10 de los compromisos de Lagardère adjuntos a la Decisión 2004/422.

11 El Tribunal General apreció, en el apartado 107 de la sentencia recurrida, que dicho informe de evaluación de la candidatura de Wendel Investissement había sido elaborado por un mandatario que no cumplía el requisito de independencia, respecto de Éditis, que exige el apartado 15 de los compromisos de Lagardère definidos en el anexo II de la Decisión 2004/422.

12 Pues bien, la Decisión controvertida se basó, en particular, en el informe del mandatario que, según la opinión del Tribunal General recogida en el apartado 110 de la sentencia recurrida, «influyó de modo determinante» en la citada Decisión.

13 En consecuencia, el Tribunal General llegó a la conclusión, en los apartados 118 y 119 de la sentencia recurrida, de que la falta de independencia del mandatario que elaboró el informe citado constituía una ilegalidad que viciaba la legalidad de la Decisión controvertida y, por tanto, anuló dicha Decisión, sin examinar los otros motivos formulados por Odile Jacob en apoyo de sus pretensiones de anulación.

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

14 Mediante auto de 29 de marzo de 2011, el Presidente del Tribunal de Justicia acordó la acumulación de los asuntos C-553/10 P y C-554/10 P a efectos de la fase oral y de la sentencia.

15 Mediante su recurso de casación en el asunto C-553/10 P, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida, en la medida en que ésta anuló la Decisión controvertida.

— En su caso, resuelva definitivamente las cuestiones objeto del presente recurso de casación y desestime el recurso de anulación.

— Condene a Odile Jacob al pago de las costas de ambas instancias.

16 Lagardère apoya el recurso de casación interpuesto por la Comisión.

17 Wendel Investissement solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida, en la medida en que ésta anuló la Decisión controvertida.

— Resuelva definitivamente las cuestiones objeto del presente recurso de casación y desestime el recurso de anulación interpuesto por Odile Jacob.

— Condene en costas a Odile Jacob.

18 Odile Jacob solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de casación.

— Con carácter subsidiario, si se estimara el recurso de casación y se considerara que el estado del litigio así lo permite, anule la Decisión controvertida.

— Condene en costas a la Comisión.

19 Mediante su recurso de casación en el asunto C-554/10 P, Lagardère solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida, en la medida en que ésta anuló la Decisión controvertida.

— Desestime el recurso interpuesto por Odile Jacob ante el Tribunal General contra esta Decisión.

— Condene a Odile Jacob al pago de todas las costas correspondientes al presente procedimiento, tanto en primera instancia como en relación con el presente recurso de casación.

20 En sus escritos de contestación, la Comisión y Wendel Investissement solicitan al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida, en la medida en que ésta anuló la Decisión controvertida.

— Desestime el recurso de anulación interpuesto por Odile Jacob contra dicha Decisión.

— Condene a Odile Jacob al pago de todas las costas correspondientes al presente procedimiento, tanto en primera instancia como en relación con el presente recurso de casación.

21 Odile Jacob solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de casación.

— Con carácter subsidiario, si se estimara el recurso de casación y se considerara que el estado del litigio así lo permite, anule la Decisión controvertida.

— Condene en costas a la Comisión.

Sobre los recursos de casación

22 En su recurso de casación en el asunto C-553/10 P, la Comisión formula tres motivos. El primer motivo se basa en un error de Derecho, consistente en que el Tribunal General no examinó las consecuencias de la eventual falta de independencia del mandatario respecto de Éditis, en su misión, en relación con Wendel Investissement. Mediante su segundo motivo, la Comisión alega que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho, en una contradicción de motivos y en una desnaturalización de los hechos al llegar a la conclusión de que el informe del mandatario influyó de un modo determinante en la Decisión controvertida. El tercer motivo, basado en un error de Derecho relativo al reconocimiento del carácter operativo de un motivo y en el incumplimiento de la obligación de motivación al respecto, se divide en dos partes. La primera parte de dicho motivo se refiere a un error de Derecho en que incurrió el Tribunal General al anular la Decisión controvertida sobre la base de un motivo que debería haber sido considerado inoperante. La segunda parte del mismo motivo se refiere al incumplimiento de la obligación de motivación, ya que el Tribunal General no indicó las razones en las que se basó para considerar que la Decisión controvertida habría podido ser distinta si no hubiera concurrido la falta de independencia del mandatario.

23 En su recurso de casación en el asunto C-554/10 P, Lagardère formula dos motivos. El primer motivo se basa en un error de Derecho consistente en que el Tribunal General invocó, por vía de excepción, la ilegalidad de la Decisión de aceptación del mandatario para fundamentar la anulación de la Decisión controvertida. Mediante su segundo motivo, Lagardère sostiene que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al determinar equivocadamente que la presencia del mandatario en el comité ejecutivo de Éditis en calidad de tercero independiente podía justificar la anulación de la Decisión controvertida. Dicho motivo, que comprende cuatro partes, retoma en esencia el primer motivo del asunto C-553/10 P.

24 En la medida en que los tres primeros motivos del asunto C-553/10 P y el segundo motivo del asunto C-554/10 P coinciden en parte, procede tratarlos conjuntamente.

Sobre los tres primeros motivos del asunto C-553/10 P y el segundo motivo del asunto C-554/10 P

Alegaciones de las partes

25 Según la Comisión, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al no examinar en qué medida dicha falta de independencia del mandatario podía incidir en su apreciación sobre las cualidades de Wendel Investissement como adquirente de los activos de Éditis ni en qué medida podía sospecharse que el mandatario hubiera elaborado un informe que pudiera inducir a la Comisión a error al adoptar la Decisión controvertida. Dicha postura es contraria a la jurisprudencia del Tribunal General con arreglo a la cual la falta de independencia de una persona encargada de evaluar a un candidato sólo tiene consecuencias jurídicas si se acredita que tal persona tomó en consideración, en su evaluación, un interés distinto del buen ejercicio de su cometido. El Tribunal General no examinó si la insuficiente independencia del mandatario respecto de Éditis podía tener consecuencias sobre la objetividad del contenido de su informe y, por tanto, sobre la valoración de Wendel Investissement como adquirente. De ese modo, el Tribunal General anuló la Decisión controvertida sobre la base de un motivo inoperante.

26 La Comisión señala que la decisión final de aceptar al adquirente de los activos retrocedidos, en el marco de una operación de concentración, incumbe siempre a la Comisión, quien no se basa únicamente en el informe del mandatario, sino que recopila información por iniciativa propia.

27 En apoyo de la Comisión, Wendel Investissement hace suyas las críticas formuladas contra la sentencia recurrida, subrayando que el Tribunal General no determinó en qué modo la relación entre Éditis y el mandatario pudo influir en el contenido del informe de valoración de la candidatura de Wendel Investissement.

28 Según Odile Jacob, no puede reprocharse al Tribunal General haberse referido a la ley francesa para comprobar si el ejercicio simultáneo por parte de B. de la función de miembro del comité ejecutivo de Éditis y la de mandatario, como presidente del gabinete S., era compatible con el criterio de independencia respecto de dicha sociedad, ya que sólo se trata de una aplicación de la *lex societatis* y del principio que determina la ley aplicable a una sociedad, con arreglo a los principios de Derecho internacional privado, consagrados en particular por el 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).

29 En opinión de Lagardère, el Tribunal General no podía llegar a la conclusión de una falta de independencia automática del mandatario a causa de los vínculos de B. con Éditis, sino que debería haber apreciado si el mandato social de B. impidió que el mandatario ejecutara su cometido con independencia y transparencia. Al contrario, lejos de constituir un conflicto de intereses, el mandato social ejercido por B. y la misión ejercida por el mandatario tuvieron por objeto la independencia de Éditis y constituían de ese modo misiones complementarias.

30 Por lo que respecta al alcance de la falta de independencia del mandatario, Odile Jacob considera que la alegación de la Comisión es inoperante, dado que la ilegalidad constatada por el Tribunal General se refiere al incumplimiento de un compromiso contractual esencial convertido en obligatorio por la Decisión 2004/422 de la Comisión, viciando de ese modo todo el proceso de toma de decisiones relativo a la operación de cesión impuesta por los compromisos de Lagardère.

31 Mediante su segundo motivo, la Comisión considera que la sentencia recurrida adolece de un error de Derecho, de una contradicción de motivos y de una desnaturalización de los hechos, en cuanto el Tribunal General consideró que el informe del mandatario influyó de modo determinante en la Decisión controvertida. La Comisión sostiene que, al llegar a dicha conclusión, el Tribunal General no tuvo en cuenta el reparto de funciones entre la propia Comisión y el mandatario. En efecto, la

Comisión es la única competente para pronunciarse acerca de la aceptación de un candidato a la adquisición. Aunque la Comisión toma en consideración la valoración contenida en el informe de un mandatario para elaborar su decisión final, no está en ningún caso vinculada por la opinión del mandatario, que no puede reemplazar su propia valoración. La Comisión continúa estando obligada a llevar a cabo la investigación necesaria, a recopilar información por iniciativa propia, sirviéndose de sus propios servicios y de las distintas peticiones de información dirigidas a las empresas afectadas, en el presente asunto Lagardère y Wendel Investissement.

32 La existencia de determinadas similitudes entre el informe del mandatario y la Decisión controvertida no permite deducir que tal informe «influyó de modo determinante» en dicha Decisión, como señaló el Tribunal General en el apartado 110 de la sentencia recurrida. Según la Comisión, se trata únicamente de la coincidencia en datos objetivos y verificables carentes de valoraciones subjetivas.

33 Wendel Investissement se adhiere a la alegación de la Comisión.

34 Odile Jacob considera que el Tribunal General sí tuvo en cuenta el reparto de funciones entre la Comisión y el mandatario. La falta de independencia del mandatario aceptado vició el proceso de toma de decisiones en su totalidad. De hecho, la Comisión tomó ciertamente en consideración, en la Decisión controvertida, el informe del mandatario.

35 Al comparar, en los apartados 112 a 116 de la sentencia recurrida, el informe del mandatario y la Decisión controvertida, respecto de las cuatro condiciones impuestas por el apartado 10 de los compromisos de Lagardère por lo que atañe a las cualidades del candidato a la adquisición de los activos retrocedidos, el Tribunal General señaló acertadamente que las apreciaciones de la Comisión eran idénticas a las contenidas en el informe del mandatario. De ese modo, Odile Jacob considera que el Tribunal General apreció acertadamente que dicho informe había influido de modo determinante en la Decisión controvertida.

36 Por lo que atañe al tercer motivo en el asunto C-553/10 P, Odile Jacob señala que la falta de independencia del mandatario constituye, no una mera irregularidad, sino una infracción de las formas sustanciales del procedimiento administrativo, que debe acarrear la anulación de la Decisión controvertida sin que resulte necesario demostrar que dicha Decisión habría podido tener un contenido distinto de no haber existido tal irregularidad. El requisito de independencia del mandatario en un requisito fundamental inscrito en los compromisos de Lagardère, a los que la Decisión 2004/422 dio carácter vinculante. La exigencia de independencia del mandatario debe comprobarse, no *ex post*, sino *ex ante*, con el fin de evitar controlar las motivaciones subjetivas que pueden guiar al mandatario en su cometido, tal como se desprende de la Recomendación de la Comisión de 16 de mayo de 2002, titulada «Independencia de los auditores de cuentas en la UE: Principios fundamentales» (DO L 191, p. 22). Tal exigencia de independencia se une a la exigencia de independencia y de apariencia de independencia del juez.

Apreciación del Tribunal de Justicia

37 Las recurrentes en casación alegan en esencia que el Tribunal General incurrió en múltiples errores de Derecho, al no analizar las consecuencias de la eventual falta de independencia del mandatario respecto de Éditis sobre la valoración de la candidatura de Wendel Investissement como adquirente de los activos de Éditis, y niegan que el informe del mandatario pudiera inducir a la Comisión a error en su tarea de apreciar la candidatura de Wendel Investissement para aceptarlo como adquirente de los activos retrocedidos.

38 En virtud del artículo 1 de la Decisión 2004/422, se declara que la operación notificada, mediante la cual Lagardère adquiere el control exclusivo de los activos en cuestión de VUP, posteriormente denominada Éditis, es compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que Lagardère cumpla los compromisos mencionados en el anexo II de la citada Decisión.

39 Con arreglo a los apartados 15 y 21 del anexo II de la Decisión 2004/422, la parte notificante nombrará un mandatario para que ejerza las funciones particulares y generales que se le confían, a saber, en particular, garantizar que se cumplen satisfactoriamente los compromisos adquiridos por Lagardère, y asegurar que los activos retrocedidos se mantienen y gestionan en el seno de una estructura distinta de forma separada e independiente de los activos conservados y del resto de actividades de Lagardère, hasta la fecha de cesión efectiva de los activos retrocedidos.

40 En caso de discrepancias entre Lagardère y Éditis acerca de las medidas de reestructuración necesarias para ejecutar los compromisos, podrá pedirse la intervención del mandatario. Éste se pronunciará por vía de recomendación acerca del alcance de dichas medidas, según el apartado 24 de los citados compromisos. El mandatario mantendrá informada de ello a la Comisión, quien podrá determinar por sí misma el alcance de las medias de reestructuración necesarias.

41 Para ejercer dichas funciones, el apartado 15 de los compromisos mencionados puntualiza, en particular, que el mandatario deberá ser independiente de Lagardère y de Éditis y no incurrir en un conflicto de intereses. Lagardère le remunerará en un modo que no afecte a la buena ejecución de su mandato ni a su independencia.

42 Esa independencia es un elemento de los compromisos que Lagardère suscribió y que deben cumplirse en su totalidad. Dicha independencia se fijó *ex ante* y abarca todas las actividades del mandatario.

43 De los apartados 85 y 87 de la sentencia recurrida se desprende que B., presidente del gabinete S., fue designado el 20 de diciembre de 2002 miembro del comité ejecutivo de Investima 10, convertida posteriormente en Éditis, y que el 9 de febrero de 2004 el gabinete S. fue designado mandatario. El apartado 89 de la sentencia recurrida constata que B. ejerció las funciones de miembro del comité ejecutivo de Éditis y de mandatario, de manera simultánea, del 9 de febrero de 2004 al 25 de marzo de 2004, fecha de la transformación de Éditis en sociedad por acciones simplificada. Tras la transformación de Éditis, B. siguió manteniendo vínculos estrechos con Éditis, dado que el mandatario tenía tres representantes en el seno del comité de accionistas.

44 En esas circunstancias, el Tribunal General concluyó acertadamente, en el apartado 104 de la sentencia recurrida, que el ejercicio por parte de B. de las funciones de miembro del comité ejecutivo de Investima 10, convertida posteriormente en Éditis, podía afectar a la independencia del mandatario y que tal situación no permitía garantizar el ejercicio, con total independencia, de las atribuciones de mandatario independiente contempladas en el apartado 15 de los compromisos de Lagardère.

45 Del mismo modo, el Tribunal General apreció fundadamente, en el apartado 107 de la sentencia recurrida, que el informe de valoración de la candidatura de Wendel Investissement a la adquisición de los activos retrocedidos fue elaborado por un mandatario que no cumplía el requisito de independencia respecto de Éditis.

46 La Comisión no cuestiona las constataciones del Tribunal General relativas a la falta de independencia del mandatario, por tratarse de una cuestión de hecho. Por el contrario, reprocha al Tribunal General no haber examinado si dicha falta de independencia influyó en concreto en la Decisión controvertida o si, de no haber existido dicha irregularidad, la Decisión controvertida habría podido tener un contenido distinto. Según la Comisión, la situación del mandatario no afectó a la objetividad de la apreciación que formuló en su informe acerca del adquirente de los activos de Éditis ni, en consecuencia, a la legalidad de la Decisión controvertida.

47 No puede acogerse esta alegación de la Comisión.

48 En efecto, en el presente asunto, el mandatario encargado «de velar por la ejecución satisfactoria» de los compromisos de la parte notificante cumplió las funciones que le había conferido indirectamente la Comisión. Se trata de funciones que habría podido ejercer la propia Comisión si hubiera dispuesto de suficientes recursos humanos.

49 Dicho extremo se desprende claramente de los apartados 52, 53, 55 y 56 de la 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). En particular, el apartado 56 de dicha Comunicación establece que «el administrador asume en nombre de la Comisión una serie de obligaciones específicas a fin de garantizar el cumplimiento de buena fe de los compromisos».

50 Procede recordar que el apartado 15 de sus compromisos obligaba a Lagardère a nombrar un mandatario que, entre otros requisitos, debía «ser independiente de Lagardère y de Éditis».

51 Por tanto, consta que un mandatario de ese tipo debe, en primer lugar, ser independiente de las partes y, además, actuar de modo independiente respecto de éstas, de modo que la falta de independencia basta para anular una decisión de la Comisión como la Decisión controvertida. La cuestión de si dicho mandatario actuó de modo independiente sólo se plantea si se constata con carácter previo que éste era efectivamente independiente de las partes.

52 Dado que el Tribunal General constató acertadamente que el mandatario no era independiente de las partes, no estaba obligado a examinar si dicho mandatario actuó *in concreto* de un modo que demostrara tal falta de independencia.

53 De las consideraciones anteriores se desprende que el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al anular la Decisión controvertida por falta de independencia del mandatario. Por tanto, los tres motivos formulados por la Comisión y el segundo motivo alegado por Lagardère carecen de fundamento y deben ser desestimados.

Sobre el primer motivo del asunto C-554/10 P, relativo a la excepción de ilegalidad

Alegaciones de las partes

54 Lagardère alega que el Tribunal General no podía apoyarse en la ilegalidad de la Decisión de aceptación del mandatario como fundamento de la ilegalidad de la Decisión controvertida, en la medida en que no puede invocarse el mecanismo de la excepción de ilegalidad cuando se trata de dos decisiones individuales. Al no interponer un recurso contra la Decisión de aceptación del mandatario, dentro de los plazos procesales señalados, Odile Jacob no podía alegar la ilegalidad de dicha Decisión de aceptación en apoyo de su pretensión de anulación de la Decisión controvertida, dado que aquélla ya era firme respecto a ella.

55 Según Lagardère y Wendel Investissement, el razonamiento del Tribunal General conduce a invocar, por vía de excepción, la ilegalidad de la Decisión de aceptación del mandatario, que es una decisión individual. El Tribunal General examinó directamente, no los motivos que condujeron a la Decisión controvertida, sino los que condujeron al nombramiento del mandatario, situados en una fase anterior a la Decisión controvertida.

56 Lagardère alega que la Decisión de aceptación del mandatario fue comunicada a las partes el 15 de febrero de 2005, fecha a partir de la cual la Decisión resultaba lesiva para Odile Jacob y constituía un acto impugnable en el sentido del artículo 263 TFUE. De ese modo, dicha Decisión debería haber sido impugnada, dentro de los plazos procesales establecidos, mediante un recurso

distinto del dirigido contra la Decisión controvertida. En consecuencia, el Tribunal General no podía basarse válidamente en el carácter ilícito de la designación del mandatario para anular la Decisión controvertida.

57 Odile Jacob rechaza las alegaciones de Lagardère y de Wendel Investissement señalando que la Decisión de aceptación del mandatario debe considerarse, no como una decisión aislada, sino como una decisión que forma parte de un conjunto de actos que condujeron a la adopción de la Decisión controvertida.

58 Además, Odile Jacob señala que ella no era el destinatario, en el sentido del artículo 263 TFUE y de la jurisprudencia, de la Decisión de aceptación del mandatario y que, en consecuencia, le habría sido difícil impugnarla mediante un recurso distinto.

Apreciación del Tribunal de Justicia

59 Procede señalar que la Decisión de aceptación del mandatario no fue comunicada a Odile Jacob hasta el 17 de febrero de 2005.

60 El 8 de noviembre de 2004, Odile Jacob interpuso su recurso ante el Tribunal General dirigido a la anulación de la Decisión controvertida, impugnando también los requisitos de aceptación del mandatario. Pues bien, procede señalar que en dicha fecha aún no se había comunicado a Odile Jacob la Decisión de aceptación del mandatario. De ese modo, no se le puede reprochar haber cuestionado, en su demanda contra la Decisión controvertida, la licitud de la Decisión de aceptación del mandatario sin haber solicitado previamente su anulación, dado que dicha Decisión formaba parte del mismo conjunto de actos que la Decisión controvertida.

61 Constituiría un formalismo superfluo e inútil exigir a Odile Jacob que interpusiera un recurso distinto para impugnar una decisión individual, que se le comunicó con posterioridad a su recurso principal y que forma parte de una serie de actos, y la cual en cualquier caso se cuestiona mediante el citado recurso principal.

62 Por consiguiente, procede desestimar dicho motivo.

63 Al no haber prosperado ninguno de los motivos formulados por las partes recurrentes, deben desestimarse los recursos de casación en los asuntos C-553/10 P y C-554/10 P.

Costas

64 A tenor del artículo 184, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea infundado. A tenor del artículo 138, apartados 1 y 2, de dicho Reglamento, aplicable al procedimiento de casación en virtud de sus artículos 184, apartado 1, y 190, apartado 1, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que se han desestimado los motivos de los recursos de casación de la Comisión y de Lagardère, y Odile Jacob ha solicitado su condena en costas, procede condenarlas, a soportar, además de sus propias costas, las costas en que ha incurrido Odile Jacob en los presentes recursos de casación.

65 Como Odile Jacob no ha solicitado la condena en costas de Wendel Investissement, ésta cargará únicamente con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1) Desestimar los recursos de casación.

2) La Comisión Europea y Lagardère SCA cargarán con sus propias costas y con las costas de Éditions Odile Jacob SAS.

3) Wendel Investissement SA cargará con sus propias costas.

Firmas