



ОБЩ СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA
TRIBUNÁL EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPÆISKE UNIONS RET
GERICHT DER EUROPÄISCHEN UNION
EUROOPA LIIDU ÜLDKOHUS
ΓΕΝΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
GENERAL COURT OF THE EUROPEAN UNION
TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT GHINEARÁLTA AN AONTAIS EORPAIGH
TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA
EIROPAS SAVIENĪBAS VISPĀRĒJĀ TIESA

EUROPOS SĄJUNGOS BENDRASIS TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ TÖRVÉNYSZÉKE
IL-QORTI ĠENERALI TAL-UNJONI EWROPEA
GERECHT VAN DE EUROPESE UNIE
SĄD UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL GERAL DA UNIÃO EUROPEIA
TRIBUNALUL UNIUNII EUROPENE
VŠEOBECNÝ SÚD EURÓPSKEJ ÚNIE
SPLOŠNO SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
EUROOPAN UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS TRIBUNAL

RAPPORT D'AUDIENCE*

« Concentrations – Décision déclarant, sous condition de rétrocessions d’actifs,
une opération de concentration compatible avec le marché commun »

Dans l'affaire T-279/04,

Editions Odile Jacob SAS, établie à Paris (France), représentée
par M^{es} O. Fréget, W. van Weert et I. de Seze, avocats,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée initialement par
M^{me} O. Beynet, et M. A. Whelan, puis par MM. A. Bouquet, F. Arbault et
Whelan, et enfin par M. Bouquet et M^{me} Beynet, en qualité d’agents,

partie défenderesse,

soutenue par

Lagardère SCA, établie à Paris, représentée par M^{es} A. Winckler et I. Girgenson,
avocats,

partie intervenante,

ayant pour objet une demande d’annulation de la décision C(2003) 5277 final de
la Commission, du 7 janvier 2004, déclarant une opération de concentration
compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE (affaire
COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP),

Cadre juridique

- 1 Les dispositions pertinentes du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du
21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre

* Langue de procédure : le français.

entreprises (version rectifiée JO 1990, L 257, p. 13), tel que modifié par le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 180, p. 1), applicable *ratione temporis* à la présente affaire, sont les suivantes :

« Article 2

Appréciation des opérations de concentration

1. Les opérations de concentration visées par le présent règlement sont appréciées en fonction des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun.

Dans cette appréciation, la Commission tient compte :

- a) de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun, au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté ;
- b) de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals, ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique, pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

2. Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun.

[...]

Article 3

Définition de la concentration

1. Une opération de concentration est réalisée :

- a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent,
- ou

b) lorsque :

- une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins,

ou

- une ou plusieurs entreprises

acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises.

[...]

5. Une opération de concentration n'est pas réalisée :

- a) lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de votes attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition ; ce délai peut être prorogé, sur demande, par la Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti ;

[...]

Article 4

Notification préalable des opérations de concentration

1. Les opérations de concentration de dimension communautaire visées par le présent règlement doivent être notifiées à la Commission dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle. Le délai commence à compter de la survenance du premier de ces événements.

2. Les opérations de concentration qui consistent en une fusion au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous a), ou dans l'établissement d'un contrôle en commun au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), doivent être notifiées

conjointement par les parties à la fusion ou à l'établissement du contrôle en commun. Dans les autres cas, la notification doit être présentée par la personne ou l'entreprise qui acquiert le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs entreprises.

[...]

Article 6

Examen de la notification et engagement de la procédure

1. La Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception.

- a) Si elle aboutit à la conclusion que l'opération de concentration notifiée ne relève pas du présent règlement, elle le constate par voie de décision.
- b) Si elle constate que l'opération de concentration notifiée, bien que relevant du présent règlement, ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide de ne pas s'y opposer et la déclare compatible avec le marché commun.

[...].

- c) Sans préjudice du paragraphe 2, si la Commission constate que l'opération de concentration notifiée relève du présent règlement et soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide d'engager la procédure.

[...]

Article 7

Suspension de l'opération de concentration

1. Une concentration telle que définie à l'article 1^{er} ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée ni avant d'avoir été déclarée compatible avec le marché commun par une décision prise en vertu de l'article 6, paragraphe 1, sous b), ou de l'article 8, paragraphe 2, ou sur la base de la présomption établie à l'article 10, paragraphe 6.

[...]

5. La validité de toute transaction qui serait réalisée en ne respectant pas le paragraphe 1 dépend de la décision prise en application de l'article 6, paragraphe 1, sous b), ou de l'article 8, paragraphes 2 ou 3 ou de la présomption établie à l'article 10, paragraphe 6.

Article 8

Pouvoirs de décision de la Commission

[...]

2. Lorsque la Commission constate qu'une opération de concentration notifiée, le cas échéant après modifications apportées par les entreprises concernées, répond au critère défini à l'article 2, paragraphe 2 [...], elle prend une décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun.

La Commission peut assortir sa décision de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à l'égard de la Commission en vue de modifier le projet initial de concentration. La décision déclarant la concentration compatible couvre également les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration.

3. Lorsque la Commission constate qu'une opération de concentration répond au critère défini à l'article 2, paragraphe 3 [...], elle prend une décision déclarant la concentration incompatible avec le marché commun.

4. Si une opération de concentration a déjà été réalisée, la Commission peut ordonner, dans une décision au titre du paragraphe 3 ou dans une décision distincte, la séparation des entreprises ou des actifs regroupés ou la cessation du contrôle commun ou toute autre action appropriée pour rétablir une concurrence effective.

5. La Commission peut révoquer la décision qu'elle a prise au titre du paragraphe 2 :

- a) si la déclaration de compatibilité repose sur des indications inexactes dont une des entreprises concernées est responsable, ou si elle a été obtenue frauduleusement,
- b) si les entreprises concernées contreviennent à une charge dont est assortie sa décision.

6. Dans les cas visés au paragraphe 5, la Commission peut prendre une décision au titre du paragraphe 3 sans être tenue par le délai visé à l'article 10, paragraphe 3.

Article 10

Délais d'engagement de la procédure et des décisions

[...]

2. Les décisions prises en application de l'article 8, paragraphe 2, concernant des opérations de concentration notifiées, doivent intervenir dès qu'il apparaît que les doutes sérieux visés à l'article 6, paragraphe 1, sous c), sont levés, notamment en raison de modifications apportées par les entreprises concernées, et au plus tard dans le délai fixé au paragraphe 3.

3. Sans préjudice de l'article 8, paragraphe 6, les décisions prises en application de l'article 8, paragraphe 3, concernant des opérations de concentration notifiées, doivent intervenir dans un délai maximal de quatre mois à compter de la date de l'engagement de la procédure.

4. Le délai fixé au paragraphe 3 est exceptionnellement suspendu lorsque la Commission, en raison de circonstances dont une des entreprises participant à la concentration est responsable, a été contrainte de demander un renseignement par voie de décision en application de l'article 11 [...].

[...]

6. Si la Commission n'a pas pris de décision au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous b) ou c), ou au titre de l'article 8, paragraphe 2 ou 3, dans les délais respectivement déterminés [au paragraphe] 3 du présent article, l'opération de concentration est réputée déclarée compatible avec le marché commun [...].

Article 11

Demande de renseignements

1. Dans l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des gouvernements, des autorités compétentes des États membres, des personnes visées à l'article 3, paragraphe 1, sous b), ainsi que des entreprises et associations d'entreprises.

[...]

5. Si une personne, une entreprise ou une association d'entreprises ne fournit pas les renseignements demandés dans le délai imparti par la Commission ou les fournit de façon incomplète, la Commission les demande par voie de décision. La décision précise les renseignements demandés, fixe un délai approprié dans lequel les renseignements doivent être fournis et indique les sanctions prévues par l'article 14, paragraphe 1, sous c), [...] ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision.

[...]

Article 14

Amendes

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux personnes visées à l'article 3, paragraphe 1, point b), aux entreprises ou aux associations d'entreprises des amendes d'un montant de 1 000 à 50 000 euros lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

- a) elles omettent de notifier une opération de concentration conformément à l'article 4 ;
- b) elles donnent des indications inexactes ou dénaturées à l'occasion d'une notification présentée en application de l'article 4 ;

[...].

2. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux personnes ou entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées [...], lorsque de propos délibéré ou par négligence :

[...]

- b) elles réalisent une opération de concentration en ne respectant pas l'article 7, paragraphe 1 [...]

[...].

Article 20

Publication des décisions

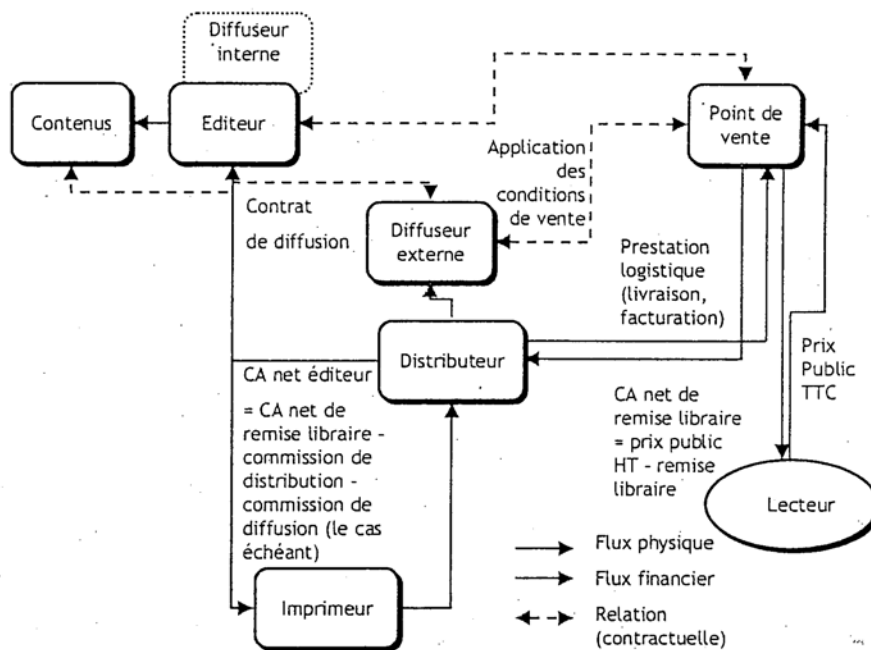
1. La Commission publie au *Journal officiel des Communautés européennes* les décisions qu'elle arrête en application de l'article 8, paragraphes 2 à 5.

[...] ».

Le secteur de l'édition

- 2 Comme il ressort de la description du secteur de l'édition francophone développée aux considérants 19 et suivants de la décision de compatibilité attaquée, le livre suit, de l'auteur au lecteur, un circuit, la « chaîne du livre », qui fait intervenir l'éditeur, le diffuseur, le distributeur, le grossiste et les revendeurs. L'essentiel des interactions entre ces différents intervenants est illustré par le schéma ci-dessous.

**- CHAÎNE DU LIVRE -
DETAILS DES FLUX ENTRE LES INTERVENANTS**



- 3 En amont du secteur, l'éditeur francophone fait appel aux auteurs ou à des éditeurs non francophones, directement ou par le biais d'agents littéraires les représentant, qui lui cèdent des droits sur leurs œuvres et fournissent donc le contenu essentiel à la production d'un ouvrage.
- 4 L'éditeur conçoit et fabrique les ouvrages, les vend ensuite, généralement par l'intermédiaire d'un diffuseur, aux revendeurs sur la base d'une remise négociée. Enfin, l'éditeur détermine le prix de vente au consommateur.
- 5 Les marges sont réalisées principalement au moyen de remises calculées sur la base du prix public hors taxe (« PPHT »), que l'éditeur/diffuseur négocie avec les différents revendeurs. Ces remises sont basées sur des critères quantitatifs liés au nombre de titres disponibles et sur des paramètres qualitatifs liés à la nature des services rendus en faveur de la vente du livre.
- 6 Les diffuseurs et les distributeurs, respectivement, commercialisent et distribuent le livre édité auprès des revendeurs. Ces services sont rémunérés par les éditeurs sur la base d'un pourcentage du PPHT net de retour, c'est-à-dire net des invendus que les revendeurs ont le droit de retourner à l'éditeur à leurs frais et selon certaines conditions.
- 7 Le diffuseur assure auprès des revendeurs la promotion des livres non scolaires inscrits au catalogue des éditeurs qu'il diffuse (tant internes que tiers). Ce service est effectué par des équipes commerciales composées de représentants qui réalisent la présentation des nouveautés, la valorisation du fonds et d'autres

opérations de promotion. Le diffuseur enregistre les commandes des revendeurs et les transmet aux distributeurs.

- 8 Le distributeur assure toutes les opérations logistiques afférentes à la fourniture de livres à la clientèle : stockage des ouvrages, saisie et contrôle des commandes, préparation et expédition des commandes, gestion des éventuels retours, émission des bons de livraison et des factures, tenue des comptes clients et recouvrement de créances. Le distributeur agit pour le compte d'éditeurs tant internes qu'extérieurs.
- 9 Le grossiste a une fonction de revente et de commercialisation (diffusion/distribution) qui s'exerce essentiellement par le biais de la vente d'assortiments complets de livres et/ou de la gestion intégrale du rayon livres par réassortiment direct (« rack-jobbing »), notamment pour les supermarchés, auprès de petits détaillants dont la spécialité n'est pas le livre. Le grossiste s'approvisionne directement auprès des éditeurs et dispose généralement d'un comptoir de vente ou de dépôts appelés salle des ventes où les détaillants peuvent se fournir pour les petites commandes et en cas d'urgence. Le grossiste est rémunéré sur la base de remises calculées sur le PPHT.
- 10 Les détaillants sont classés selon différents niveaux en fonction de leur degré de spécialisation dans la vente de livres, de leur chiffre d'affaires, du nombre de références qu'ils proposent et de leur surface commerciale. Ce sont donc des détaillants dits de niveau 1, 2 ou 3, des hypermarchés ou des supermarchés, les détaillants de niveau 1 et 2 désignant respectivement les plus grosses librairies et les librairies de quartier. Ces détaillants sont approvisionnés principalement par des entités de diffusion/distribution d'éditeurs intégrés verticalement, alors que les détaillants de niveau 3, correspondant généralement aux petits points de vente et aux supermarchés, sont approvisionnés par des grossistes. Les hypermarchés utilisent généralement une centrale d'achats pour leur référencement de livres. Les détaillants sont rémunérés sur la base de remises sur le PPHT et commercialisent le livre auprès du consommateur final.
- 11 Les clubs de livres, en raison de certaines spécificités telle qu'une date de parution distincte, correspondent généralement à une deuxième exploitation du livre et forment par ailleurs un autre circuit de vente indépendant.
- 12 En 2001, les éditeurs ont réalisé en France dans le secteur du livre un chiffre d'affaires de 2,6 milliards d'euros correspondant à la vente de 354 millions d'exemplaires. Alors que les librairies indépendantes voient leurs positions s'effriter, les pôles de croissance sont notamment le canal des hypermarchés et les grandes surfaces spécialisées (Virgin, Extrapole, FNAC).
- 13 Le secteur du livre est caractérisé par une forte intégration verticale ainsi que par un degré de concentration relativement élevé. Ainsi, les six principaux éditeurs français, Vivendi Universal Publishing (ci-après « VUP »), filiale de Vivendi Universal (ci-après « VU »), Hachette Livre, Gallimard, Flammarion, Albin

Michel et Le Seuil contrôlent plus des deux tiers du marché en termes de chiffres d'affaires, VUP et Hachette Livre étant les leaders incontestés du marché.

- 14 Les ouvrages de littérature générale, en ce compris les livres en format de poche, les livres pour la jeunesse, les livres pratiques et les livres éducatifs, qui constituent les quatre segments les plus importants, représentent à eux seuls plus de la moitié du total des ventes et connaissant par ailleurs les plus fortes croissances du marché depuis 1994.
- 15 Le groupe Lagardère contrôle un groupe de sociétés actives dans le monde entier et présentes dans trois grands domaines d'activités : communication/médias/éditions, automobile et hautes technologies.
- 16 Dans le domaine de la communication, des médias et de l'édition, seul concerné par la décision attaquée, les principales activités de Lagardère sont regroupées dans la société Hachette S.A. (ci-après « Hachette »), détenue à 100 % par Lagardère, dont l'ensemble des activités sont les suivantes :
 - l'édition, par l'intermédiaire d'Hachette Livre, deuxième éditeur français en termes de chiffres d'affaires ;
 - la presse écrite, grâce à sa filiale Hachette Filipacchi Médias, le plus grand éditeur de presse magazine au monde et détenteur de marques de presse magazine connues dans la quasi-totalité des secteurs comme l'actualité, la télévision, les loisirs, les voyages et la jeunesse. En France, cette filiale est également présente dans la presse quotidienne ;
 - l'audiovisuel et le multimédia, au travers de Lagardère Active, qui possède des marques à forte notoriété et occupe une place de premier plan dans la production et la distribution, en France comme à l'étranger, y compris dans les nouveaux médias.
- 17 Sur le marché de la vente aux revendeurs, Hachette Livre est présente dans la vente des livres de littérature générale, des livres pour la jeunesse, des livres pratiques, des beaux livres, des livres scolaires et parascolaires, des ouvrages de référence et des ouvrages professionnels et universitaires. Elle possède des marques fortes dans tous les domaines, de même que des collections renommées. En outre, Hachette Livre est également présente dans l'édition au format de poche.
- 18 Hachette Livre assure la diffusion en France du groupe Lagardère. Sur le marché des services de distribution, Hachette Distribution Services dispose de son propre outil logistique.
- 19 Sur le marché de la vente au détail, Hachette Livre est présente en France à la fois dans la vente à distance, par courtage, et en magasins, par le biais du réseau de librairies Le Furet Du Nord, Virgin/Extrapole et Relay.

- 20 VUP est la première société du secteur de l'édition. Elle est présente dans toutes les activités de la création éditoriale et possède des marques ou des collections reconnues dans les livres de littérature générale, les livres pour la jeunesse, les livres pratiques, les beaux livres, les livres scolaires et parascolaires, les ouvrages de référence et les ouvrages professionnels et universitaires. Enfin, VUP est également présente dans l'édition en format de poche.
- 21 VUP est également intégrée verticalement dans les services de diffusion des maisons d'édition au travers de Vivendi Universal Publishing Services, qui dispose de son propre outil logistique de distribution.
- 22 Les principaux généralistes de l'édition, dont le capital est le plus souvent resté familial, sont Gallimard, Flammarion, Albin Michel et Le Seuil.
- 23 Enfin, les autres acteurs du secteur de l'édition sont des maisons d'édition de moindre dimension, généralement spécialisées dans une catégorie de livres.
- 24 Il ressort de cette structure que coexistent sur le marché trois catégories d'acteurs différents :
 - deux grands groupes (Hachette et VUP), capables d'assurer de façon entièrement autonome leur développement puisque, outre leur activité principale, l'édition, ils combinent une activité complète de commercialisation (diffusion/distribution) et que, par ailleurs, ils disposent de collections de poche populaires leur permettant de garantir une « seconde vie » aux livres qu'ils éditent ;
 - quatre groupes de dimension moyenne, dont trois sont verticalement intégrés (diffusion/distribution et collection de poche), mais dépendent partiellement d'Hachette et/ou de VUP pour être diffusés et distribués dans les plus petits points de vente. Le quatrième groupe, Albin Michel, paraît être dans une relation de plus grande dépendance dans la mesure où ses ouvrages sont diffusés pour une partie significative par Hachette Livre, tandis que leur publication en format de poche est, en principe, assurée par la Librairie Générale de France, filiale d'Hachette Livre ;
 - un ensemble hétéroclite de petits acteurs, largement et souvent entièrement dépendants des plus grands éditeurs pour la commercialisation de leurs produits et pour la publication de leurs ouvrages en format de poche.

Antécédents du litige

- 25 Le 25 septembre 2002, le conseil d'administration de VU a décidé de céder l'ensemble des activités d'édition de livres qu'il détenait en Europe par l'intermédiaire de sa filiale VUP.

- 26 Le groupe Lagardère s'est porté candidat à l'acquisition de ces actifs.
- 27 Il est toutefois apparu que le calendrier de cession mis en place par VU, qui désirait réaliser la vente et en recevoir le prix dans les meilleurs délais, n'était pas compatible avec l'échéancier des formalités nécessaires à l'autorisation par les autorités de concurrence de ce projet de rachat.
- 28 Lagardère a donc demandé au groupe Natexis Banques Populaires (ci-après « NBP ») de se substituer à lui, pour acquérir, directement ou indirectement par l'intermédiaire de ses filiales, les actifs cible auprès de VUP, les détenir à titre provisoire et les lui revendre, une fois obtenue de la Commission l'autorisation du projet de concentration Lagardère/VUP.
- 29 NBP a accédé à la demande de Lagardère, par lettre du 8 octobre 2002.
- 30 Selon une note du 11 octobre 2002 du conseil de Lagardère, « en accord avec VU et afin d'être placé sur un pied d'égalité avec les autres candidats à l'acquisition, [Lagardère] a sollicité NBP afin que [NBP] se substitue à lui dans l'acquisition des entités du groupe VU, en vue de leur revente dans les conditions prévues par l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 ».
- 31 Le 14 octobre 2002, les deux groupes ont signé une convention intitulée « Accords NBP/Groupe Lagardère relatifs à VUP », dont le titre I, « Structures d'acquisition » (HOLDCO »), comportait les clauses suivantes :

Objet exclusif	Acquisition auprès de VU, détention et cession des activités de VUP (« Les Actifs »)
Financement de HOLDCO par NBP	100 % du prix d'acquisition des Actifs, y compris tout ajustement éventuel en application du contrat d'acquisition des Actifs auprès de VU Fonds propres de 38 500 euros Avance d'actionnaires de NPB pour le solde
Cadre juridique de l'Opération	Article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 objectif de revente de la totalité des titres de HOLDCO à Lagardère

- 32 Dans un communiqué commun du 23 octobre 2002, Lagardère et NBP ont déclaré :

« C'est [...] en total accord avec le groupe [VU] que NBP est intervenu à la demande du groupe Lagardère dans le processus de rachat de VUP [...].

L'intervention de NBP s'inscrit dans le cadre de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 [...], qui permet à un établissement financier d'acquérir une entreprise en vue de sa revente sans devoir obtenir l'autorisation de la Commission européenne (une telle opération n'étant pas considérée comme une concentration). »

- 33 Le 29 octobre 2002, le conseil d'administration de VU a approuvé la vente à Lagardère des actifs cible, constitués par les activités d'édition de livres de VUP en Europe et en Amérique Latine, à l'exception du Brésil.
- 34 Le 3 décembre 2002, Investima 10, filiale à 100 % d'Ecrinvest 4, elle-même filiale à 100 % de Segex, contrôlée pour sa part à 100 % par NBP, a signé au bénéfice de VUP une promesse d'achat par laquelle elle s'est engagée à acheter à VUP ses actifs cible, sous la seule condition de l'exercice de cette promesse par VUP.
- 35 Le même jour, Segex et Ecrinvest 4 ont conclu avec Lagardère un contrat de vente à terme ferme définitive et irrévocable de l'intégralité des actifs en cause, sous réserve de l'autorisation par la Commission du projet de rachat de ces actifs par Lagardère.
- 36 À la même date, Lagardère a payé à Segex le prix de cession des actifs précités, majoré du montant du capital social d'Ecrinvest 4. Segex a établi des avances en comptes courants au bénéfice d'Ecrinvest 4, à charge pour celle-ci de consentir des avances en comptes courants équivalentes au bénéfice d'Investima 10, pour que celle-ci puisse acquérir les actifs cible de VUP si la promesse d'achat de ces actifs était levée par VUP.
- 37 Segex s'engageait à procéder, après l'autorisation par la Commission du projet de rachat des actifs cible de VUP par Lagardère, à la cession à Lagardère, qui l'a acceptée, de l'intégralité des titres composant le capital d'Ecrinvest 4 et des créances sur Ecrinvest 4 dont Segex était titulaire.
- 38 Lagardère s'est engagé, dans le contrat de cession, à indemniser Segex, Ecrinvest 4 et Investima 10 de tout préjudice susceptible de résulter de la mise en œuvre de ce contrat, sauf fraude ou faute lourde.
- 39 Lagardère a ordonné à Crédit agricole d'Indosuez d'émettre au profit de Segex une garantie à première demande de ses engagements découlant du contrat de cession à l'égard de Segex. À ces fins, Lagardère s'est engagé à verser à Crédit agricole Indosuez le montant de tout appel de garantie que Crédit Agricole Indosuez serait appelé à effectuer.
- 40 Enfin, Lagardère s'est porté caution solidaire d'Investima 10 pour garantir au bailleur de VUP le paiement par Investima 10 des loyers d'un immeuble destiné à regrouper la plupart des activités éditoriales du pôle VUP.

- 41 La date du transfert de propriété des titres d'Ecrinvest 4 et des créances de Segex sur Ecrinvest 4 devait intervenir le jour convenu entre Segex/Ecrinvest 4 et Lagardère parmi les trente jours suivant la date de la décision d'autorisation par la Commission du projet de rachat des actifs cible de VUP par Lagardère.
- 42 Un premier projet de l'opération de concentration envisagée a été notifié à la Commission le 10 décembre 2002.
- 43 VUP a exercé la promesse d'achat le 20 décembre 2002 et a signé le même jour avec Investima 10 le contrat de vente de ses actifs cible.
- 44 Investima 10, détentrice à compter de cette date des actifs cible de VUP pour le compte de Lagardère, devait les transférer à ce dernier après l'autorisation du projet de concentration par la Commission.
- 45 Le 14 avril 2003, Lagardère a notifié à la Commission le projet de concentration Lagardère/VUP, conformément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 4064/89.
- 46 Cette notification a fait l'objet d'un avis publié au *Journal Officiel de l'Union européenne* du 17 avril 2003 (JO C 92, p. 9).
- 47 Par décision du 5 juin 2003, la Commission a constaté que le projet de concentration notifié soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun. Elle a donc engagé la phase du contrôle approfondi, sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 4064/89.
- 48 L'adoption de cette décision a fait l'objet d'un avis publié au *Journal Officiel de l'Union européenne* du 12 juin 2003 (JO 2003 C 137, p. 14).
- 49 La décision relève, en son considérant 8, que l'opération de concentration notifiée est « une acquisition de contrôle unique, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 4064/89 ».
- 50 Sur le fondement de l'article 11 du règlement n° 4064/89, la Commission a adressé des demandes de renseignements à Lagardère. Tous les renseignements demandés n'ayant pas été fournis dans les délais impartis, la Commission a adopté deux décisions au sens de l'article 11, paragraphe 5, du règlement n° 4064/89, qui ont été adressées à Lagardère le 16 juin et le 8 août 2003, respectivement.
- 51 En vertu de l'article 10, paragraphe 4, de ce règlement, le délai pour statuer sur l'opération notifiée fixé par l'article 8 du règlement a été suspendu à deux reprises, du 14 mai au 11 juillet 2003 et du 25 juillet au 26 août 2003.
- 52 VUP est devenue Editis le 14 octobre 2003.

- 53 Le 27 octobre 2003, la Commission a adressé à Lagardère une communication des griefs exposant les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration notifiée et à laquelle Lagardère a répondu le 17 novembre suivant.
- 54 Le 2 décembre 2003, Lagardère a présenté à la Commission une série d'engagements de rétrocession d'actifs, qui ont été aménagés le 23 décembre suivant.
- 55 La Commission a considéré que Hachette et VUP étaient les deux seuls grands groupes de l'édition francophone en mesure d'assurer leur développement en toute autonomie, en ce qu'ils exercent au-delà de l'édition une activité de commercialisation complète (diffusion et distribution) et disposent en outre de collections populaires en format de poche. Tous les autres groupes dépendraient plus ou moins d'Hachette et/ou de VUP, pour certains aspects et, notamment, pour la commercialisation. En combinant les activités des deux plus grandes entreprises du marché de l'édition francophone, l'opération notifiée produirait ainsi des effets anticoncurrentiels horizontaux, verticaux et congloméraux.
- 56 La Commission en a conclu que, en l'absence de mesures correctives, l'opération notifiée conduirait sur plusieurs marchés sectoriels à la création ou au renforcement de positions dominantes ayant comme conséquence une entrave significative à une concurrence effective.
- 57 Par décision 2004/422/CE (affaire COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP) (JO L 125, p. 54), du 7 janvier 2004, adoptée en vertu de l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, la Commission a déclaré, sous conditions, l'opération de concentration notifiée compatible avec le marché commun.
- 58 La décision relève que, pour résoudre les problèmes de concurrence créés par l'opération de concentration notifiée, Lagardère a souscrit un ensemble d'engagements énumérés à l'annexe II de la décision.
- 59 Lagardère s'est ainsi obligé à rétrocéder l'intégralité des actifs d'Editis (les « actifs rétrocédés »), à l'exclusion des actifs suivants (les « actifs conservés ») :
- les éditions Larousse et l'ensemble de leurs activités et fonds éditoriaux ;
 - le groupe Anaya et l'ensemble de ses activités et fonds éditoriaux ;
 - les éditions Dalloz et l'ensemble de leurs activités et fonds éditoriaux ;
 - les éditions Dunod et l'ensemble de leurs activités et fonds éditoriaux ;
 - les fonds universitaires composés des fonds éditoriaux Nathan Université, Armand Colin et Sedes et des revues universitaires et, enfin,
 - le centre de distribution d'Ivry.

- 60 Lagardère s'est engagé à déployer tous ses efforts pour vendre à un cessionnaire unique l'ensemble des actifs rétrocédés, dénommés « Nouvel Editis » et représentant approximativement 60 à 70 % du chiffre d'affaires mondial de VUP/Editis et 70 à 80% de son chiffre d'affaires afférent aux marchés francophones concernés par l'opération de concentration notifiée.
- 61 Les engagements souscrits par Lagardère lui ouvrent la faculté de choisir, dans un délai tenu confidentiel, le repreneur des actifs à rétrocéder. Pour le cas où il n'y parviendrait pas dans le délai prévu, la Commission peut alors faire procéder à la vente à n'importe quel prix.
- 62 Avant la réalisation de la rétrocession, un mandataire nommé par Lagardère et agréé par la Commission devait assurer que les actifs à rétrocéder soient maintenus et gérés au sein d'une structure distincte et indépendante de Lagardère, sous la responsabilité d'un mandataire à la gestion séparée indépendant (« hold separate manager ») et que leur viabilité et leur capacité concurrentielle soient maintenues.
- 63 Les conditions auxquelles est subordonné l'agrément par la Commission du repreneur des actifs à rétrocéder sont définies en ces termes aux paragraphes 10 à 14 de l'annexe II, précitée, de la décision de compatibilité :

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

(a) Lagardère ne pourra pas avoir d'intérêts significatifs directs ou indirects dans le ou les cessionnaires.

(b) Le ou les cessionnaires devront être des opérateurs viables, capables et ayant les incitations économiques à maintenir ou à développer une concurrence effective, sans que cette formulation n'exclue a priori aucune catégorie d'acquéreurs industriels ou financiers.

(c) En outre, l'acquisition d'un ou de plusieurs actifs cédés par un acquéreur potentiel ne peut être de nature à créer de nouveaux problèmes de concurrence ni risquer de retarder la mise en œuvre des engagements. La partie notifiante devra être en mesure de démontrer à la Commission que l'acquéreur remplit les conditions des engagements et que le ou les actifs cédés sont cédés conformément aux présents engagements.

(d) Le ou les cessionnaires auront obtenu ou seront raisonnablement susceptibles d'obtenir toutes les autorisations nécessaires à l'acquisition et à l'exploitation des actifs cédés.

11. La partie notifiante déploiera tous ses efforts pour céder l'ensemble des actifs cédés à un cessionnaire unique, tout en préservant l'objectif de retirer de la cession de l'ensemble des actifs cédés la meilleure valorisation possible.
12. Afin de préserver l'effet structurel des présents engagements, la partie notifiante s'engage :
 - (a) à ne pas acquérir le contrôle de la totalité ou d'une partie du ou des actifs cédés pendant une durée de [...] à compter de la cession effective des actifs cédés, à moins que la Commission n'ait constaté que les structures du marché ont évolué de telle façon que l'absence d'influence sur le ou les actifs cédés n'est plus requise pour rendre la concentration compatible avec le marché commun ;
 - (b) à ne pas recruter, directement ou indirectement, les membres du comité exécutif d'Editis et les principaux cadres éditoriaux des actifs cédés qui entretiennent des rapports essentiels avec les auteurs, dont la liste est fournie en annexe 3 (ci-après, les « cadres clefs »), antérieurement à la cession des actifs cédés et pendant une durée de [...] à compter de ladite cession, sous réserve, cependant, qu'aucune stipulation des présentes ne fasse obstacle à ce que la partie notifiante ou l'une de ses filiales (i) puisse demander au « Hold Separate Manager » la mise en place pour tout ou partie des cadres clefs d'une rémunération incitative aux fins de réaliser la cession des actifs cédés dans les meilleurs délais et conditions et qui ne sera payable que si les cadres clefs restent au sein d'Editis au moins jusqu'à la date de cession, et (ii) puisse recruter les cadres clefs qui ne seraient pas conservés par le(s) cessionnaire(s).
13. La partie notifiante soumettra, dans les meilleurs délais, à la Commission, qui s'engage à respecter de façon la plus absolue son devoir de confidentialité :
 - (a) le ou les projets de documents d'information relatifs à la cession de chaque catégorie d'actifs cédés, destinés à être remis aux acquéreurs potentiels ;
 - (b) la liste des acquéreurs potentiels que la partie notifiante entend contacter (sans que cette liste soit nécessairement exhaustive) ;
 - (c) le projet de contrat de cession.
14. Le choix du ou des cessionnaires sera soumis à l'agrément de la Commission. La demande d'agrément du ou des cessionnaires comportera les informations nécessaires pour permettre à la Commission de vérifier que le ou les candidats cessionnaires satisfont aux conditions mentionnées au paragraphe 10 ci-dessus. La Commission informera la partie notifiante de son approbation ou de son rejet du ou des candidats cessionnaires proposés

dans un délai de [...] à compter de la réception de la totalité des informations visées ci-dessus. [...] ».

- 64 La décision précise que, sous réserve du respect intégral de ses engagements par Lagardère en conformité avec l'article 2, paragraphe 2, et avec l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, l'acquisition du contrôle unique des actifs d'édition de VUP en Europe et en Amérique Latine, à l'exception du Brésil, est compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen.
- 65 Un résumé de cette décision a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* du 28 avril 2004 (JO L 125, p. 54), en application de l'article 20, paragraphe 1, du règlement n° 4064/89.
- 66 Cette publication, effectuée sous forme de résumé de la décision, comporte la mention liminaire suivante :

« Le 7 janvier 2004, la Commission a adopté une décision concernant une affaire dans le cadre du règlement n° 4064/89 et, notamment, son article 8, paragraphe 2. Une version non confidentielle du texte intégral de la décision peut être trouvée dans la langue authentique du cas et dans les langues de travail de la Commission sur le site web de la DG COMP à l'adresse suivante http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html ».
- 67 Lagardère a contacté plusieurs entreprises, dont la requérante, susceptibles de racheter les actifs cible de VUP à rétrocéder et la requérante a manifesté son intérêt à une telle reprise.
- 68 Après avoir signé un accord de confidentialité, la requérante a reçu de Lagardère un document rédigé par le conseil de celui-ci, la banque BNP Paribas, et intitulé « Project Lutèce Information Mémoire » (ci-après le « CIM »). Cette pièce contenait une description des actifs concernés par le projet de rétrocession et des informations générales sur le secteur.
- 69 La requérante et le Groupe CIC et Providence Equity Partners sont convenus de constituer un consortium, afin de présenter une offre conjointe de reprise de ces actifs, laquelle a été adressée à Lagardère par télécopie du 28 avril 2004.
- 70 Dans un communiqué du 19 mai 2004, Lagardère a annoncé qu'il retenait les offres de cinq acquéreurs potentiels, dont celle de la requérante, et qu'il accordait une exclusivité jusqu'au 25 mai 2004 à minuit à l'un d'eux, Wendel Investissement (ci-après « Wendel »).
- 71 Un communiqué du 28 mai 2004 a ensuite informé la requérante que Lagardère avait conclu avec Wendel un projet d'accord de rachat des actifs cible à rétrocéder.

- 72 Par ordonnance du 23 juin 2004, le président du Tribunal de commerce de Paris a rejeté la demande en référé de la requérante tendant à obtenir à l'encontre de Lagardère l'injonction de suspendre les opérations de vente à Wendel des actifs rétrocédés et de procéder à un second tour de sélection des repreneurs. Cette juridiction a considéré que Lagardère s'était borné à exercer son pouvoir d'organisateur de l'appel d'offres en ne négociant qu'avec Wendel.
- 73 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 8 juillet 2004, la requérante a introduit le présent recours en annulation contre la décision de compatibilité du 7 janvier 2004.
- 74 Par lettre du 12 juillet 2004, Lagardère a accepté de restituer le CIM à la requérante pour lui permettre d'exercer son droit de recours.
- 75 Par décision du 30 juillet 2004, communiquée à la requérante par télécopie du 27 août suivant, la Commission a autorisé Wendel à reprendre les actifs cible rétrocédés.
- 76 Contre cette décision, la requérante a formé un recours en annulation, par requête déposée le 8 novembre 2004 (affaire T-452/04).

Procédure

- 77 Par acte déposé le 28 juillet 2004, Lagardère a demandé à intervenir au présent litige au soutien des conclusions de la Commission, conformément à l'article 115 du règlement de procédure du Tribunal.
- 78 Par acte séparé déposé le 26 août 2004, la requérante a sollicité le traitement confidentiel à l'égard de Lagardère de trois annexes à la requête et en a produit à cette fin une version non confidentielle.
- 79 Par ordonnance du 18 février 2005 du président de la quatrième chambre, Lagardère a été admis à intervenir au litige, au soutien des conclusions de la Commission, sous réserve de la décision statuant sur le bien-fondé de la demande de traitement confidentiel présentée par la requérante.
- 80 Par acte déposé le 5 juillet 2005, la requérante a demandé au Tribunal, en vertu de l'article 64, paragraphe 4, du règlement de procédure, d'ordonner à la Commission la production des documents suivants :
 - l'intégralité des correspondances échangées par la Commission avec, d'une part, NBP et, d'autre part, Lagardère, au cours de la période comprise entre le mois de septembre 2002 et le 14 avril 2003 ;
 - la promesse d'acquisition des actifs cible de VUP établie à l'intention de VU ;

- la version intégrale du contrat NBP/Lagardère portant sur la cession des actifs cible de VUP du 3 décembre 2002 ;
- le contrat du 20 décembre 2002, par lequel NBP est devenu propriétaire des actifs cible de VUP auprès de VU ;
- tous les mémorandums échangés au sein de la direction générale de la concurrence de la Commission et entre cette direction et le service juridique de la Commission, ainsi que la correspondance échangée par la Commission et NBP, au sujet de l'applicabilité de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 à l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP/Investima 10 ;
- la décision du 5 juin 2003 d'engager, sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 4064/89, la phase du contrôle approfondi de l'opération de concentration notifiée.

- 81 La requérante a soutenu que ces pièces étaient nécessaires pour vérifier si l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP pouvait légalement ne pas être considérée comme une opération de concentration et, partant, être dispensée de l'obligation de notification, en vertu de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89.
- 82 Dans sa réponse déposée le 22 juillet 2005, la Commission ne s'est pas opposée à la communication à la requérante, aux seules fins de la présente affaire, d'une version non confidentielle de la décision du 5 juin 2003, précitée. En revanche, elle a conclu au rejet, pour le surplus, de la demande de production de documents, au motif que la requérante n'avait pas démontré que les autres documents sollicités présentaient une quelconque utilité pour la solution du litige. À supposer même que, comme le soutient la requérante, Lagardère ait réalisé l'opération de concentration projetée du seul fait du portage financier provisoire par NBP des actifs cible de VUP, une telle circonstance n'aurait en rien modifié l'analyse de l'impact de l'opération de concentration autorisée sur la situation de la concurrence des marchés affectés par l'opération de concentration notifiée.
- 83 Par pli déposé au greffe du Tribunal le 9 août 2005, la Commission a produit une version non confidentielle de la décision du 5 juin 2003, précitée.
- 84 Par ordonnance du 19 juin 2007, le président de la quatrième chambre du Tribunal a rejeté la demande de la requérante tendant au traitement confidentiel, à l'égard de Lagardère, des trois annexes de la requête évoquées ci-dessus et ordonné leur signification à Lagardère, par les soins du greffier.
- 85 Par décision du président du Tribunal du 3 décembre 2007, M. le Juge Truchot a été nommé juge rapporteur.

- 86 La composition des chambres du Tribunal ayant été modifiée, le juge rapporteur a été affecté à la sixième chambre, à laquelle la présente affaire a, par conséquent, été attribuée, le 24 octobre 2008.

Conclusions des parties

- 87 La requérante demande à ce qu'il plaise au Tribunal :
- ordonner à la Commission de produire les documents précités relatifs à l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP ;
 - déclarer le recours recevable ;
 - annuler la décision de compatibilité ;
 - condamner la Commission et la partie intervenante aux dépens.
- 88 La Commission, soutenue par la partie intervenante Lagardère, demande à ce qu'il plaise au Tribunal :
- rejeter la demande de production de documents ;
 - rejeter le recours ;
 - condamner la requérante aux dépens.

Moyens et arguments des parties

Recevabilité du recours

- 89 La Commission considère que la décision de compatibilité, dont la requérante n'est pas destinataire, la concerne néanmoins directement et individuellement au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE. Toutefois, elle objecte que le recours est irrecevable pour cause de tardiveté.
- 90 La version non confidentielle de la décision de compatibilité aurait été publiée, dans son intégralité, sur le site Internet de la Commission, le 9 mars 2004, à 22 heures. La requérante, qui a participé activement à l'ensemble de la procédure de contrôle de l'opération de concentration notifiée, aurait donc pu en prendre connaissance dès le lendemain. À cette date, elle n'aurait pas seulement eu connaissance de la simple existence de la décision, de ses éléments essentiels ou de ses motifs, mais du texte précis de sa version intégrale non confidentielle.
- 91 Le délai de recours prévu par l'article 230, cinquième alinéa, CE aurait donc commencé à courir à la date de cette publication sur Internet, intervenue, à deux jours près, dans les deux mois de son adoption, puis publiée au Journal officiel le

28 avril 2004. La procédure de contrôle des concentrations comportant des délais stricts visant à garantir la sécurité juridique des parties à la concentration, le présent recours devrait être considéré comme tardif en ce qu'il a été introduit plus de deux mois et dix jours et plus précisément, presque quatre mois après que la requérante a eu connaissance du texte intégral de la décision attaquée.

- 92 La requérante objecte que le délai de recours a commencé à courir à compter de la publication au Journal officiel du résumé de la décision de compatibilité, toute prise de connaissance antérieure présentant un caractère subsidiaire. Il n'appartiendrait à la Commission d'établir la prise de connaissance de la décision litigieuse par un requérant qu'en l'absence de sa publication.
- 93 La Commission ne saurait assimiler la mise à disposition de la décision attaquée sur son site Internet à sa publication au Journal officiel, sauf à vider de son objet l'article 20, paragraphe 1, du règlement n° 4064/89, qui vise à conférer date certaine aux décisions arrêtées en vertu de l'article 8, paragraphe 2, de ce texte.
- 94 Le recours, déposé le 8 juillet 2004, aurait donc bien été formé dans le délai de recours de deux mois, augmenté du délai forfaitaire de dix jours, calculé à compter de la date de la publication de la décision au Journal officiel du 28 avril 2004.

Bien-fondé du recours

- 95 L'argumentation de la requérante peut être exposée en neuf moyens d'annulation. La requérante reproche tout d'abord à la Commission d'avoir commis une erreur de qualification juridique des faits en considérant l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP intervenue en décembre 2002 comme une acquisition, dans une entreprise, de participations en vue de leur revente, relevant de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89, et non pas comme une concentration par prise de contrôle des actifs en cause, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b) de ce règlement, que l'intervention de NBP aurait en réalité permis à Lagardère de réaliser dès cette époque (premier moyen). Cette erreur de qualification aurait amené la Commission à méconnaître que l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP a permis en réalité à Lagardère de contrôler VUP avant même la notification officielle de son projet de concentration, en violation de l'obligation des parties à une concentration de suspendre leur opération (deuxième moyen). La décision de compatibilité contestée aurait été en outre adoptée sans que la Commission ait été saisie d'une notification de nature à fonder sa compétence pour statuer (troisième moyen) et serait entachée de fraude à la loi (quatrième moyen).
- 96 La requérante fait ensuite grief à la Commission d'avoir statué sur la compatibilité avec le marché commun de l'opération notifiée en méconnaissant la violation par Lagardère du délai de notification des opérations de concentration (cinquième moyen), au terme d'une procédure de contrôle d'une durée excessive (sixième

moyen) et en violant son obligation de motivation (septième moyen). Enfin, la Commission aurait commis des erreurs manifestes d'appréciation, d'une part, dans son évaluation de la puissance réelle des parties à l'opération de concentration notifiée (huitième moyen) et, d'autre part, en autorisant cette opération sous conditions et charges au lieu de l'interdire purement et simplement (neuvième moyen).

Sur le premier moyen, tiré de la qualification juridique erronée de l'acquisition par NBP des actifs cible de VUP

– Recevabilité du moyen

- 97 La Commission considère que l'acte susceptible de recours en annulation n'est pas la décision de compatibilité attaquée mais la décision du 5 juin 2003 par laquelle elle a engagé, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 4064/89, le contrôle approfondi de la compatibilité avec le marché commun de l'opération de concentration notifiée par Lagardère le 14 avril 2003.
- 98 Par cette dernière décision, la Commission aurait déterminé de façon définitive que ce contrôle allait porter sur l'opération de concentration notifiée et retenu, par là même, implicitement mais nécessairement, que la prise de participation de NBP dans VUP était une acquisition de participations dans une entreprise en vue de leur revente, au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89.
- 99 Constituerait un acte susceptible de recours en annulation la constatation par la Commission qu'une concentration ne relève pas du règlement n° 4064/89. Il en irait de même d'une décision d'engagement de la procédure de contrôle approfondi des aides d'État en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE, laquelle implique un choix sur la qualification de l'aide et des règles de procédure applicables, produisant ainsi des effets juridiques définitifs, à savoir la suspension du versement de l'aide envisagée.
- 100 Il s'ensuivrait que les actes définitifs et contraignants par lesquels une institution décide, comme en l'espèce, de l'application d'un texte communautaire sont susceptibles de recours en annulation.
- 101 Aux fins de la qualification de l'opération en cause au regard des dispositions du règlement n° 4064/89, la décision de compatibilité n'aurait procédé à aucun réexamen de la situation par rapport à la décision du 5 juin 2003, dont elle constituerait ainsi un acte confirmatif.
- 102 Par ailleurs, la requérante aurait eu une connaissance certaine et sans équivoque tant de l'existence de la décision du 5 juin 2003, dont l'adoption a fait l'objet d'un avis publié au Journal Officiel, que de la qualification de l'opération de concentration notifiée qu'elle a opérée au regard du règlement n° 4064/89 et dont

la structure était déjà, pour l'essentiel, précisée dans la publication de la concentration notifiée.

- 103 En outre, la requérante aurait reçu, le 7 novembre 2003, une copie de la version non confidentielle de la communication des griefs adressée à Lagardère, dont elle aurait accusé réception le 12 novembre suivant. Or, dans cet acte, la Commission aurait conclu, « après examen de la notification, [...] que la concentration notifiée [relevait] du règlement [n° 4064/89] et [soulevait] des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun. Par conséquent, par décision du 5 juin 2003, elle a engagé la procédure conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement sur les concentrations ». Enfin, la communication des griefs aurait reproduit en des termes presque identiques la partie de la décision du 5 juin 2003 relative à la nature de l'opération de concentration notifiée.
- 104 Les décisions par lesquelles la Commission engage la phase du contrôle approfondi de compatibilité des concentrations n'étant pas publiées et n'étant notifiées qu'aux parties à ces opérations, le délai imparti aux tiers pour en demander l'annulation ne courrait qu'à compter de la date à laquelle ils ont pris une connaissance exacte de leur contenu et de leurs motifs, à condition toutefois d'en demander le texte intégral, dans un délai raisonnable à partir de la date à laquelle ils ont pris connaissance de son existence.
- 105 N'ayant ni sollicité une copie de la décision du 5 juin 2003 ni demandé son annulation dans les délais, la requérante ne serait donc pas recevable à contester, en excipant de la qualification erronée de l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP, un acte confirmatif de cette décision au regard de la nature de l'opération notifiée.
- 106 La requérante objecte que la qualification d'acquisition de participations dans une entreprise en vue de leur revente, au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89, appliquée à l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP, ne résulte d'aucune décision antérieure à la décision de compatibilité. Bien qu'admise implicitement par la Commission, l'applicabilité de cette disposition à l'intervention de NBP n'aurait fait l'objet d'aucune décision au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 4064/89.
- 107 En toute hypothèse, la requérante n'aurait pas été recevable à demander l'annulation de la décision d'engagement du contrôle approfondi de l'opération notifiée. De par son objet, cet acte n'aurait pas produit d'effets juridiques à l'égard de la requérante, dont il n'était pas susceptible de modifier la position sur le marché, contrairement aux décisions d'engagement du contrôle des aides d'État, eu égard au choix qu'elles impliquent sur la qualification de l'aide et des règles de procédure applicables.
- 108 En outre, la requérante n'aurait eu aucun intérêt à agir en annulation d'une décision qui, en engageant la seule procédure susceptible d'aboutir à une décision

d'incompatibilité de l'opération de concentration notifiée, lui était nécessairement favorable.

- 109 En tout état de cause, les décisions finales de la Commission resteraient attaquables dans tous leurs éléments, car la possibilité de contester une décision engageant une procédure de contrôle ne pourrait avoir pour effet de réduire les droits procéduraux des intéressés en les empêchant de contester la décision finale par l'invocation des irrégularités viciant toutes les étapes de la procédure conduisant à cette décision.
- 110 Enfin, la Commission ne saurait sérieusement exiger qu'un tiers à une procédure de contrôle d'une concentration doive, pour pouvoir être valablement entendu, contester tous les actes intermédiaires de la procédure d'adoption de la décision finale.

– Bien-fondé du moyen

- 111 La requérante soutient que l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP constitue en réalité, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 4064/89, une prise de contrôle de ces actifs par Lagardère, soit conjointement avec NBP, soit par l'intermédiaire de NBP, agissant en tant que mandataire ou commissionnaire, et non pas, comme l'aurait estimé à tort la Commission, une acquisition à titre temporaire de participations dans une entreprise en vue de leur revente ultérieure, au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), dont aucune des conditions cumulatives ne serait remplie.
- 112 Aux fins d'établir cette erreur de qualification, la requérante soutient, en premier lieu, que la revente à Lagardère des actifs a été décidée avant même leur acquisition par NBP et que Lagardère a pris immédiatement en charge les risques financiers de cette acquisition, en deuxième lieu, que les filiales de NBP parties au contrat de cession du 3 décembre 2002 n'ont pas la qualité d'établissements au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), en troisième lieu, que les actifs n'ont pas été acquis par NBP en vue de leur revente, en quatrième lieu, que leur acquisition par NBP aurait permis à Lagardère de déterminer leur comportement concurrentiel et, enfin, en cinquième lieu, que ces actifs présentent un caractère hétéroclite étranger aux prévisions de la disposition précitée.

– Sur le premier grief, tiré de l'exercice d'un contrôle immédiat de Lagardère sur les actifs cible de VUP

- 113 La requérante fait valoir que l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 n'a pas vocation à s'appliquer lorsque la revente des actifs cible à la société absorbante a été, comme en l'espèce, décidée avant même l'intervention de l'établissement financier et n'est ainsi assortie d'aucune incertitude.

- 114 Avant même que NBP n'acquière ces actifs auprès de VUP, le 20 décembre 2002, pour les placer dans le véhicule sociétaire constitué par Investima 10, détenue par Segex, filiale de NBP, NBP et Lagardère auraient conclu, dès le 3 décembre précédent, un accord de vente ferme de ces actifs, soumis à la seule condition suspensive de l'autorisation de la Commission.
- 115 Lagardère aurait ainsi assumé d'emblée, en qualité d'investisseur unique, les risques de l'acquisition des actifs cible de VUP et apporté tout le financement aux filiales de NBP, soit Segex, substituée à NBP, Ecrinvest 4, société anonyme destinée à détenir Investima 10, laquelle devait recueillir les actifs cible de VUP et désintéresser VUP, le 20 décembre 2002, grâce aux fonds apportés par Lagardère à Segex.
- 116 Lagardère se serait en outre engagé à fournir à Segex une garantie à première demande de 50 millions d'euros, à accorder à VUP l'ensemble de la trésorerie nécessaire et à cautionner les loyers de son nouveau siège. Cette prise en charge des risques liés aux activités de VUP contribuerait à établir l'existence d'un contrôle immédiat de Lagardère sur les actifs cible de VUP.
- 117 La Commission estime avoir retenu à juste titre que l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP est une prise de participation temporaire au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89. Elle conteste l'argument de la requérante selon lequel NBP n'aurait pas financé l'acquisition des actifs cible de VUP et serait intervenue comme un simple prête-nom de Lagardère. Aucun contrat de financement n'aurait été conclu entre Lagardère et NBP ou l'une de ses filiales en vue de l'acquisition des actifs cible de VUP : Lagardère aurait versé l'intégralité des montants dans le cadre du contrat de cession, en contrepartie de l'acquisition à terme des actifs qui devaient lui être transférés après l'autorisation du projet de concentration.
- 118 Le 3 décembre 2002, Investima 10, filiale de NBP, via Ecrinvest 4 et Segex, aurait signé une promesse d'achat des actifs de VUP au bénéfice de VUP. L'acquisition des actifs cible de VUP par NBP aurait été réalisée au moyen de différentes transactions avec NBP et ses filiales à 100 %, dont l'intervention équivaldrait à celle de NBP elle-même.
- 119 Le même jour, Segex et Ecrinvest 4 auraient conclu avec Lagardère un contrat de vente à terme ferme, définitive et irrévocable des actifs de VUP au bénéfice de Lagardère, ainsi que le précise l'article 3, paragraphe 1, de cette convention. Il s'agirait d'une vente à terme en ce sens que le transfert de propriété de VUP à Lagardère n'aurait pu intervenir qu'après l'autorisation par la Commission de l'opération de concentration VUP/Lagardère. La vente aurait porté, non pas directement sur VUP, mais sur l'intégralité des titres de la société Ecrinvest 4 et des créances détenues par Segex sur Ecrinvest 4.

- 120 Toujours le même jour, Lagardère aurait payé à Segex le prix de cession des actifs cible de VUP, majoré du montant du capital social d'Ecrinvest 4, et Segex aurait délivré des avances en comptes courants à Ecrinvest 4, à charge pour celle-ci d'assurer des avances en comptes courants équivalentes à Investima 10, de façon à permettre à celle-ci d'acquérir les actifs cible de VUP si la promesse d'achat était levée par VUP.
- 121 Le 20 décembre 2002, VUP aurait exercé cette promesse et signé avec Investima 10 le contrat de cession de ses actifs cible. Les fonds mis à disposition d'Investima 10 par Ecrinvest 4 auraient couvert les besoins de financement de la société Investima 10, en ce compris l'acquisition de ces actifs.
- 122 Certes, Lagardère aurait donné à NBP l'argent nécessaire à l'achat des actifs cible de VUP et à la couverture des frais de transaction, à l'inclusion des coûts des sociétés utilisées pour l'opération de portage financier. La propriété de ces actifs n'aurait été toutefois transférée de VUP à NBP que le 20 décembre 2002 et de NBP à Lagardère que postérieurement à l'autorisation par la Commission de l'opération de concentration envisagée.
- 123 En vertu de l'article 6, paragraphe 2, sous b), du contrat de cession du 3 décembre 2002, Lagardère aurait déclaré assumer l'intégralité des risques de moins-values des actifs cible de VUP depuis la date de la signature du contrat de cession jusqu'au jour du transfert des actions et créances. Corrélativement, Lagardère aurait eu logiquement vocation à bénéficier des plus-values sur les actifs cible de VUP, même en cas de revente à des tiers.
- 124 Ce même contrat aurait précisé que NBP et ses filiales ne supportaient aucun risque du fait de l'acquisition des actifs cible de VUP, Lagardère étant tenu par l'article 7, paragraphe 2, de cette convention, de les indemniser de tout préjudice, conformément à la logique même de cette opération et à l'intention de Lagardère de se porter acquéreur final.
- 125 La requérante déduirait à tort des engagements que Lagardère a pris à l'égard de NBP, tels que le cautionnement des loyers de VUP vis-à-vis de NBP et de ses filiales, qu'il est devenu dès décembre 2002 le seul et véritable propriétaire des actifs cible de VUP. Grâce à son accord avec NBP, Lagardère aurait acquis ces actifs à terme, mais de façon irrévocable, pour autant que le projet de concentration soit autorisé par la Commission.
- 126 Le contrat de cession NBP/Lagardère aurait toutefois prévu que Segex décidait seule des conditions de la cession des actifs cible de VUP en cas d'interdiction du projet de concentration et, en vertu de l'article 3, paragraphe 6, du contrat, Segex aurait été libre de choisir le ou les repreneurs de ces actifs, Lagardère ayant expressément assumé les conséquences pouvant en résulter.

– Sur le deuxième grief, tiré de ce que les filiales de NBP n'auraient pas la qualité d'établissements au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89

- 127 La requérante conteste que Segex, Ecrinvest 4 et Investima 10 aient agi « dans le cadre de [leur] activité normale », au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), car leurs documents sociaux ne révéleraient pas que la transaction et la négociation de titres ou une quelconque activité apparentée relèvent de leur objet social.
- 128 De plus, l'éventuelle qualité d'établissement de crédit ou d'établissement financier d'Investima 10 serait sans portée car, en tant que véhicule juridique des actifs, des personnels et des titres composant VUP, cette société aurait été autant l'un des objets de la transaction que l'un de ses acteurs.
- 129 La Commission expose que le contrat de cession du 3 décembre 2002 précise que sont parties à l'acquisition des actifs cible de VUP, d'une part, Lagardère et, d'autre part, NBP, par l'intermédiaire d'une des filiales de NBP, laquelle serait un établissement répondant aux critères de la disposition en cause. Les accords conclus par NBP et Lagardère seraient d'ailleurs annexés au contrat.
- 130 La requérante confondrait l'accord de cession NBP/Lagardère du 3 décembre 2002 et ses modalités d'exécution. L'accord avec Lagardère aurait été signé par le groupe NBP. Du 3 décembre 2002 à la date du transfert des actifs cible de VUP à Lagardère, Segex, régulièrement utilisée par NBP pour des opérations d'acquisition et de détention temporaires de titres, aurait été détenue, directement et indirectement, à 100 % par NBP, Ecrinvest 4, directement contrôlée à 100% par Segex, et Investima 10, détenue, directement et indirectement, à 100 % par Ecrinvest 4.
- 131 Investima 10, Ecrinvest 4 et Segex auraient ainsi agi pour le compte de NBP et en tant qu'instruments de la mise en œuvre des accords liant NBP et Lagardère. Celui-ci aurait donc bien conclu une convention de portage financier des actifs de VUP avec NBP, établissement de crédit.

– Sur le troisième grief, pris de ce que les actifs cible de VUP n'auraient pas été acquis par NBP en vue de leur revente

- 132 La requérante expose qu'Investima 10 n'a pas acquis ni détenu des participations « en vue de leur revente », au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89. Le contrat de cession NBP/Lagardère du 3 décembre 2002 n'aurait pas pour objet une vente, mais matérialiserait une relation entre Lagardère et ses mandataires, Segex et Ecrinvest 4. À l'instar de commissionnaires, celles-ci accepteraient de se porter acquéreurs des actifs cible de VUP auprès de VUP en leur nom, mais pour ordre et pour le compte de Lagardère. Les modalités de transfert des actifs de VUP illustreraient l'engagement irrévocable de VU de vendre VUP à Lagardère et à NBP.

- 133 Segex et Ecrinvest 4 ne pourraient être qualifiées d'acquéreurs des actifs cible de VUP, car la notion d'acquisition impliquerait un transfert des risques économiques, critère distinguant une opération d'achat/revente d'une simple « intermédiation ».
- 134 L'opération de vente/revente alléguée n'aurait jamais eu un caractère temporaire. L'engagement liant Segex et Lagardère aurait été à durée indéterminée. Dès lors que Lagardère s'attribuait ab initio tous les produits de la vente, même en cas d'interdiction de la concentration, l'acquisition des actifs cible de VUP serait devenue irréversible.
- 135 La Commission confirme que NBP a bien acheté à titre temporaire des participations dans un ensemble de sociétés appartenant à VUP et, accessoirement, quelques actifs qui leur étaient indissolublement attachés. La requérante ne démontrerait nullement que l'investissement aurait perdu son caractère financier.
- 136 Le caractère temporaire de l'intervention de NBP ne ferait aucun doute. Le contrat de vente ferme NBP/Lagardère du 3 décembre 2002 aurait permis à Lagardère, via Ecrinvest 4, après l'autorisation de la concentration VUP/Lagardère, de devenir propriétaire de la totalité du capital d'Investima 10, détentrice des actifs cible de VUP.
- 137 En outre, à défaut d'autorisation de la concentration, le contrat de cession NBP/Lagardère aurait prévu que NBP ne pouvait rester propriétaire des actifs plus d'un an à compter de la signature de l'accord, sauf prorogation par la Commission.
- Sur le quatrième grief pris de la détermination par Lagardère du comportement concurrentiel des actifs cible de VUP
- 138 La requérante estime que les établissements visés à l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 doivent exercer les droits de vote attachés à leurs participations, non pas en vue de déterminer le comportement concurrentiel de l'entreprise, mais à seule fin de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs ou la réalisation de ces participations.
- 139 Si, dans l'accord NBP/Lagardère du 14 octobre 2002, la structure devant détenir les actifs cible de VUP devait s'engager à voter toutes les résolutions présentées par les dirigeants, le contrat de cession NBP/Lagardère du 3 décembre 2002 aurait limité cette liberté prétendument intégrale des organes de gestion par la transformation d'Investima 10 en une structure à directoire et à conseil de surveillance doté d'un droit de veto sur une série de décisions.
- 140 Le droit de veto que l'annexe 7 du contrat du 3 décembre 2002 reconnaît à Segex/Ecrinvest 4 sur toute décision susceptible d'affecter les actifs cible de VUP, irait bien au-delà des prévisions de l'article 3, paragraphe 5, sous a), car il aurait pour effet d'exclure les actifs cible de VUP de tout projet international significatif. Comme l'indique le point 10 de la communication de la Commission concernant

la notion de concentration au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO 1998 C 66, p. 5), l'influence déterminante s'entendrait précisément de la faculté de bloquer des décisions stratégiques et se déduirait de l'existence de droits de veto.

- 141 De plus, la dette considérable de Segex/Ecrinvest 4 à l'égard de Lagardère aurait engendré une contrainte au détriment de Segex et, par conséquent, d'Ecrinvest 4 et, en définitive, d'Investima 10. Segex aurait été dans la situation, envisagée au point 10 de la communication sur la notion de concentration, du titulaire d'une participation de contrôle sans pouvoir réel d'exercice des droits que lui confère cette participation : Segex aurait reçu une rémunération fixe, sans participer aux résultats des actifs cible de VUP et les membres du directoire d'Investima 10 auraient été expressément exclus du champ des clauses limitatives de responsabilité. Segex et les deux membres du directoire d'Investima 10 auraient été ainsi des mandataires gérant les actifs cible de VUP pour le compte de Lagardère.
- 142 Contrairement à ce que soutient la Commission, tous les membres du directoire d'Investima 10 n'auraient pas été d'anciens dirigeants de VUP ou des personnes indépendantes de NBP et de Lagardère. Aussi l'absence de représentants de Lagardère dans les organes de gestion et de direction d'Investima 10 n'aurait-elle pas permis d'exclure son influence sur la stratégie concurrentielle de celle-ci, dès lors que Segex et Ecrinvest 4 agissaient comme les mandataires de Lagardère.
- 143 Enfin, on ne saurait réfuter le caractère commun du contrôle de NBP et de Lagardère sur VUP en invoquant le point 38 de la communication sur la notion de concentration, selon lequel « lorsqu'une opération donne lieu à un contrôle commun pendant une période de démarrage, mais que l'existence d'accords juridiquement contraignants indique que, à ce contrôle en commun, sera nécessairement substitué un contrôle exclusif exercé par l'un des actionnaires, l'ensemble de l'opération doit, normalement, être considéré comme une prise de contrôle exclusif ».
- 144 Les actifs cible de VUP pourrait être difficilement qualifiés d'entreprise commune nouvellement créée en phase de démarrage. En outre, le passage d'un contrôle conjoint des parties aux accords initiaux à un contrôle exclusif n'aurait pas été automatique, car il aurait été tributaire de l'autorisation, nullement acquise, de la Commission.
- 145 La Commission répond que les stipulations du contrat de cession NBP/Lagardère du 3 décembre 2002 citées par la requérante n'auraient pas pour objectif l'exercice d'une quelconque action sur le comportement concurrentiel ou sur la stratégie commerciale des actifs cible de VUP, mais uniquement le maintien de leur valeur. Ces clauses se rapporteraient ainsi à des droits destinés à préparer la réalisation de

ces participations au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89.

- 146 NBP se serait engagée à n'exercer les droits de vote attachés à ses titres dans les actifs cible de VUP qu'en votant en faveur des résolutions présentées par les organes de gestion et de direction et à ne pas intervenir dans la gestion opérationnelle de ces actifs. Investima 10 n'aurait jamais contrôlé leur stratégie concurrentielle pour le compte de Lagardère en exerçant un droit de veto.
- 147 Ce droit, effectivement prévu à l'annexe 7 du contrat de cession NBP/Lagardère du 3 décembre 2002, serait courant dans les opérations relevant de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89. Il viserait à assurer la transmission de tous les actifs cible de VUP au terme de leur portage financier par NBP, conformément à la nature même de celui-ci. En visant les établissements négociant des titres « pour compte propre ou pour compte d'autrui », la disposition précitée postulerait que l'établissement porteur prend avant tout en compte les attentes de l'acheteur pour le compte duquel il intervient et dont il protège les intérêts.
- 148 La structure du projet d'acquisition aurait empêché toute influence déterminante de Lagardère et de NBP sur les actifs cible de VUP pendant le contrôle du projet de concentration Lagardère/VUP. Les garanties consenties par Lagardère en vue du rachat des actifs cible de VUP auraient été apportées à NBP et non aux actifs cible de VUP. On ne pourrait donc pas soutenir que Lagardère exerçait une influence déterminante lui permettant de contrôler le comportement concurrentiel de ces actifs.
- 149 N'ayant pas de représentant dans leurs organes de gestion et de direction, Lagardère n'aurait pu influencer directement leur stratégie concurrentielle. Comme NBP et les dirigeants intéressés s'étaient engagés à ne communiquer à Lagardère aucune information commerciale, stratégique ou concurrentielle sensible sur les actifs cible de VUP, il n'aurait eu aucun moyen de connaître ni, par conséquent, d'influencer indirectement leur position concurrentielle.
- 150 Si NBP était en mesure de nommer les membres du conseil de surveillance d'Investima 10, et donc des actifs cible de VUP, les membres du directoire responsables de la direction et de la gestion de la société auraient été des anciens dirigeants de VUP et des personnes indépendantes tant de NBP que de Lagardère.
- 151 Enfin, les prises de contrôle conjoint temporaires ne devraient pas être considérées comme des concentrations, comme cela ressort du point 38, précité, de la communication concernant la notion de concentration. Selon le vingt-troisième considérant du règlement n° 4064/89, « il est indiqué de définir le concept de concentration de telle manière qu'il ne couvre que les opérations qui aboutissent à une modification durable de la structure des entreprises concernées ».

– Sur le cinquième grief, pris du caractère hétéroclite des actifs et des participations acquis par NBP

- 152 La requérante allègue que, pour relever de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89, l'intervention de NBP devrait, selon les points 41 et 42 de la communication sur la notion de concentration, porter sur des titres de société ou des participations identifiées et non, comme en l'espèce, sur un ensemble hétéroclite d'actifs et de participations.
- 153 La Commission estime dépourvue de fondement la distinction opérée par la requérante entre une prise de participations et l'acquisition d'une entreprise, indépendamment du caractère nouveau et, partant, de l'irrecevabilité de ce moyen. L'article 3, paragraphe 5, sous a), viserait les prises de participations financières temporaires n'impliquant pas l'exercice d'une influence déterminante. Le terme « participations » aurait un sens très général et recouvrirait les cas d'investissements purement financiers et temporaires, dont relèverait incontestablement l'opération de portage financier litigieuse.

Sur le deuxième moyen, pris de la méconnaissance de l'obligation des parties à une concentration de suspendre la réalisation de leur opération

- 154 La requérante considère que l'erreur commise par la Commission dans la qualification juridique de l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP l'a conduite à adopter la décision de compatibilité en méconnaissance de l'interdiction imposée aux parties à une concentration par l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 4064/89 de réaliser une opération de concentration, avant qu'elle ne soit notifiée et déclarée compatible avec le marché commun.
- 155 L'inapplicabilité de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 à l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP aurait une conséquence immédiate sur la nature du contrôle acquis sur ces actifs. Mais même si le Tribunal devait rejeter la thèse de la requérante selon laquelle cette disposition ne s'appliquait pas à l'acquisition temporaire de ces actifs par NBP, il ne pourrait alors que constater que l'application de la disposition en cause ne pouvait au mieux qu'enlever à NBP la qualité de partie notifiante sans toutefois affranchir Lagardère de l'obligation de notifier ab initio la prise de contrôle des actifs cible de VUP réalisée par l'intermédiaire de NBP, celle-ci agissant alors nécessairement pour le compte de Lagardère, aux termes du contrat de cession du 3 décembre 2002 et de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89.
- 156 Dès lors qu'elle décidait d'appliquer l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 au bénéfice de NBP, la Commission aurait dû lever le voile que constituait le mandat confié à NBP par Lagardère et exiger de celui-ci, en sa qualité de véritable acquéreur, la notification sans délai de l'acquisition des actifs cible de VU.

- 157 Ne l'ayant pas fait, elle aurait permis à NBP et à Lagardère de contrôler immédiatement les actifs cible de VUP. Lagardère aurait exercé réellement une influence déterminante sur VUP/Investima 10, en immobilisant les actifs de VUP depuis le 3 décembre 2002 jusqu'à la prise de contrôle par Wendel, à la fin du mois de septembre 2004, de Nouvel Editis, c'est-à-dire d'Editis, amputé des actifs cible conservés par Lagardère.
- 158 La requérante ajoute que, à supposer applicable l'exception visée au point 38, précité, de la communication sur la notion de concentration, selon lequel l'ensemble d'une opération de concentration doit être considéré comme une prise de contrôle exclusive lorsqu'un contrôle exclusif est substitué à un contrôle commun, la violation de l'obligation de suspendre la réalisation de l'acquisition des actifs cible de VUP n'en aurait été pas moins réelle, car l'exception n'exonérerait de notification que la partie prenant part au contrôle conjoint en phase de démarrage pour ne plus y participer ensuite. Elle ne dispenserait pas l'autre partie, détentricice *in fine* d'un contrôle exclusif, de procéder à la notification immédiate de l'opération.
- 159 Il conviendrait de distinguer entre, d'une part, la violation de l'obligation de notification incombant aux parties à une concentration et, d'autre part, la méconnaissance de l'obligation de suspension de l'opération dont la Commission se rend elle-même coupable en consentant à sa mise en œuvre illicite.
- 160 Si la violation par les parties à une concentration de l'obligation de suspendre leur opération n'habilite la Commission qu'à leur infliger une amende afin de les contraindre à la notification, la violation directe par la Commission de cette obligation en raison de son assentiment à la mise en oeuvre illégale de l'opération constituerait une irrégularité procédurale et un détournement de pouvoir.
- 161 La Commission objecte qu'aucun article du règlement n° 4064/89 ne lui permet d'interdire une opération de concentration ou de révoquer une décision d'autorisation adoptée en vertu de l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, au seul motif qu'elle aurait été réalisée de manière anticipée.
- 162 En effet, aux termes de l'article 8, paragraphe 3, et de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 4064/89, la Commission ne pourrait déclarer incompatibles avec le marché commun que les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci. L'article 8, paragraphe 4, du règlement n° 4064/89 envisagerait même l'hypothèse d'une opération d'ores et déjà réalisée.
- 163 La seule arme dont dispose la Commission pour dissuader les entreprises de méconnaître l'obligation de suspendre leur opération de concentration consisterait dans la faculté, mais non dans l'obligation, de prononcer des amendes en vertu de l'article 14, paragraphe 2, sous b), du règlement n° 4064/89.

- 164 Même à supposer que Lagardère ait pris le contrôle de VUP dès décembre 2002, cette méconnaissance de l'obligation de notification préalable serait imputable au seul intéressé et non à la Commission. Cette irrégularité serait susceptible d'être sanctionnée, sans cependant que l'interdiction de l'opération de concentration notifiée puisse constituer une sanction. Une telle interdiction ne serait pas une sanction des étapes procédurales, mais devrait résulter de l'analyse de la situation concurrentielle.

Sur le troisième moyen, tiré de l'absence d'une notification de nature à fonder la compétence de la Commission pour adopter la décision de compatibilité attaquée

- 165 La requérante soutient que l'erreur que la Commission a commise en considérant l'acquisition par NBP des actifs cible de VUP comme une prise de participations provisoire dans une entreprise en vue de leur revente, au sens de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 et non pas comme une prise de contrôle, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 4064/89, a conduit la Commission à accepter de statuer sur le fondement d'une notification qui ne pouvait fonder sa compétence.
- 166 Le contrat de cession NBP/Lagardère du 3 décembre 2002 ne serait pas un contrat d'acquisition d'actifs mais un contrat de commissionnaire. Or, un accord de ce type ne pourrait évidemment servir de base à un engagement de la procédure de contrôle, dès lors que la Commission n'avait pas la compétence pour analyser l'opération qui lui était frauduleusement présentée.
- 167 À supposer même que NBP ait eu un autre rôle que celui d'intermédiaire/mandataire de Lagardère, son rôle conjoint aux côtés de Lagardère aurait nécessairement dû être décrit dans la notification. C'est en réalité la notification même qui aurait dû être rejetée : dès lors qu'elle a été effectuée uniquement par Lagardère, elle n'aurait pas répondu à la condition posée par l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, lequel exige qu'en cas d'acquisition d'un contrôle commun, la notification soit conjointe.
- 168 En sa qualité d'acquéreur du contrôle conjoint sur VUP, Segex/Ecrinvest 4 serait devenue une partie notifiante et ses parts du marché de l'édition auraient donc dû être prises en considération dans l'analyse concurrentielle de l'opération. Ce serait à tort que la Commission exclut cette possibilité de façon péremptoire, d'autant plus qu'il est notoire que NBP a détenu, et détient peut-être encore, une participation dans Gallimard et qu'il est un actionnaire de référence du groupe La Martinière – Le Seuil.
- 169 Selon la requérante, on ne saurait subordonner l'annulation de la décision de compatibilité à la démonstration d'une incidence déterminante de l'illégalité dénoncée sur l'analyse concurrentielle de l'opération de concentration notifiée. Comme il est établi que la Commission s'est prononcée sur la base de faits erronés, la décision devrait être purement et simplement annulée pour erreur de

fait. Dès lors que la Commission dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire, l'inexactitude des données de fait serait réputée influencer sur le sens de la décision prise.

- 170 À supposer que la Commission ait une compétence liée en matière de contrôle des concentrations, elle serait en tout état de cause tenue de déclarer l'opération notifiée incompatible avec le marché commun dans les conditions prévues à l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 4064/89. Le Tribunal ne pourrait laisser subsister une décision trouvant son origine dans une dénaturation des faits tels que communiqués à la Commission.
- 171 Même en termes d'analyse concurrentielle de l'opération notifiée, l'effet de la violation de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 serait parfaitement mesurable, dès lors qu'elle a avantagé Lagardère dans le processus de revente, permis d'affaiblir les actifs de VUP et qu'elle a, dès le départ, directement bouleversé les références économiques sur lesquelles est fondée l'analyse concurrentielle de la décision de compatibilité.
- 172 La requérante soutient qu'il appartient en effet à la Commission d'apprécier l'opération qui lui est soumise en comparant la situation ex ante avec celle qui pourrait résulter de la situation ex post. Or, la Commission affirmerait avoir écarté, dans son analyse de la position concurrentielle des actifs, leur accès aux ressources conglomerales détenues par VU dans les secteurs de la communication et du divertissement, au motif que VUP ne faisait déjà plus partie de VU, mais du groupe NBP, lequel était dépourvu de telles ressources, comme si l'acquisition par NBP était effectivement irréversible.
- 173 Une telle affirmation reviendrait à reconnaître que si, à l'inverse, le transfert s'était effectué sans l'intermédiaire de NBP, mais en partant de l'intégration de VUP dans le conglomerat de VU, pour évaluer la puissance d'Editis après l'opération et sa cession à un tiers ne disposant pas de ressources conglomerales, la perte de l'accès à ses ressources aurait été prise en compte pour déterminer la capacité résiduelle de Nouvel Editis d'être un concurrent aussi efficace qu'auparavant.
- 174 La conclusion aurait été nécessairement négative et il aurait donc fallu refuser l'affaiblissement additionnel procédant du transfert à Lagardère de Larousse, une des marques le plus emblématiques et donc la plus à même de se dispenser d'un accès important aux médias. On pourrait tenir le même raisonnement à l'égard d'Anaya, élément de diversification international et source de trésorerie utile pour amortir la perte de l'accès à des ressources conglomerales.
- 175 La Commission rappelle que le critère posé par l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 4064/89 pour l'adoption d'une décision d'incompatibilité est, selon l'article 2, paragraphe 3, de ce texte, la création ou le renforcement d'une position dominante ayant comme conséquence l'entrave significative à une concurrence

effective dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ce serait à cette seule condition qu'une opération de concentration peut être interdite.

- 176 Elle soutient que, pour que le moyen de la requérante soit opérant, il faudrait encore qu'elle démontre que les erreurs de fait alléguées ont servi de fondement au raisonnement juridique développé par la Commission dans la décision de compatibilité. Dès lors que ces prétendues erreurs sont en tout état de cause sans influence sur l'appréciation au fond de l'opération notifiée au regard du droit de la concurrence, elles ne sauraient entraîner l'annulation de la décision.
- 177 L'inexactitude des données de fait alléguée par la requérante ne reviendrait en définitive qu'à soutenir que l'opération aurait été réalisée quelques mois avant sa notification et avant son autorisation, sans que la nature ou l'effet de celle-ci sur le marché en cause en soient par ailleurs affectés.
- 178 La requérante ne démontrerait pas que les inexactitudes factuelles alléguées ont eu pour effet de masquer la création ou le renforcement de positions dominantes qui aurait dû entraîner une déclaration d'incompatibilité de l'opération de concentration notifiée.
- 179 Une éventuelle requalification de l'acquisition préalable des actifs cible de VUP par NPB en prise de contrôle conjointe de VUP par NBP et par Lagardère serait en tout état de cause dépourvue d'incidence sur la validité de la décision de compatibilité, car l'adjonction du chiffre d'affaires de NBP à celui de Lagardère n'aurait pas changé la désignation de l'institution compétente pour analyser l'opération.
- 180 Comme NBP est une banque d'investissement sans participation de contrôle dans l'édition, un contrôle conjoint de NBP n'aurait donné lieu à aucune adjonction de parts de marché supplémentaires ou d'activités connexes à celles de Lagardère et de VUP. L'analyse des marchés affectés par l'opération de concentration n'aurait pas été modifiée. Eu égard à la puissance financière de Lagardère, l'inclusion de NBP n'aurait rien ajouté non plus à l'analyse sous cet aspect.
- 181 La requérante méconnaîtrait le principe même de l'accord de vente à terme lorsqu'elle allègue que les parts de marché de NBP dans le secteur de l'édition auraient dû être prises en compte dans l'analyse concurrentielle de l'opération notifiée. Dès lors que Lagardère devient le propriétaire des actifs, NBP ne le serait plus et le contrôle de la Commission porterait sur la situation dans laquelle Lagardère acquiert les actifs de VUP et non celui de la situation intermédiaire, de courte durée, où NBP les « porte » pour le compte de Lagardère.
- 182 Selon la Commission, la requérante ne démontre pas que, s'il avait fallu considérer que VUP avait encore accès à des ressources conglomerales juste avant l'opération de concentration, il aurait dû s'ensuivre l'interdiction de l'opération de concentration notifiée.

- 183 Il ne s'agirait pas de rétablir la situation concurrentielle ex ante mais de s'assurer que la nouvelle situation concurrentielle ne crée ou ne renforce une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative. Lorsqu'il n'y a pas de position dominante avant l'opération ni, comme en l'espèce, après l'opération, telle qu'autorisée, le point de savoir si et dans quelle mesure la situation a changé serait dépourvu de pertinence.

Sur le quatrième moyen, tiré de l'existence d'une fraude à la loi

- 184 La requérante affirme que l'erreur de qualification juridique de l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP a conduit la Commission à valider un montage entaché de fraude, cas de révocation d'une décision d'autorisation d'une concentration expressément prévu par l'article 8, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89.
- 185 Par l'intermédiaire de Segex, Lagardère aurait acquis les titres et actifs cible de VUP et cette interposition de personnes, instituée par la convention de portage financier des actifs cible de VUP aurait été l'instrument d'une fraude visant à détourner l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 en ignorant ses termes et sa finalité.
- 186 La fraude aurait été mise en œuvre par un accord de volontés entre VU, Lagardère et NBP pour violer le principe d'égalité des chances dans le cadre de l'appel d'offres organisé par VU et favoriser délibérément l'un des candidats acheteurs.
- 187 Si les autres consortiums intéressés par la reprise de VUP avaient su que la Commission accepterait que la mise sous tutelle des actifs sous le contrôle flou d'une banque prêtant son agrément pouvait permettre le versement immédiat des sommes à VU, la concurrence entre les offres aurait été loyale.
- 188 Selon la requérante, l'approbation tacite par la Commission du portage financier des actifs cible de VUP a produit un effet direct et mesurable sur le marché, car elle est intervenue au cours de la période critique précédant la remise par Lagardère de son offre à VU. Cette approbation tacite, accordée sans que l'on sache si la Commission était informée que NBP ne finançait pas l'opération, aurait permis à Lagardère de participer à un appel d'offres auquel ce groupe n'aurait pas pu prendre part autrement. Si l'application de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 avait été refusée, Lagardère aurait été légitimement écarté du processus, au lieu d'être admis et avantagé par la Commission, du fait d'avoir été dispensé de la charge d'une notification immédiate et autorisé à procéder à un versement immédiat des sommes à VU.
- 189 La faculté ouverte à Lagardère, par l'article 4, paragraphe 2, sous i), d), du contrat de cession du 3 décembre 2002, d'intervenir directement en vue de la préservation de la valeur des actifs de VUP démontrerait que la « clause bancaire » de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 a été intégralement

détournée de son objet, car elle aurait profité en fin de compte au seul véritable acquéreur qui ne pouvait nullement prétendre en bénéficier.

- 190 Enfin, l'accord entre VU et Lagardère conduisant VU à accepter que NBP se substitue au véritable acquéreur exclusivement aux fins d'un contournement du droit des concentrations, constituerait un accord contraire à l'article 81 CE, en ce qu'il viole la concurrence dans le cadre de l'appel d'offres lancé par VU, voire à l'article 82 CE, si l'on considère que VU était en position dominante sur la vente des actifs de VUP sur le marché de la vente des entreprises du secteur de l'édition.
- 191 La Commission fait observer qu'elle a seulement la faculté mais nullement l'obligation de sanctionner par une amende, en vertu de l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 4064/89, les entreprises qui donnent des indications inexactes ou dénaturées ou de révoquer sa décision d'autorisation, en vertu de l'article 6, paragraphe 3, deuxième alinéa, ou de l'article 8, paragraphe 5, deuxième alinéa, du règlement.
- 192 A supposer que la notification de l'opération de concentration ait été le résultat d'un montage frauduleux, la Commission n'aurait donc pas commis d'illégalité en analysant l'opération notifiée et en adoptant une décision de compatibilité.

Sur le cinquième moyen, pris de la méconnaissance du délai de notification de l'opération de concentration notifiée

- 193 La requérante soutient que la Commission a violé l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 4064/89, selon lequel les opérations de concentration visées par ce texte doivent lui être notifiées dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord.

– Recevabilité du moyen

- 194 La Commission fait observer que la requérante soutient que le délai de notification a été violé en se basant sur un prétendu contrôle de fait de Lagardère sur les actifs de VUP acquis par NBP. Cependant, un tel raisonnement n'aurait de sens que si l'on accueillait le premier moyen par lequel la requérante reproche à la Commission ne pas avoir considéré l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP en décembre 2002 comme une concentration par prise de contrôle, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b) du règlement n° 4064/89.
- 195 Mais comme le premier moyen est irrecevable en ce qu'il ne peut plus être invoqué au soutien du recours en annulation dirigé contre la décision attaquée, la requérante ne saurait se fonder sur ce prétendu contrôle de fait pour soutenir que les délais de notification n'auraient pas été respectés.
- 196 La requérante se réfère aux arguments qu'elle a développés au soutien de son premier moyen.

– Bien-fondé du moyen

- 197 La requérante souligne que le délai moyen des notifications s'élève à 8 semaines en matière de contrôle des concentrations. Or, il se serait écoulé, au mieux, dix-neuf semaines entre l'accord irrévocable conclu entre NBP et Lagardère et la notification du 14 avril 2003, si l'on admet le raisonnement de la Commission selon lequel le contrat de cession NBP/Lagardère du 3 décembre 2002 constitue un tel accord irrévocable.
- 198 Selon la requérante, la décision attaquée n'aurait pas encouru de critiques si la Commission avait refusé d'appliquer à l'acquisition des actifs cible de VUP par NBP la dérogation à l'obligation de notification découlant de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89 ou indiqué aux parties, avant ou après leur communiqué de presse commun du 23 octobre 2002, les réserves que leur montage devait lui suggérer et si, ensuite, elle avait au moins mis Lagardère en demeure de respecter les délais de procédure.
- 199 La Commission répond que la requérante n'est pas fondée à prétendre que le délai de notification de l'opération de concentration n'a pas été respecté, en l'absence de tout contrôle de fait de Lagardère sur VUP.
- 200 Il conviendrait, en toute hypothèse, d'examiner la question des délais à la lumière des objectifs poursuivis par le règlement n° 4064/89. Le Tribunal aurait considéré que le délai de trois semaines accordé aux parties à une concentration pour déposer des engagements au cours de la première phase du contrôle de l'opération liait avant tout les parties (arrêt du Tribunal du 3 avril 2003, Philips/Commission, T-119/02, Rec. p. II-1433, points 235 et 238 à 240). La Commission pourrait décider d'accepter une notification après l'expiration du délai de notification d'une semaine fixé par l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 4064/89.
- 201 Eu égard au court laps de temps séparant le moment où Lagardère s'est porté candidat à la reprise de VUP et la signature du contrat de vente ferme Lagardère/NBP du 3 décembre 2002, le délai de notification de 19 semaines compris entre le 3 décembre 2002 et le 14 avril 2003 ne serait ni inhabituel, ni exceptionnellement long.
- 202 En outre, les parties auraient adressé à la Commission un premier projet de notification le 10 décembre 2002, soit une semaine après la signature du contrat de vente. De plus, Lagardère aurait pris contact avec la Commission dès le mois de septembre 2002, avant même que sa candidature ne soit retenue. Lagardère aurait donc préparé la notification de l'opération de concentration notifiée en constante liaison avec les services de la Commission, qui auraient estimé en pleine connaissance de cause que les délais en cause n'altéraient pas la situation concurrentielle.

Sur le sixième moyen, pris d'une longueur excessive de la procédure de contrôle

– Recevabilité du moyen

- 203 La Commission excipe de l'irrecevabilité du moyen en faisant observer que l'allongement de la procédure de contrôle a résulté de deux décisions adoptées en application de l'article 11 du règlement n° 4064/89, suspendant le délai imparti à la Commission pour statuer sur la compatibilité de l'opération notifiée. N'ayant pas formé de recours dans les deux mois à l'encontre de ces décisions, ni même demandé une copie de leur texte intégral, dans un délai raisonnable à partir de la date à laquelle elle a eu connaissance de leur existence, la requérante ne serait plus recevable à invoquer la longueur excessive de la procédure de contrôle au soutien de sa demande d'annulation de la décision de compatibilité, dès lors que cette décision est confirmative des deux décisions précitées au regard de la suspension des délais.
- 204 En outre, la requérante n'aurait aucun intérêt à soulever ce moyen. Même si la durée du contrôle de l'opération notifiée avait été excessive, l'intérêt de la requérante à ce que la concurrence ne soit pas entravée par une opération incompatible avec le marché commun au cours de ce contrôle aurait été sauvegardé par l'obligation édictée par l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 4064/89, qui impose aux parties à une concentration de ne pas mettre celle-ci en oeuvre avant la décision finale de la Commission.
- 205 En tout état de cause, la constatation de l'illégalité des deux suspensions de délai imposerait de considérer que la Commission n'a pas pris de décision finale au titre de l'article 8, paragraphes 2 ou 3, dans le délai réglementaire (arrêt *Schneider/Commission*, précité, T-310/01, point 111). Il découlerait en effet de l'article 10, paragraphe 6, du règlement n° 4064/89 que, si la Commission n'a pas statué sur la compatibilité d'une opération de concentration dans le délai de quatre mois à compter de la date de l'ouverture de la procédure de contrôle approfondi, cette opération est réputée déclarée compatible avec le marché commun. Par conséquent, l'effet d'une constatation de l'illégalité des deux décisions de suspension produirait le résultat inverse de celui recherché par la requérante.
- 206 La requérante objecte à l'exception d'irrecevabilité du moyen soulevée par la Commission qu'elle revient à dire que, pour faire accélérer la procédure administrative, la requérante aurait dû demander au Tribunal la suspension de la suspension. Pour le surplus, elle reproche à la Commission de mélanger les questions de recevabilité et de fond.

– Bien-fondé du moyen

- 207 La requérante considère que le maintien d'un contrôle commun de VUP pendant la période de treize mois comprise entre décembre 2002 et l'adoption de la décision de compatibilité, le 7 janvier 2004, a nécessairement affecté la

préservation et le développement d'une concurrence effective, au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 4064/89.

- 208 Elle souligne que le délai de quatre mois imparti à la Commission pour statuer sur la compatibilité de l'opération notifiée a été suspendu du 14 mai au 11 juillet 2003 et du 25 juillet au 26 août 2003, soit une période totale de près de trois mois, alors même que la notification était déjà intervenue avec un retard de plus de quatre mois. Pas moins de sept mois au cours desquels VUP a été privée d'autonomie concurrentielle auraient été ainsi perdus.
- 209 Certaines des demandes de renseignement ordonnées par voie de décisions seraient surprenantes par leur caractère élémentaire. D'autres seraient, au contraire, extrêmement détaillées, de sorte que les délais de réponse accordés à Lagardère semblent singulièrement courts. La requérante serait donc en droit de se demander si de tels délais de réponse étaient réalistes et si les demandes de renseignements ne visaient pas simplement à cautionner un retard pris dans la procédure par une prolongation normalement interdite par le règlement n° 4064/89.
- 210 Au cours des dix-huit mois écoulés depuis l'immobilisation des actifs cible de VUP entre les mains de Segex/Ecrinvest 4 pour le compte de Lagardère, intervenue en décembre 2002 jusqu'au 30 juillet 2004, date de l'adoption de la décision autorisant Lagardère à revendre à Wendel les actifs cible, aucun autre candidat n'aurait pu prétendre au rachat de VUP et VU n'aurait pu prendre aucune décision stratégique pour son développement. De plus, Lagardère aurait détenu sur Ecrinvest 4 une créance importante lui donnant tous les moyens d'influencer la conduite de ses affaires de façon déterminante, ou tout au moins d'empêcher que les organes de VUP prennent une décision contraire aux intérêts de Lagardère.
- 211 Pendant près d'un an, Lagardère aurait pu accéder sans aucun contrôle à des informations confidentielles sur VUP et à ses dirigeants et l'interdiction d'accéder aux informations sur les actifs cible imposée à Lagardère par la décision de compatibilité serait ainsi vidée de toute portée.
- 212 Dans ces conditions, la Commission n'aurait pas pu autoriser l'opération en se fondant sur l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89 et aurait donc dû interdire purement et simplement l'opération de concentration notifiée.
- 213 La Commission reproche à la requérante de ne pas démontrer l'atteinte à la concurrence censée résulter de la longueur de la procédure de contrôle de l'opération notifiée. Elle n'apporterait aucun élément factuel et objectif indiquant que la situation de VUP se serait dégradée pendant cette période. Les éléments dont dispose la Commission suggéreraient le contraire.
- 214 L'allégation selon laquelle Lagardère aurait pu avoir, pendant la procédure de contrôle, accès aux informations confidentielles portant sur VUP serait sans fondement. Le contrat de vente Lagardère/NBP aurait obligé NBP et les dirigeants

de VUP à ne communiquer à Lagardère aucune information sensible de nature commerciale, stratégique ou concurrentielle sur VUP. La requérante n'apporterait pas la moindre preuve d'une violation de cette obligation. En tout état de cause, il n'apparaîtrait pas que des échanges d'informations confidentielles, à les supposer avérés, puissent affecter la légalité de la décision de compatibilité.

215 La Commission s'étonne de la contradiction interne de l'argumentation de la requérante consistant à interpréter l'existence de courts délais de réponse comme le signe d'une volonté de la Commission de rallonger la procédure de contrôle. En outre, les délais de réponse impartis à Lagardère n'auraient pas été singulièrement courts, contrairement à ce que soutient la requérante.

216 Les demandes de renseignements n'auraient nullement présenté de caractère rudimentaire car, après avoir déterminé les marchés en cause, la Commission aurait été dans l'obligation d'obtenir des parties des informations relatives à la taille des marchés sectoriels définis et à leurs positions sur ces marchés.

Sur le septième moyen, tiré de la violation de l'obligation de motivation

217 La requérante considère que la Commission a méconnu l'obligation de motivation qui lui incombe en vertu de l'article 253 CE.

218 La décision de compatibilité ne contiendrait aucune motivation sur les points suivants :

- l'application de l'article 3, paragraphe 5, sous a), du règlement n° 4064/89, malgré le non-respect de ses conditions d'application ;
- la définition du contrôle acquis sur VUP comme contrôle unique, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 4064/89 ;
- le défaut d'examen du rôle d'Albin Michel et de la soustraction de Larousse, de Dalloz et de Dunod du nombre des clients de l'unité de distribution d'Editis ;
- l'adoption d'une autorisation de l'opération notifiée sous conditions et charges, de préférence à une interdiction, malgré le renforcement de la position de Lagardère sur plusieurs marchés.

219 Par ailleurs, selon la requérante, les positions de départ occupées sur les marchés concernés par les parties à l'opération de concentration notifiée, que la Commission prétend avoir prises en compte pour conclure à l'existence ou non d'une création ou d'un renforcement de positions dominantes, n'apparaissent pas à la lecture de la décision de compatibilité.

220 Alors que la Commission consacre près de 234 des 275 pages de la décision à l'analyse de l'opération de concentration notifiée, qui n'aura pas lieu en l'état, elle

limiterait à quatre pages l'analyse des engagements de Lagardère de rétrocéder des actifs correspondant à environ 80 % du chiffre d'affaires d'Editions sur les marchés de l'édition francophone.

- 221 De plus, le considérant 995 de la décision de compatibilité serait incompréhensible, tant sur les positions de départ des parties sur les marchés concernés que sur la présence du nouvel ensemble après les rétrocession d'actifs. La seule indication de parts de marché contenue dans ce paragraphe porterait sur la part du nouvel ensemble après l'opération, mais avant ces rétrocessions.
- 222 La requérante ajoute que l'ambiguïté, voire le caractère sibyllin, de la décision en ce qui concerne l'analyse des effets « post-engagements » de la concentration sur le marché des dictionnaires est telle qu'elle ne permet pas de cerner avec précision le raisonnement qui a conduit la Commission à valider les engagements de Lagardère sur ce marché et à autoriser l'opération sous réserve de ces engagements. La décision ne comporterait aucune analyse de l'acquisition de Larousse par Lagardère.
- 223 Enfin, la décision de compatibilité ne permettrait pas de comprendre quel sera l'impact financier de la perte pour Editions de 40 % de ses actifs et, réciproquement, sur la force de Lagardère, dès lors que celle-ci demeure le seul groupe ayant une dimension conglomérale.
- 224 La Commission estime avoir examiné dans une décision particulièrement motivée tous les éléments pertinents de son analyse de la puissance de Lagardère et considère comme dépourvues de fondement les allégations de la requérante.
- 225 La motivation relative aux engagements de Lagardère repris dans la section VII de la décision serait, certes, concise, mais néanmoins complète. Elle pourrait être concise, car elle est le pendant, en toute logique, des problèmes de concurrence soulevés par l'opération notifiée et exposés dans la section VI. Lorsqu'une position dominante sur les marchés de l'édition francophone résulte de la concentration de deux grandes entreprises, il serait généralement admis que la suppression de la quasi-totalité des actifs d'une de ces entreprises sur ces mêmes marchés limite la dominance.
- 226 En réponse au reproche du défaut d'analyse de l'impact financier de la perte pour Editions de 40 % de ses actifs et de l'impact de celle-ci sur Lagardère, la Commission rappelle que son analyse doit se limiter à la question de savoir si les engagements permettent d'éviter la création ou le renforcement d'une position dominante, et non pas de s'assurer que la situation concurrentielle en général resterait inchangée après l'opération de concentration.
- 227 La motivation consacrée par le considérant 995 à l'acquisition de Larousse par Lagardère serait suffisante. Étant donné que VUP détenait les deux principales marques du marché concerné, il n'y aurait pas eu lieu de supposer que la

répartition de ces titres entre Editis et Lagardère créerait une position dominante de Lagardère, Larousse ayant une part de marché plus faible que Robert.

Sur le huitième moyen, pris d'une erreur manifeste dans l'appréciation de la puissance économique réelle des parties en présence

228 La requérante développe quatre griefs au soutien du huitième moyen.

– Défaut d'analyse des pouvoirs de marché individuels des parties à l'opération de concentration notifiée

229 La requérante note qu'une erreur manifeste d'appréciation de la puissance réelle de Lagardère résulte tout d'abord de l'absence d'analyse des pouvoirs de marché individuels de Lagardère et de VUP. La prise en compte de leurs positions de départ respectives aux fins de conclure à l'existence d'une position dominante ou à son renforcement ne résulterait pas de la lecture de la décision.

230 En particulier, la décision de compatibilité ne comporterait aucune analyse de la situation individuelle d'Hachette au-delà de ses parts de marché et la Commission paraîtrait faire dépendre exclusivement l'existence d'une position dominante des seules parts de marché que la future entité détiendra à l'issue de l'opération, sans se prononcer clairement sur le point de savoir si VUP ou Lagardère étaient individuellement en position dominante.

231 De plus, le considérant 995 de la décision de compatibilité serait incompréhensible, tant sur les positions des parties que sur la position du nouvel ensemble après les rétrocessions d'actifs. La seule indication de parts de marché contenue dans ce considérant se rapporterait à la position du nouvel ensemble après l'opération, mais avant les désinvestissements.

232 En particulier, l'ambiguïté de l'analyse opérée par la décision de compatibilité des effets produits par l'opération notifiée sur le marché des dictionnaires, postérieurement aux engagements consentis par Lagardère, ne permettrait pas de cerner avec précision le raisonnement qui a conduit la Commission à valider ceux-ci et à autoriser l'opération sous réserve de leur respect.

233 La Commission soutient avoir constaté que l'opération de concentration notifiée allait créer une position dominante sur la quasi-totalité des marchés examinés, ce qui impliquerait qu'une telle position n'existait pas précédemment. Le point de départ de toute conclusion sur l'impact concurrentiel d'une concentration serait la position dominante ou non de chacune des entreprises concernées, prises individuellement. Dans son appréciation de la situation des différents marchés où elle a constaté la création d'une position dominante, la Commission aurait évoqué les parts de marché séparées de Lagardère et de VUP avant la concentration.

234 Même si la décision de compatibilité relève parfois que Lagardère et VUP constituaient les principales forces concurrentielles sur un marché donné, ils

auraient été confrontés à des concurrents de taille et leurs parts de marché respectives n'auraient donc guère été de nature à constituer le fondement d'une position dominante unique détenue par l'une ou l'autre d'entre elles. La requérante n'ayant pas fourni le moindre indice de l'existence d'une position dominante avant la concentration, il ne serait pas nécessaire d'aborder plus longuement ce point.

- 235 En tout état de cause, l'analyse effectuée dans la décision serait articulée autour de plusieurs facteurs, dont chacun a joué un rôle dans la constatation de la création ou du renforcement de positions dominantes : les traditionnels effets horizontaux, assimilables à ceux découlant des additions de parts de marché, les effets verticaux et congloméraux et, enfin, l'ensemble des éléments pouvant contraindre la création ou le renforcement du pouvoir de marché du fait de la mise en commun des parties à l'opération notifiée, tels que le contrepouvoir des concurrents actuels, celui des concurrents potentiels et futurs, ainsi que ceux de l'offre, les fournisseurs, et de la demande, les clients et les consommateurs.
- 236 Une éventuelle faiblesse du considérant 995 de la décision de compatibilité, alors que celle-ci en dénombre 1 011, ne saurait suffire à établir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation de la puissance réelle de Lagardère. En toute hypothèse, le considérant 995 concernerait les remèdes et devrait donc être lu en combinaison avec l'analyse concurrentielle pertinente développée aux considérants 894 à 909.
- 237 Contrairement à ce que soutient la requérante, la décision aurait bien analysé les effets des engagements de Lagardère. Il ressortirait clairement du considérant 995, d'une part, que Hachette Livre serait avec Larousse un concurrent plus faible que ne l'était VUP et, d'autre part, que VUP, sans Larousse, serait un concurrent plus important que ne l'était Hachette Livre avant l'opération. Les engagements auraient donc bien pour effet de rétablir une concurrence effective sur le marché des dictionnaires.

– Absence d'addition des parts de marché d'Albin Michel et de Lagardère

- 238 La requérante considère que la Commission aurait dû ajouter la part de marché d'Albin Michel à celle de Lagardère pour pouvoir apprécier de manière exacte le pouvoir de marché de ce groupe avant et après l'opération de concentration notifiée. Toute la décision de compatibilité décrirait une situation de dépendance économique d'Albin Michel à l'égard de Lagardère/Hachette. Associée à l'existence de liens capitalistiques entre les deux entreprises, cette situation serait susceptible de caractériser l'existence d'une influence déterminante de Lagardère sur Albin Michel.
- 239 En ne retenant pas l'existence d'un véritable contrôle de Lagardère sur Albin Michel, la Commission aurait fait une appréciation erronée de la situation, alors que tous les éléments permettaient de retenir l'existence d'un tel contrôle et d'additionner ainsi leurs parts de marché respectives. Si la Commission avait tenu

compte de cette situation, elle aurait apprécié différemment les effets de l'opération non seulement sur le plan horizontal mais également sur les plans vertical et congloméral.

- 240 Ainsi, la suppression quasi-totale des chevauchements d'activités des parties en vertu des engagements de Lagardère n'aurait pas été susceptible de régler tous les problèmes verticaux et congloméraux créés par l'opération notifiée. Ceux-ci n'auraient pu être que renforcés par l'intégration des parts de marché d'Albin Michel et de Lagardère/Hachette.
- 241 La Commission reproche à la requérante de ne pas démontrer comment, à la supposer justifiée, l'addition des parts de marché de Lagardère et d'Albin Michel aurait changé l'appréciation concurrentielle de l'opération notifiée ou des engagements de Lagardère. Le contrôle des concentrations s'exerçant sur les changements apportés par l'opération de concentration, on verrait mal en quoi l'appréciation par la Commission d'engagements supprimant presque tout chevauchement entre les parties aurait été affectée par l'allégation selon laquelle, avant et après la concentration, la part de marché d'Albin Michel sur divers marchés pertinents aurait dû être attribuée dans son intégralité à Hachette.
- 242 Dans la mesure où elle s'appuie sur les données de la Commission, la requérante reconnaîtrait implicitement que la situation particulière d'Albin Michel a bien été prise en considération. La Commission aurait été tout particulièrement attentive à la nature des relations entretenues par Hachette et Albin Michel. Elle aurait relevé que Hachette est le distributeur des livres d'Albin Michel et publie généralement en format de poche les succès commerciaux d'Albin Michel. Mais ces éléments n'auraient pas conduit la Commission à conclure qu'Albin Michel devait être considérée comme une maison d'édition contrôlée de fait par Hachette. L'addition des parts de marché d'Albin Michel à celles d'Hachette ne se serait donc pas imposée.
- 243 Le poids particulier d'Albin Michel découlant de ses liens avec Hachette aurait été largement pris en compte comme élément contribuant à la création de positions dominantes de l'entité fusionnée sur certains marchés bien spécifiques. Tel aurait été le cas des effets verticaux induits par la position d'Hachette comme distributeur des ouvrages d'Albin Michel et des étroites relations capitalistiques et opérationnelles de Lagardère avec Albin Michel sur le marché primaire des droits français de livres de littérature générale, sur les marchés des services de diffusion et sur les marchés de la vente de livres.
- 244 La décision d'ouverture du contrôle approfondi de l'opération notifiée aurait envisagé, notamment en ses considérants 311 à 314, l'éventualité d'une absence de concurrence effective entre Lagardère et Albin Michel et les parts de marché de Lagardère incluant les positions d'Albin Michel auraient été analysées. La Commission aurait donc conclu qu'il convenait d'écarter cette hypothèse, après l'avoir dûment examinée.

245 Au point 41 de son mémoire en intervention, la partie intervenante Lagardère précise les raisons pour lesquelles elle estime qu'Albin Michel dispose d'une indépendance concurrentielle : celle-ci diffuserait elle-même ses ouvrages auprès de plus de 1 400 des librairies les plus importantes, à raison de plus de la moitié de son chiffre d'affaires total. Albin Michel pourrait ainsi assurer la diffusion de ses ouvrages à l'ensemble des détaillants et ne dépendrait donc pas des équipes de diffusion d'Hachette Livre. De nombreux ouvrages publiés par Albin Michel en grand format paraîtraient en format de poche chez d'autres éditeurs que Livre de Poche, de sorte qu'Albin Michel ne dépend pas de cet éditeur.

– Sur l'absence d'analyse des effets du démantèlement d'Editis

246 La requérante soutient que l'analyse des engagements proposés par Lagardère pour remédier à la création ou au renforcement d'une position dominante obligeait la Commission à vérifier plus généralement que la préservation ou le développement d'une concurrence effective ne risquait pas d'être compromis par la mise en oeuvre de ces engagements. Or, la Commission se serait abstenue d'analyser les conséquences du démantèlement de VUP en deux entités inégales, du fait de l'achat de VUP assorti d'une revente de 60 % de tous ses actifs, ainsi que de son affaiblissement en raison des engagements souscrits par Lagardère.

247 La Commission ne pourrait affirmer que Nouvel Editis est doté des ressources managériales, éditoriales et de support nécessaires pour concurrencer efficacement Lagardère. Le démantèlement d'Editis aurait creusé un fossé entre les deux groupes d'édition : alors que VUP et Lagardère réalisaient chacun des chiffres d'affaires de 958 millions et 928 millions d'euros en 2003, Hachette Livre aurait réalisé en 2004, à la suite de l'opération de concentration notifiée, un chiffre d'affaires de 1 550 millions d'euros, contre 696 millions d'euros pour l'ensemble désinvesti.

248 L'avantage ainsi pris par Lagardère sur son principal concurrent en termes de volume d'activité et de puissance financière n'aurait pas pu être considéré comme dépourvu d'importance. Or, selon le point 36 des lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (JO 2004 C 31, p. 5), la Commission pourrait « tenir compte, entre autres, de la puissance financière de la nouvelle entité par rapport à ses concurrents ».

249 En outre, Larousse, Armand Colin, Dunod et Dalloz, qui devaient rejoindre Lagardère dans le secteur de la distribution en 2006, représenteraient 13 % de l'activité logistique. Le manque à gagner représenté par leur départ serait de 122 millions d'euros de chiffre d'affaires sur les 714 millions actuellement dégagés par l'activité logistique. Il faudrait attendre 2007 pour qu'Editis espère sortir de la crise causée par cette perte. La décision de compatibilité aurait ainsi infligé à Nouvel Editis un handicap concurrentiel majeur en lui laissant un outil de distribution en situation de grave sous-exploitation, génératrice de surcoûts et d'une grave distorsion de concurrence.

- 250 Enfin, le démantèlement de VUP/Editis aurait également changé la donne à l'échelon international : avec la perte de l'espagnol Anaya, Nouvel Editis serait devenu un concurrent purement français. Seul Lagardère pourrait désormais prétendre opérer sur les marchés internationaux non francophones, lesquels constituent des sources de revenus majeures permettant une diversification géographique essentielle pour limiter l'impact des conjonctures économiques nationales sur le chiffre d'affaires et les bénéfices d'un groupe d'édition.
- 251 En permettant l'émergence d'une telle situation, la Commission aurait ignoré que la rivalité entre deux concurrents de taille égale tels que Lagardère et Hachette, d'une part, et VUP, d'autre part, constituait le principal moteur de la concurrence sur le marché.
- 252 La Commission répond que la simple lecture de l'analyse des remèdes contenue dans la décision suffit à établir que l'argumentation de la requérante tirée du défaut d'analyse des effets des engagements de Lagardère sur Editis est dépourvue de fondement.
- 253 La Commission récuse par ailleurs le terme de « démantèlement », au motif que les actifs de VUP rétrocédés par Lagardère, naturellement d'une taille plus modeste que celle de VUP, resterait suffisamment cohérente et intégrée pour constituer un concurrent effectif sur les marchés francophones. Nouvel Editis disposerait de toutes les ressources managériales, éditoriales et de support nécessaires. La décision relèverait, en son considérant 1 006, que la partie notifiante s'est engagée à céder en bloc le groupe VUP, à l'exception de certains actifs particuliers, dont les activités non francophones.
- 254 Le considérant 13 des engagements de Lagardère annexés à la décision de compatibilité prévoirait une période de transition de deux ans, au cours de laquelle les ouvrages de Larousse, de Dunod et de Dalloz continueront d'être distribués par la plate-forme de distribution d'Editis, Interforum. De plus, le maintien d'une concurrence effective ne signifierait pas que les positions concurrentielles des différents acteurs ne doivent pas être affectées après l'opération.
- 255 La requérante ne démontrerait pas comment les bouleversements que l'opération de concentration autorisée comporte empêcheraient Nouvel Editis d'être un concurrent efficace. En effet, la perte, par le centre d'édition d'Editis, d'un certain nombre de ses « clients », les maisons d'édition retenues par Lagardère, pourrait également en faire un concurrent plus agressif sur le marché de la distribution. Loin de se trouver diminuée, la concurrence se trouverait au contraire stimulée sur le marché de la distribution.
- 256 L'affirmation de la requérante selon laquelle la perte d'Anaya par Editis aurait affecté la compétitivité de Nouvel Editis serait purement conjecturale et nullement étayée. En tout état de cause, la décision de compatibilité préciserait, en particulier en ses considérants 994 et 996, qu'il n'y avait pas, sur les marchés francophones,

d'effets « congloméraux » ni, a fortiori, horizontaux procédant de la détention d'actifs absents de l'édition francophone.

– Analyse insuffisante des effets de gamme et des effets congloméraux.

- 257 La requérante rappelle que, au-delà de l'analyse concurrentielle marché par marché fondée sur l'examen de la présence des parties à l'opération notifiée, la Commission doit également examiner la situation concurrentielle globale en tenant compte du portefeuille de marques du nouvel ensemble et des parts de marché importantes que cet ensemble détient sur de nombreux marchés des produits concernés.
- 258 La décision omettrait d'analyser les effets que peut entraîner sur la concurrence le regroupement au sein d'une seule entreprise d'un portefeuille de marques sans égal. Associée à Dunod, à Dalloz et aux autres marques prestigieuses de Lagardère, l'adjonction du label Larousse au portefeuille du nouvel ensemble aurait pourtant nécessité à elle seule une analyse concurrentielle approfondie.
- 259 En outre, Nouvel Editis se trouverait, du fait de son détachement de VU, exclu de l'accès à toutes les ressources conglomérales de Lagardère, caractérisé par sa présence sur tous les marchés des médias. Or, Lagardère/Hachette aurait toujours misé sur la puissance exceptionnelle que lui confère cette présence sur de multiples marchés dans le domaine de la culture et de la communication pour asseoir et renforcer sa position unique et très privilégiée dans ce secteur.
- 260 Les bonnes performances des actifs désinvestis depuis deux ans dont se réclame la Commission ne seraient étayées par aucun élément. À les supposer démontrées, elles seraient dépourvues de portée et de pertinence, faute d'être comparées aux performances des maisons d'édition de Lagardère ou d'autres groupes de communication intégrés.
- 261 La Commission conteste avoir négligé de prendre en considération les effets de gamme de l'opération notifiée. Le considérant 599 de la décision de compatibilité, par exemple, retiendrait l'effet de gamme en ce sens qu'une position dominante sur les marchés de la vente de services de diffusion auprès des hypermarchés et des grossistes serait analysée comme ayant un effet sur la création d'une position dominante sur le marché de la vente des services de diffusion auprès des librairies.
- 262 En outre, la dimension conglomérale de Lagardère aurait été spécifiquement analysée par la Commission, qui aurait tenu compte des particularités économiques et commerciales des marchés concernés, le marché primaire des droits français de livres de littérature générale et celui de la vente de livres de littérature générale par les éditeurs aux revendeurs. Inversement, la Commission aurait conclu, au considérant 500 de la décision, à l'absence de tels effets sur d'autres marchés, tels que les marchés primaires des droits de livres pour la jeunesse.

- 263 S'agissant de l'analyse de ces effets au stade de l'examen des remèdes, la Commission relève que les effets congloméraux identifiés de l'opération notifiée ne pourraient logiquement se déployer que sur l'assiette très réduite des actifs retenus par Lagardère. Or, à l'exception des éditions Larousse, ces actifs seraient présents sur des marchés étrangers aux griefs de la Commission et sur lesquels des effets congloméraux n'ont donc pas été identifiés.
- 264 En effet, les parts de marché de l'entité fusionnée ne constitueraient pas une assise suffisante pour que d'éventuels effets congloméraux (non identifiés) puissent permettre à Lagardère d'accéder à une position dominante. Quant aux éditions Larousse, la Commission n'aurait pas constaté, au stade de l'analyse concurrentielle, d'effets congloméraux possibles sur les marchés des ouvrages de référence.
- 265 L'exclusion d'Editis de toutes les ressources conglomérales de Lagardère n'aurait aucune incidence sur la légalité de la décision de compatibilité, dès lors que la requérante ne démontre pas en quoi ces ressources seraient nécessaires pour faire concurrence à l'entité fusionnée. En outre, les activités de VUP ne nécessiteraient pas d'adossement à un conglomérat, qui, comme VU, serait en sérieuse difficulté. De plus, les performances commerciales et financières des actifs désinvestis prouveraient que les actifs de VUP ne sont pas tributaires de l'appartenance à un groupe aux activités et ressources conglomérales.
- 266 Une simple consultation de son site Internet (<http://www.editis.com>) démontrerait qu'Editis n'est pas en crise mais plutôt en pleine croissance. Ainsi qu'il ressort de ses communiqués du 9 février 2005 et du 28 avril suivant, son chiffre d'affaires aurait progressé de 3 % en 2004 et Nouvel Editis aurait racheté « Recherche Midi Éditeur ». Jean-Bernard Lafont, président du directoire de Wendel, aurait déclaré, le 21 septembre 2005, que, « dans un marché du livre relativement morose, Nouvel Editis a enregistré une performance remarquable, avec une croissance organique de 9 % ».

Sur le neuvième moyen, tiré de l'existence d'erreurs manifestes d'appréciation affectant l'autorisation conditionnelle de l'opération de concentration notifiée

- 267 La requérante estime qu'une interdiction de l'opération de concentration notifiée aurait eu pour effet, contrairement à son autorisation conditionnelle, de restaurer l'état du marché antérieur au projet notifié, de conduire le cédant initial VU ou NBP à rechercher seul un acteur en mesure de maintenir l'entreprise dans son intégralité et d'éliminer tout risque que Lagardère tente d'utiliser la procédure pour choisir son concurrent.
- 268 La requérante divise son moyen en quatre griefs. Elle reproche à la Commission d'avoir approuvé le démantèlement d'Editis, omis de prendre en considération l'éventualité, d'une part, d'une collusion entre Lagardère et le repreneur de Nouvel Editis et, d'autre part, de la sélection d'un acquéreur inexpérimenté et,

enfin, d'avoir assorti l'autorisation de l'opération de concentration notifiée de conditions incompatibles avec l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89.

– Sur l'approbation du démantèlement d'Editis

- 269 La requérante soutient que la communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n° 447/98 de la Commission (JO 2001 C 68, p. 3) n'évoque pas l'hypothèse du démantèlement d'un concurrent existant comme constituant un remède à la création d'une position dominante.
- 270 Si deux concurrents animent un marché donné, voire l'ensemble d'un secteur, la Commission ne saurait légitimement diminuer la capacité concurrentielle d'un concurrent au profit d'un autre en prenant les risques d'affecter une concurrence qui fonctionne.
- 271 La communication sur les mesures correctives n'évoquerait l'hypothèse d'une cession d'actifs qu'en vue de la création d'une nouvelle entité concurrentielle ou du renforcement de concurrents existants.
- 272 En considérant que les engagements de Lagardère conduisent à l'élimination de la quasi-totalité des chevauchements horizontaux entre les activités des parties à l'opération notifiée sur l'ensemble des marchés francophones où l'opération crée ou renforce une position dominante, la Commission aurait omis d'intégrer dans son raisonnement la supériorité de la part de marché détenue par la nouvelle entité Hachette sur celle que possédait Lagardère ou VUP antérieurement à l'opération. Celle-ci permettrait en effet à Lagardère d'acquérir 40 % de son principal concurrent et renforcerait donc automatiquement sa position globale sur les marchés concernés. Il ne serait pas acquis que le cessionnaire des 60 % restants d'Editis sera en mesure d'exercer une pression concurrentielle similaire à celle qui prévalait avant l'opération.
- 273 Les remèdes envisagés par la décision ne résoudraient pas tous les problèmes de chevauchement ou de concurrence. Ainsi, Lagardère aurait été autorisé à conserver les dictionnaires Larousse, malgré l'adjonction de parts de marché de VUP [90-100 %] et d'Hachette [5-10 %], renforçant une position déjà largement dominante.
- 274 La Commission ne tiendrait pas compte du fait que les actifs cédés sont ceux d'une entité détachée de VUP auquel ils étaient adossés jusqu'ici. À cet égard, la requérante fait valoir que la Commission ne peut soutenir qu'une interdiction de l'opération notifiée n'aurait pas permis le rétablissement de la position initiale de VUP/Editis en termes d'accès aux ressources conglomerales de VU au motif que l'opération ne consisterait pas dans l'acquisition par Lagardère d'actifs auprès de VUP, mais auprès de Segex/Ecxrinvest 4. L'opération devant, à tout le moins, s'analyser en une prise de contrôle conjoint de Lagardère et de

Segex/Ecrinvest 4 sur VUP, son interdiction aurait nécessairement entraîné un retour complet au statu quo ante, soit une réintégration de VUP au sein de VU.

- 275 La Commission reproche à la requérante, à laquelle incombe la charge de la preuve, de ne pas démontrer que la sauvegarde de la concurrence aurait exigé l'interdiction pure et simple de l'opération notifiée, au lieu de son autorisation conditionnelle, ni que la cession des actifs visés par l'opération notifiée ne pouvait constituer un engagement propre à rétablir une concurrence effective.
- 276 Le contrôle des opérations de concentrations ne viserait pas à préserver ou à créer une structure de marché idéale, à maintenir le statu quo ante en toutes circonstances ou à administrer les marchés en cause. La Commission devrait respecter le principe de proportionnalité et se limiter à préserver la concurrence, conformément aux articles 2, paragraphe 2, et 8, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89.
- 277 Contrairement à ce que soutient la requérante, Editis n'aurait pas été démantelé, car ceux de ses actifs que Lagardère s'est engagé à céder, même séparés des maisons d'édition conservées par Lagardère, resteraient un groupe viable et concurrentiel, d'une taille globale comparable à celle d'Hachette sur les marchés francophones.
- 278 À condition de préserver la capacité concurrentielle de Nouvel Editis pendant la phase de cession, sa reprise par un seul opérateur non encore actif sur le marché pourrait être qualifiée d'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle au sens de la communication sur les mesures correctives.
- 279 La requérante ne serait, en toute hypothèse, nullement fondée à soutenir que la décision de compatibilité se limite à analyser l'efficacité d'un remède à l'aune de la suppression des chevauchements de parts de marché des parties en présence. En effet, les propositions de remèdes de Lagardère procéderaient de la négociation et de l'analyse d'une solution complète aux problèmes de concurrence identifiés.
- 280 Il serait sans pertinence de soutenir que la part de marché du nouveau groupe Hachette serait supérieure à celle de Nouvel Editis. Il n'existerait pas une part de marché sur l'ensemble du secteur de l'édition, mais seulement sur des marchés sectoriels bien définis, dont la requérante ne remettrait pas en cause la délimitation.
- 281 Or, sur certains de ces marchés, la présence de Nouvel Editis serait supérieure à celle d'Hachette, qui serait mieux représentée sur d'autres marchés, où les parties à l'opération notifiée conserveraient la plupart du temps les positions antérieures de Hachette et de VUP. Hachette n'acquerrait sur Nouvel Editis un nouvel avantage que sur le petit nombre de marchés où Lagardère a été autorisé à retenir les actifs de VUP. De ce fait, le renforcement global de Hachette ne serait pas en soi problématique, tant qu'il demeure en deçà des seuls critères pertinents de création ou de renforcement d'une position dominante.

- 282 En outre, comme l'explique la décision de compatibilité en ses considérants 993 à 995, la cession de 60 % de tous les actifs d'Editis par Lagardère éliminerait presque complètement les chevauchements de parts de marché entre Hachette et Editis, à l'exception des marchés de la vente de livres universitaires et professionnels, où aucun problème de concurrence n'a été identifié, et du marché des dictionnaires, que la présence de deux acteurs concurrents, Hachette avec Larousse et Nouvel Editis avec Le Robert, rend désormais plus concurrentiel que le quasi-monopole détenu avant l'opération par VUP du fait de son contrôle sur Larousse et sur Le Robert.
- 283 La plus grande partie des 40 % de tous les actifs d'Editis conservés par Lagardère, soit le groupe espagnol Anaya, ne relèveraient pas du secteur de l'édition francophone et n'auraient donc aucune influence sur le poids relatif de Hachette ou de Nouvel Editis sur les marchés concernés par l'opération, en raison des barrières linguistiques et des particularités du secteur de l'édition francophone. Par ailleurs, le centre de distribution d'Ivry gardé par Lagardère ne serait plus affecté à la distribution de livres et ne ferait donc pas partie de la « chaîne de l'édition ».
- 284 La requérante n'expliquerait pas pourquoi l'interdiction de l'opération de concentration, en ce qu'elle aurait permis le retour de VUP au sein de VU, aurait été préférable. VU aurait cédé VUP en raison de ses grandes difficultés financières, ce qui permettrait de douter des ressources conglomerales de VU dont VUP aurait pu bénéficier. De plus, l'interdiction de l'opération de concentration n'aurait pas eu pour conséquence le retour des actifs de VUP à VU, mais leur revente à un autre opérateur par NBP, via ses filiales. Une revente d'Editis par NBP découlant d'une décision d'interdiction n'aurait pas été nécessairement plus apte à prévenir la création ou le renforcement de positions dominantes de Lagardère que les rétrocessions prévues dans la décision de compatibilité.
- 285 De plus, la concentration n'étant pas constituée par l'achat de VUP à VU, mais à NBP, le bon point de comparaison avec la situation découlant de la décision serait le sort de VUP en cas d'interdiction de l'opération et de revente par NBP à une société tierce, que l'on ne peut présumer conglomerale.
- Sur l'omission de prendre en considération le risque de collusion entre Lagardère et le repreneur de Nouvel Editis
- 286 La requérante fait grief à la Commission d'avoir omis d'intégrer dans la définition des conditions et charges de l'autorisation de l'opération notifiée le risque d'une collusion entre l'acheteur et le vendeur.
- 287 La possibilité ouverte à la seconde entreprise d'un secteur d'influencer le choix de son concurrent constituerait une opportunité pouvant, à elle seule, justifier tous les montages et tous les risques. Il serait ainsi fondamental que le remède soit élaboré de telle sorte que les deux parties ne puissent être incitées à une coopération future.

- 288 La Commission souligne qu'il a été établi, afin de prévenir les abus au cours de la mise en œuvre des engagements, un dispositif assurant la conformité de l'acquéreur choisi par les parties à certains critères définis par la décision, à savoir l'agrément de l'intéressé par la Commission et la nomination d'un mandataire indépendant. Ce dispositif viserait à limiter le libre choix de son concurrent par un opérateur et les risques de collusion entre l'acheteur et le vendeur et à sélectionner un acquéreur qui rétablira la concurrence sur les marchés pertinents où des problèmes de concurrence ont été identifiés comme résultant de la fusion.
- 289 La perspective d'un risque de collusion, inhérent à toute situation de cession, serait limitée par la faculté ouverte à la Commission de statuer sur le choix de l'acquéreur, en s'assurant de sa capacité et de son intérêt à exercer une pression concurrentielle véritable sur le marché. Aux paragraphes 10 à 12 de l'annexe II de la décision, la Commission aurait défini les critères du choix d'un repreneur acceptable, dont l'approbation ferait l'objet d'une procédure spécifique.
- 290 En outre, le mandataire serait à même de prévenir toute collusion entre l'un des futurs acquéreurs et le cédant, en surveillant la procédure de cession et l'évolution des négociations entre le cédant et les futurs acquéreurs. Dans l'hypothèse où Lagardère ne réussirait pas à trouver un acheteur satisfaisant aux critères objectifs posés dans ses engagements, une condition d'autorisation de l'opération de concentration ferait défaut et la décision deviendrait caduque.
- Sur l'omission de prendre en considération le risque du choix d'un repreneur dépourvu des compétences requises
- 291 La requérante reproche à la Commission de ne pas avoir tenu compte du risque que la sélection des candidats au rachat des actifs cible rétrocedés débouche sur le choix d'un acquéreur dépourvu des compétences requises pour conduire efficacement l'activité de ces actifs. L'acceptation par un repreneur d'un prix élevé conduirait à s'interroger sur la compétence de l'intéressé par rapport à l'activité et sur son efficacité concurrentielle. Imposer un prix élevé aux repreneurs limiterait leur audace concurrentielle et figurerait sans doute parmi les mécanismes les plus efficaces pour obtenir un concurrent « sage ». Dans certains cas, il serait préférable d'imposer au préalable un prix pour éviter les phénomènes de surenchères réelles ou simulées.
- 292 Il conviendrait de favoriser des engagements très coercitifs visant à neutraliser la tendance des parties à la concentration à rechercher des acheteurs marginalement acceptables, et d'organiser une sorte d'appel à la concurrence entre les candidats pour sélectionner le meilleur d'entre eux.
- 293 La comparaison des conditions d'acceptation du repreneur des actifs rétrocedés définies au paragraphe 10 de l'annexe II de la décision de compatibilité et le texte du paragraphe 49 de la communication sur les mesures correctives révélerait d'étonnantes lacunes affectant les engagements de Lagardère. Il n'aurait pas été

exigé du repreneur qu'il « soit un concurrent actuel ou potentiel », ni qu'il possède « des compétences confirmées et la motivation nécessaire pour pouvoir préserver et développer la capacité de l'activité de concurrencer activement les parties », au sens de ce même paragraphe. À cet égard, les engagements de Lagardère prévoiraient bien au contraire qu'un repreneur financier, donc sans expérience, puisse être sélectionné par Lagardère. Enfin, il ne serait pas requis qu'il n'existe « aucun lien entre le repreneur et les parties », mais seulement que « Lagardère ne pourra pas avoir d'intérêts significatifs directs ou indirects dans le ou les cessionnaires », condition beaucoup moins stricte.

- 294 L'identité du repreneur conditionnerait largement l'efficacité de la rétrocession, du fait de l'ampleur des actifs rétrocédés, alors que le paragraphe 20 de la communication sur les mesures correctives recommande dans une telle hypothèse que « la viabilité de l'ensemble à céder dépend dans une large mesure, compte tenu des actifs qui en font partie, de l'identité de l'acquéreur. La Commission n'autorisera alors la concentration que si les parties s'engagent à ne pas réaliser l'opération notifiée avant d'avoir signé un accord contraignant sur la cession avec un acquéreur (dit "acquéreur initial") approuvé par la Commission ».
- 295 La Commission s'estime tenue par le principe de la liberté des contrats à ne se prononcer sur le prix payé par le repreneur des actifs que pour apprécier si ce prix peut indiquer l'incapacité ou le défaut d'intérêt de cet opérateur à maintenir ou à rétablir une concurrence effective. Si l'acceptation d'un prix excessif est de nature à affaiblir la concurrence, lorsque l'acheteur n'a plus la capacité d'investir suffisamment pour développer une concurrence effective, un prix d'achat trop bas pourrait en revanche priver d'intérêt l'exercice d'une contrainte concurrentielle effective durable.
- 296 Un repreneur offrant un prix élevé serait tenu de rentabiliser son investissement. Si la structure du marché est en soi concurrentielle et n'invite pas à la collusion, il serait amené à exercer une concurrence active en vue d'augmenter ses ventes et sa part de marché, ce qui répond bien à l'objectif de la rétrocession qui consiste à rétablir ou à maintenir une concurrence effective.
- 297 Tout repreneur répondant aux critères retenus au paragraphe 10 des engagements de Lagardère serait ainsi à considérer comme un concurrent actuel ou potentiel aux compétences confirmées et à la motivation nécessaire pour préserver et développer la capacité de l'activité à concurrencer activement les parties, au sens du paragraphe 49 de la communication sur les mesures correctives. L'exigence posée par la décision et critiquée par la requérante, d'une absence d'intérêts significatifs directs ou indirects entre l'acquéreur et les parties préciserait et éclairerait la condition d'absence de tout lien entre les intéressés posée par le paragraphe précité et ne serait pas moins contraignante.
- 298 Un acquéreur financier pourrait à la fois prévenir l'émergence de tout problème de concurrence résultant de la cession susceptible d'en retarder et peut-être même

d'en empêcher entièrement la réalisation et limiter, au sein de l'activité cédée, des restructurations de nature à mettre en danger sa capacité à concurrencer les parties notifiantes, pour autant que l'activité soit, comme dans le cas d'Editis, une activité possédant tous les éléments d'une entreprise autonome.

- 299 La solution dite de l'acquéreur initial imposerait une forte contrainte au vendeur, qui ne dispose alors que de peu de temps pour trouver un acquéreur et risque donc de devoir négocier la rétrocession dans des conditions défavorables. La Commission n'utiliserait donc cette méthode que lorsque les circonstances l'imposent et le permettent, notamment en cas de doutes sur la possibilité de trouver un acquéreur acceptable. Il appartiendrait alors à la partie notifiante, avant de mettre en œuvre l'opération de concentration, d'établir qu'elle peut trouver un tel acquéreur.
- 300 En l'espèce, les actifs à rétrocéder auraient constitué une entité viable au fonctionnement totalement autonome depuis plus d'un an et la Commission, ne serait-ce qu'au vu de l'intérêt suscité par la mise en vente de VUP en 2002, n'aurait pas eu de raison de douter de la possibilité de trouver un acquéreur. La voie de l'acquéreur initial aurait au contraire prolongé le portage financier des actifs d'Editis par NBP au-delà de la décision d'autorisation et aurait pu ainsi compliquer les phases de séparation des actifs conservés et rétrocédés. Cette opération aurait alors incombé à NBP en sa qualité d'actionnaire de VUP, alors que, contrairement à Lagardère, elle n'aurait pas été liée par la décision de compatibilité.

– Sur l'inadéquation des engagements souscrits par Lagardère

- 301 La requérante relève qu'une simple analyse des engagements de Lagardère et de leur application par ce dernier et par la Commission montrent qu'ils ne présentent pas les caractéristiques minimales permettant une autorisation sous condition conforme au libellé de l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89.
- 302 Les déclarations du gérant de Lagardère confirmerait que l'engagement est dépourvu des effets contraignants recherchés dans le cadre d'autres décisions de la Commission pour des opérations soulevant moins de problèmes. L'intéressé reconnaîtrait que le comportement du groupe qu'il dirige était purement et simplement anti-concurrentiel.
- 303 Il aurait sans doute suffi pour modifier et simplifier substantiellement la situation que la Commission exige que NBP, « partenaire cédant » des actifs d'Editis, se substitue à Lagardère aux fins de la vente des actifs à un prix audité par des tiers.
- 304 Pour la Commission, les déclarations d'Arnaud Lagardère ne reflètent pas les termes de la décision dont elles ne constituent nullement une interprétation authentique. La Commission ne pourrait agréer un acquéreur que s'il remplit strictement les conditions pour être ou pour devenir un acteur viable et compétitif sur les marchés en cause.

- 305 Dès lors que NBP n'était pas liée par la décision de compatibilité, il n'aurait pas été possible d'exiger qu'elle se substitue à Lagardère pour vendre les actifs rétrocédés à un prix audité par des tiers. En outre, on verrait mal quel autre intérêt que sa rémunération NBP aurait eu à la réussite du processus de rétrocession. La détermination du prix de vente par des tiers à la place du jeu de l'offre et de la demande entre le vendeur et les candidats acheteurs n'aurait pas mieux assuré le maintien de la concurrence. Le paiement d'un prix de marché apparaîtrait comme la meilleure garantie de l'intérêt de l'acquéreur à maintenir et à développer Nouvel Editis comme une force compétitive sur les marchés en cause.

Laurent Truchot
Juge rapporteur