

Relazione finale della consigliera-auditrice ⁽¹⁾**Caso M.8181 – Merck/Sigma-Aldrich (procedura a norma dell'articolo 14, paragrafo 1)**

(2022/C 134/04)

I. INTRODUZIONE

1. La presente relazione riguarda un progetto di decisione (il «progetto di decisione») conforme all'articolo 14, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio ⁽²⁾ (il «regolamento sulle concentrazioni»). Il progetto di decisione constata che la Sigma-Aldrich Corporation («Sigma») ha fornito intenzionalmente o per negligenza informazioni inesatte e/o fuorvianti alla Commissione durante l'esame dell'acquisizione da parte di Merck KGaA («Merck») del controllo esclusivo di Sigma nel caso M.7435 – *Merck/Sigma Aldrich* (il «riesame della concentrazione») ⁽³⁾. Secondo il progetto di decisione, Sigma ha fornito informazioni inesatte e/o fuorvianti nella risposta a due domande di informazioni della Commissione, rivolte a norma dell'articolo 11, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni e nel formulario RM definitivo, presentato a norma dell'articolo 20, paragrafo 1 bis, del regolamento (CE) n. 802/2004 del Consiglio ⁽⁴⁾ (il «regolamento di esecuzione»).

II. CONTESTO

2. Il 15 giugno 2015 in seguito all'esame della concentrazione, la Commissione ha dichiarato che, subordinatamente a determinate misure correttive, l'acquisizione di Sigma da parte di Merck era compatibile con il mercato interno (la «decisione sulla concentrazione»). Il pacchetto di misure correttive approvato con la decisione di concentrazione comprendeva la dismissione della maggior parte delle attività economiche di Sigma relative a solventi e sostanze inorganiche nel SEE (le «attività economiche oggetto di dismissione»). La conclusione dell'accordo tra Merck e Sigma era subordinata alla firma di un accordo per la vendita delle attività economiche oggetto di dismissione a un acquirente idoneo, approvato dalla Commissione.
3. Il 19 e il 20 ottobre 2015, Merck e Sigma hanno firmato un accordo con Honeywell International Inc. («Honeywell») per la vendita delle attività economiche oggetto di dismissione. Tale accordo includeva un elenco di alcune attività patrimoniali esplicitamente escluse dall'ambito delle attività economiche che Sigma avrebbe venduto a Honeywell («elenco delle attività patrimoniali escluse»). L'elenco delle attività patrimoniali escluse comprendeva un riferimento a una domanda di brevetto intitolata «*chiusura per contenitore*», che rappresentava di fatto un riferimento al progetto iCap di Sigma. iCap, un progetto sviluppato congiuntamente da Sigma e Metrohm AG, è un tappo di bottiglia intelligente che sigilla bottiglie contenenti sostanze chimiche liquide e le collega agli strumenti di titolazione.
4. Il 10 novembre 2015 la Commissione ha approvato l'idoneità di Honeywell quale acquirente delle attività economiche oggetto di dismissione e il 18 novembre 2015 Merck ha completato l'acquisizione di Sigma. Il 15 dicembre 2015 Honeywell ha completato l'acquisizione delle attività economiche oggetto di dismissione.
5. Il 10 febbraio 2016, il fiduciario incaricato della vigilanza nel caso M.7435 (il «fiduciario di vigilanza») ha informato la direzione generale della Concorrenza (la «DG Concorrenza») che Honeywell sosteneva che iCap avrebbe dovuto far parte delle attività economiche oggetto di dismissione. Secondo Honeywell, iCap era di massima importanza per la solvibilità delle attività economiche oggetto di dismissione ed era stato incluso impropriamente nell'elenco delle attività patrimoniali escluse.
6. Il 29 luglio 2016 la Commissione ha informato Merck del procedimento in corso in merito alla possibilità che fossero state fornite informazioni inesatte e/o fuorvianti da parte di Merck e Sigma e della possibile imposizione di ammende, a norma dell'articolo 14, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni.

⁽¹⁾ A norma degli articoli 16 e 17 della decisione 2011/695/UE del presidente della Commissione europea, del 13 ottobre 2011, relativa alla funzione e al mandato del consigliere-auditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza (GU L 275 del 20.10.2011, pag. 29) (la «decisione 2011/695/UE»).

⁽²⁾ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 24 del 29.1.2004, pag. 1).

⁽³⁾ Nella presente relazione Sigma e Merck sono congiuntamente denominate «le parti».

⁽⁴⁾ Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 133 del 30.4.2004, pag.1).

III. RICHIESTE DI APPLICAZIONE DEL SEGRETO PROFESSIONALE DELL'AVVOCATO

7. Il 14 ottobre 2016 la Commissione ha adottato due decisioni in conformità dell'articolo 11, paragrafo 3, del regolamento sulle concentrazioni, nelle quali richiedeva a Merck e Sigma di fornire i dati di posta elettronica di alcune persone di Merck e Sigma, generati nel 2015 (le «decisioni di ottobre a norma dell'articolo 11, paragrafo 3») ⁽⁵⁾. Sebbene Merck e Sigma abbiano fornito alcuni documenti, la Commissione ha ritenuto che loro risposta non fosse completa, in particolare perché le richieste di applicazione del segreto professionale dell'avvocato sono state ritenute troppo ampie. Di conseguenza, il 1° dicembre 2016, la Commissione ha adottato due nuove decisioni in conformità dell'articolo 11, paragrafo 3, del regolamento sulle concentrazioni, richiedendo le informazioni che non erano state fornite da Merck e Sigma in risposta alle decisioni di ottobre a norma dell'articolo 11, paragrafo 3 (la «decisioni di dicembre a norma dell'articolo 11, paragrafo 3») ⁽⁶⁾. A dicembre 2016 e a gennaio 2017 Merck e Sigma hanno fornito le risposte alle decisioni di dicembre a norma dell'articolo 11, paragrafo 3 e hanno consegnato registri aggiornati dei documenti riservati, a febbraio 2017, marzo 2017, aprile 2017 e giugno 2017.
8. Tuttavia la DG Concorrenza e Merck non hanno trovato un accordo sull'ambito di applicazione delle richieste di applicazione del segreto professionale di Merck e, come risultato, il 30 agosto 2017 Merck ha richiesto che il consigliere-auditore esaminasse, a norma dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera a), della decisione 2011/695/UE, le richieste di Merck secondo cui alcuni documenti richiesti dalla Commissione nell'ambito del procedimento a norma dell'articolo 14, paragrafo 1 del regolamento sulle concentrazioni (i «documenti contestati») erano coperti dal segreto professionale. Il 7 novembre 2017 Merck ha presentato al consigliere-auditore i documenti contestati in un formato accettabilmente protetto ⁽⁷⁾.
9. I due consiglieri-auditori in carica all'epoca, Joos Stragier e Wouter Wils, hanno deciso che il primo avrebbe agito in qualità di consigliere-auditore per quanto concerneva la richiesta di Merck a norma dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera a), della decisione 2011/695/UE e il secondo avrebbe agito in qualità di consigliere-auditore per tutti gli altri fini del caso M.8181 senza avere accesso ai documenti contestati.
10. Il 1° agosto 2018, a norma dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera a), della decisione 2011/695/UE, il consigliere-auditore ha inviato il proprio parere preliminare riguardante la natura riservata di alcuni documenti di Merck al direttore competente per il caso di specie, e a Merck. Nel parere preliminare il consigliere-auditore sosteneva, in sostanza, che le argomentazioni generiche di Merck erano in gran parte errate o esagerate e che l'inadeguatezza della presentazione delle numerose richieste specifiche non permetteva di prenderle ulteriormente in considerazione sulla base della domanda di Merck di agosto 2017. L'8 settembre 2018 Merck ha risposto al parere preliminare contestandone le conclusioni e sollecitando il consigliere-auditore a proporre le misure necessarie per favorire una «soluzione reciprocamente accettabile», in conformità dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera a) della decisione 2011/695/UE. Il 16 ottobre 2018 il consigliere-auditore ha presieduto una riunione con la DG Concorrenza e Merck, durante la quale sono state discusse soluzioni al problema dei documenti contestati.
11. Il 9 novembre 2018 Merck ha approvato un protocollo che permetteva alla DG Concorrenza di accedere ai documenti contestati in una sala dati (il «protocollo»). Il 23 novembre 2018 la DG Concorrenza, in seguito a un riesame secondo la procedura descritta nel protocollo, ha individuato alcuni documenti sui quali desiderava basarsi nelle proprie indagini e ha invitato Merck a rinunciare alle richieste di applicazione del segreto professionale per tali documenti. Merck ha acconsentito per alcuni, ma non per altri. Il 2 maggio 2019, i membri del gruppo incaricato del caso della DG Concorrenza hanno partecipato a un incontro con i consulenti legali di Merck, durante il quale hanno preso appunti riguardanti i documenti per i quali Merck continuava a invocare l'applicazione del segreto professionale. Tali appunti sono stati aggiunti al fascicolo della Commissione relativo al caso di specie esclusivamente ai fini di una possibile procedura di rigetto delle richieste di applicazione del segreto professionale su quei documenti specifici ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ C(2016) 6772 (final) (Merck), C(2016) 6771 final (Sigma).

⁽⁶⁾ C(2016) 8202 (final) (Merck), C(2016) 8210 (final) (Sigma).

⁽⁷⁾ Inizialmente Merck aveva richiesto al consigliere-auditore di esaminare le richieste di applicazione del segreto professionale riguardanti 9 635 documenti, ma il numero è stato successivamente ridotto a 7 980 sulla base delle osservazioni iniziali del consigliere-auditore in merito all'ambito di applicazione del segreto professionale conforme al diritto dell'UE.

⁽⁸⁾ Secondo il protocollo, la Commissione poteva decidere di avviare un procedimento di rigetto delle richieste di Merck relative ad alcuni documenti, qualora Merck avesse persistito ad invocare il segreto professionale su documenti che, ad opinione della Commissione, non avrebbero dovuto essere considerati riservati. La decisione 2011/695/UE non conferisce al consigliere-auditore il potere di decidere in relazione alle richieste di applicazione del segreto professionale, ma gli riserva solamente la possibilità di formulare una raccomandazione motivata al commissario competente, senza rivelare il contenuto potenzialmente riservato del documento. Dato l'accordo tra la DG Concorrenza e Merck, una tale raccomandazione da parte del consigliere-auditore non è stata necessaria.

IV. COMUNICAZIONE DELLE OBIEZIONI E PRIMA AUDIZIONE

12. La Commissione ha inviato una comunicazione delle obiezioni a Merck e Sigma il 7 luglio 2017 e ha fornito l'accesso al fascicolo il 10 luglio 2017. Nella comunicazione delle obiezioni la Commissione ha concluso in via preliminare che, durante l'esame della concentrazione, sia Merck che Sigma avevano violato l'articolo 14, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni, fornendo intenzionalmente (nel caso di Sigma) o perlomeno per negligenza (nel caso di Merck) informazioni inesatte e/o fuorvianti alla Commissione.
13. Il termine iniziale del 31 agosto 2017 impartito alle parti per fornire osservazioni è stato prorogato in varie occasioni, principalmente per consentire alla Commissione di determinare gli importi minimi e massimi delle ammende da infliggere alle parti qualora fosse concluso una soluzione cooperativa. Il 30 aprile 2018 le parti hanno informato la DG Concorrenza di non essere intenzionate ad accettare una soluzione cooperativa alle condizioni proposte dalla Commissione. Il giorno stesso le parti hanno presentato le loro osservazioni scritte in merito alla comunicazione delle obiezioni (la «risposta alla comunicazione delle obiezioni») unitamente a una richiesta di ulteriore accesso al fascicolo.
14. In seguito alla richiesta di ulteriore accesso al fascicolo, la DG Concorrenza ha regolarmente fornito alle parti una serie di documenti aggiuntivi. Gli ultimi documenti dovuti sono stati inviati alle parti il 5 ottobre 2018.
15. Nella risposta alla comunicazione delle obiezioni le parti hanno chiesto di poter presentare le proprie argomentazioni in un'audizione orale. L'audizione orale (la «prima audizione orale») ha avuto luogo l'11 settembre 2018.
16. Il 12 novembre 2018 le parti hanno fornito una risposta supplementare alla comunicazione delle obiezioni, includendo in particolare le osservazioni formulate in seguito all'ulteriore accesso al fascicolo.

V. COMUNICAZIONE DELLE OBIEZIONI COMPLEMENTARE E SECONDA AUDIZIONE ORALE

17. Il 30 giugno 2020 la Commissione ha adottato una comunicazione delle obiezioni complementare («comunicazione delle obiezioni complementare») nei confronti di Sigma. La comunicazione delle obiezioni complementare ha sostituito in tutto la prima senza conservare le accuse riguardanti Merck.
18. Nella comunicazione delle obiezioni complementare la Commissione ha concluso in via preliminare che, non rivelando alla Commissione le informazioni relative a iCap durante l'esame della concentrazione Sigma aveva fornito, intenzionalmente o perlomeno per negligenza, informazioni inesatte e/o fuorvianti: a) ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), del regolamento sulle concentrazioni nelle sue risposte a due richieste della Commissione rivolte a norma dell'articolo 11, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni e b) ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera a) del regolamento sulle concentrazioni nel fornire informazioni e documenti nel formulario RM prescritto all'allegato IV del regolamento di esecuzione.
19. A Sigma è stato concesso l'accesso al fascicolo il 7 luglio 2020 e ha presentato le proprie osservazioni scritte in merito alla comunicazione delle obiezioni complementare il 15 settembre 2020 (la «risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare»), entro il termine (prorogato) specificato dalla DG Concorrenza.
20. Nella risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, Sigma ha richiesto la possibilità di presentare le proprie argomentazioni in occasione di un'audizione orale. Tale audizione orale (la «seconda audizione orale») ha avuto luogo il 13 novembre 2020 ⁽⁹⁾.

VI. ASSEZIONI DI SIGMA IN MERITO ALLA MANCANZA DI IMPARZIALITÀ

VI.1. Argomentazioni di Sigma

21. Sia durante la prima audizione orale che durante la seconda, così come nella risposta alla comunicazione delle obiezioni ⁽¹⁰⁾ e nella risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare ⁽¹¹⁾, Sigma (e Merck) ha sostenuto che il sistema di indagine nel caso M.8181 era improntato a parzialità e ha violato quindi i principi di imparzialità e buona amministrazione. Secondo Sigma, la questione del pregiudizio sorge a causa delle circostanze particolari del

⁽⁹⁾ A causa della pandemia di COVID-19 in corso, la seconda audizione orale ha avuto luogo a distanza tramite videoconferenza crittografata in maniera protetta, così come tramite una sala riunioni virtuale protetta da password (in streaming web) per coloro che non dovevano intervenire nel corso della seconda audizione orale.

⁽¹⁰⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni, punti 147, 148 e 322.

⁽¹¹⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, punti 284 – 294.

caso, nel quale si afferma che Sigma abbia fornito informazioni fuorvianti al gruppo incaricato del caso durante l'esame della concentrazione e il fatto che le indagini relative a tali accuse siano condotte dal gruppo incaricato stesso, che è la «vittima» del presunto comportamento fuorviante ⁽¹²⁾. Nella risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, Sigma, facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia (la «Corte») e della Corte europea dei diritti dell'uomo (la «CEDU») sull'imparzialità ⁽¹³⁾, ha affermato che l'assetto delle indagini nell'ambito del procedimento era tale da dare la «netta impressione che le indagini non fossero imparziali sotto il profilo oggettivo.» Sigma ha inoltre affermato che alcuni aspetti delle indagini suggerivano che il gruppo incaricato del caso «non era probabilmente del tutto imparziale sotto il profilo soggettivo.» A sostegno delle proprie argomentazioni, Sigma ha presentato una serie di argomenti di fatto sostenendo che a suo avviso il trattamento del caso da parte della Commissione mancava di imparzialità, ossia tra l'altro:

- a. il fatto che la comunicazione delle obiezioni includeva un riferimento a un'e-mail interna del consulente interno di Sigma relativa al direttore responsabile per il caso che sarebbe stato «ostinato» ⁽¹⁴⁾, senza che questo avesse una relazione chiara con la sostanza del caso ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾.
- b. Il comunicato stampa della Commissione del 6 luglio 2017 che annunciava l'adozione di una comunicazione delle obiezioni ⁽¹⁷⁾, che includeva una dichiarazione secondo cui [iCap] era strettamente legato all'attività economica dismessa e poteva aumentare sostanzialmente le sue vendite. Non includendola, la solvibilità dell'attività economica dismessa era compromessa. Secondo Sigma, la formulazione del comunicato stampa era inappropriata in quanto «traeva decise conclusioni sul ruolo di iCap per le attività oggetto di dismissione rifiutando di concedere a Sigma (e, in quel momento, a Merck) il beneficio del dubbio.» ⁽¹⁸⁾
- c. Nella comunicazione delle obiezioni, il gruppo incaricato del caso ha mostrato una «eccessiva ostinazione nel volersi fondare su prove che sostenessero le sue conclusioni tratte a prima vista», anche basandosi, ingiustificatamente, sulle osservazioni di Honeywell ⁽¹⁹⁾. Nello stesso senso, nella comunicazione delle obiezioni complementare (secondo Sigma) il gruppo incaricato del caso ha inoltre «erroneamente descritto i documenti e i risultati del test del mercato in relazione alla presunta importanza delle attività di ricerca e sviluppo.» ⁽²⁰⁾.
- d. Il gruppo incaricato del caso, sebbene (secondo Sigma) avesse inizialmente riconosciuto che il testo degli impegni e l'elenco delle attività patrimoniali escluse dall'accordo di compravendita tra Merck e Honeywell ⁽²¹⁾ chiaramente non lasciavano molto spazio per un'indagine, ha comunque informato Honeywell che «avrebbe visto cosa si sarebbe potuto fare» ⁽²²⁾.
- e. Nella comunicazione delle obiezioni complementare si accenna a un «duplice criterio per quanto riguarda il livello di diligenza atteso dai diversi soggetti coinvolti nel processo d'esame della concentrazione» ⁽²³⁾. Sigma afferma che mentre, da un lato, nella comunicazione delle obiezioni complementare si dà a intendere che Sigma sia ritenuta quasi penalmente responsabile per non aver rivelato informazioni su iCap, dall'altro, in essa nemmeno si presume che il gruppo incaricato del caso (o il fiduciario incaricato della vigilanza) abbia notato un riferimento a iCap nell'elenco delle attività patrimoniali escluse.

⁽¹²⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, punto 286.

⁽¹³⁾ Nella sezione 5.1 della risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare e durante la seconda audizione orale, Sigma ha fatto riferimento alla causa *Ziegler/Commissione*, C-439/11 P, ECLI:EU:C:2011:815 (la sentenza «Ziegler»), punto 155; *Spagna/Consiglio dell'Unione europea*, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982 («Spagna/Consiglio»), punto 91; *Padovani contro Italia*, 13396/87, 26 febbraio 1993 punto 25; *Grande Stevens e altri contro Italia* 18640/10, 4 marzo 2014, punto 137 e *Toziczka contro Polonia*, 29995/08, 24 luglio 2012, punto 36. Durante la seconda audizione orale, Sigma ha anche fatto riferimento a una sentenza recente nella causa *August Wolff e Remedia/Commissione*, C-680/16 P, ECLI:EU:C:2019:257 (la causa «August Wolff»). Al punto 282 della risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare e durante la seconda audizione orale, Sigma ha anche citato una serie di sentenze di organi giurisdizionali d'Inghilterra e Galles o del Regno Unito, senza spiegare tuttavia per quale motivo esse fossero rilevanti per l'interpretazione del diritto dell'UE.

⁽¹⁴⁾ Comunicazione delle obiezioni, nota a piè di pagina 351.

⁽¹⁵⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, punto 290.

⁽¹⁶⁾ Nella comunicazione delle obiezioni complementare questo riferimento è stato cancellato come riconosciuto nella relativa risposta.

⁽¹⁷⁾ Comunicato stampa della Commissione del 6 luglio 2017, «*Commission alleges Merck and Sigma-Aldrich, General Electric, and Canon breached EU merger procedural rules*», IP/17/1924 (il «comunicato stampa»).

⁽¹⁸⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, punto 292, lettera a).

⁽¹⁹⁾ Per esempio, nel punto 292, lettera e), della risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, Sigma afferma che «nella primavera del 2016, il gruppo incaricato del caso aveva inizialmente accettato l'opinione di Honeywell secondo la quale iCap rappresentava un progetto chiave, rendendo così ambiguo il caso nella fase della comunicazione delle obiezioni del 6 luglio 2017 e continuando a mantenerlo tale. [...]»

⁽²⁰⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, punto 292, lettera c).

⁽²¹⁾ L'elenco delle attività patrimoniali escluse conteneva attività da escludersi dalla vendita a Honeywell. Il brevetto relativo a iCap è stato inserito in tale elenco delle attività patrimoniali escluse.

⁽²²⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, punto 292, lettera d).

⁽²³⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, punto 293.

22. Infine Sigma ha sostenuto che il procedimento in questione era differente da quello di *GE/LM Wind* ⁽²⁴⁾ nell'ambito del quale il consigliere-auditore, nella sua relazione finale ⁽²⁵⁾, aveva rifiutato le argomentazioni di General Electric secondo cui un «sistema di indagine simile (ossia un "indagine in cui il gruppo incaricato del caso era responsabile sia della procedura di autorizzazione che dell'indagine per informazioni fuorvianti) destava sospetti di parzialità ⁽²⁶⁾. Nella relazione finale del caso *GE/LM Wind*, il consigliere-auditore ha concluso che le accuse di parzialità sotto il profilo oggettivo mosse da General Electric non erano convincenti, in particolare perché esse trascuravano "i) [il]fatto che la decisione finale in tale procedimento non spetti al gruppo incaricato del caso ma alla Commissione in quanto istituzione, che agisce tramite il collegio, al termine di una procedura che coinvolge numerosi attori diversi dal gruppo incaricato del caso, e ii) del relativo sistema interno di bilanciamento dei poteri nei procedimenti a titolo dell'articolo 14 del regolamento sulle concentrazioni" ⁽²⁷⁾. Secondo Sigma, il procedimento in corso si differenzia da quelli del caso *GE/LM Wind* perché a) le prove dimostrano che il sistema d'indagine ha generato sospetti di parzialità; b) Sigma (contrariamente a General Electric) ha espresso le proprie preoccupazioni in merito alla parzialità durante la prima audizione; e c) il coinvolgimento di "numerosi attori" nel procedimento non allontana i sospetti di parzialità, in quanto l'indagine relativa al caso M.8181 è stata «condotta fin dall'inizio» dal gruppo incaricato del caso. Dal punto di vista di Sigma, il coinvolgimento della gerarchia della Commissione nell'approvazione della decisione finale potrebbe rimediare a casi manifesti di parzialità, ma non rappresenta una salvaguardia sufficiente quando l'impostazione generale del caso è alterata da parzialità sotto il profilo oggettivo. Secondo Sigma, nessuno dei «numerosi attori» coinvolti nel procedimento ha effettuato un esame dettagliato dei fatti e dei documenti per formarsi un'opinione indipendente e informata e hanno dovuto basarsi sulle informazioni presentate loro dal gruppo incaricato del caso.

VI.2. Esame delle argomentazioni di Sigma

VI.2.1. Principi generali

23. Innanzitutto occorre ricordare che la Corte ha costantemente affermato che la Commissione non è un giudice o un tribunale ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la «Carta») ⁽²⁸⁾. La Corte ha inoltre affermato che il sistema dell'Unione europea di riesame è compatibile con l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con l'articolo 47 della Carta ⁽²⁹⁾.
24. Appare pertanto evidente che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo citata da Sigma (menzionata nella nota 14 sopra) non è direttamente rilevante in questo contesto, in quanto fa riferimento a esigenze di imparzialità dei giudici. Nemmeno il riferimento alla sentenza *Ziegler* avalla la posizione di Sigma: in quel caso la Corte ha effettivamente ritenuto che, dal momento che le decisioni della Commissione sono assoggettate al controllo del giudice dell'Unione e che il diritto dell'Unione prevede un sistema di controllo giurisdizionale delle decisioni della Commissione, la Commissione non può essere al contempo «vittima» di un'infrazione e «giudice» della relativa sanzione ⁽³⁰⁾.
25. Quanto precede ovviamente non implica che la Commissione (in qualità di organismo amministrativo) sia esente dall'obbligo di agire con imparzialità. Al contrario, il diritto ad una buona amministrazione, come sancito dall'articolo 41 della Carta, afferma che ogni persona ha a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale. In tal senso diviene rilevante esaminare se la Commissione abbia, nel caso di specie, agito in modo imparziale. Come risulta evidente dalla giurisprudenza della Corte, il requisito di imparzialità comprende elementi sia soggettivi che oggettivi ⁽³¹⁾.

VI.2.2. Esame del profilo soggettivo dell'imparzialità

26. Le argomentazioni di Sigma riguardanti il profilo soggettivo dell'imparzialità non sono particolarmente convincenti e, per le ragioni descritte di seguito, qualsiasi argomentazione relativa a effettiva parzialità per conto del gruppo incaricato del caso diviene meno pertinente se si considera pienamente il processo decisionale della Commissione.

⁽²⁴⁾ Caso M.8436 - *General Electric Company / LM Wind Power Holding* (procedura a norma dell'articolo 14, paragrafo 1).

⁽²⁵⁾ Relazione finale del consigliere-auditore - *General Electric Company / LM Wind Power Holding* (punto 14), 2020/C 24/05, GU C 24 del 24.1.2020, pag. 7 («relazione finale, caso *GE/LM Wind* »).

⁽²⁶⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, punti 295 – 302.

⁽²⁷⁾ *GE/LM Wind* Relazione finale, punto 17.

⁽²⁸⁾ Cfr. *Musique Diffusion française SA e altri/Commissione*, cause riunite da C-100/80 a 103/80, ECLI:EU:C:1983:158, punto 7.

⁽²⁹⁾ Cfr. *Otis/Commissione*, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, punti da 56 a 64 e *Chalkor/Commissione*, C-386/10 P, ECLI:EU:C:2011:815, punto 67.

⁽³⁰⁾ Cfr. *Ziegler*, punto 159.

⁽³¹⁾ Cfr. *Ziegler*, punto 155, *Gorostiaga Atxalandabaso/Parlamento*, C-308/07 P, ECLI:EU:C:2009:103, punto 46, Opinione di AG Kokott in *Spagna/Consiglio*, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:420, punti da 97 a 115.

27. Per quanto riguarda il comunicato stampa, anche se parte della formulazione potrebbe essere criticata (perché può avere dato l'impressione che la Commissione avesse giudicato prematuramente alcuni fatti), la denuncia di Sigma in definitiva non è convincente, dal momento che il comunicato stampa specificava chiaramente che le conclusioni della comunicazione delle obiezioni erano preliminari⁽³²⁾. La natura preliminare della posizione della Commissione al momento del comunicato stampa e l'esistenza del «*beneficio del dubbio*» è infatti perfettamente illustrata dal fatto che Merck, pur essendo un destinatario della comunicazione delle obiezioni, non è un destinatario del progetto di decisione.
28. Per quanto riguarda l'argomentazione di Sigma secondo la quale la Commissione era eccessivamente ostinata nell'utilizzare le prove a sostegno di conclusioni tratte a prima vista, Sigma sembra contestare solamente l'utilizzo delle prove (a suo parere) inesatte nella comunicazione delle obiezioni e nella comunicazione delle obiezioni complementare a sostegno dell'«*entusiasmo*» e della parzialità del gruppo incaricato del caso. Tuttavia la sostanza della comunicazione delle obiezioni è fornire alle parti l'opportunità di formulare osservazioni sul caso esaminato dalla Commissione, compreso l'utilizzo delle prove. L'accusa secondo cui la Commissione ha utilizzato le prove in maniera scorretta, non può in quanto tale rappresentare prova di parzialità. Anche se Sigma affermasse con ragione che la Commissione aveva mal interpretato alcuni elementi di prova, questo di per sé non dimostra un atteggiamento di parzialità, bensì rivela al massimo un'erronea comprensione del documento⁽³³⁾.
29. Le argomentazioni di Sigma in relazione al «*duplice criterio*» come definito al precedente punto 21 lettera e) sono ugualmente poco convincenti, in quanto la questione in gioco nel caso M.8181 è se Sigma abbia fornito intenzionalmente o per negligenza informazioni inesatte e/o fuorvianti alla Commissione. Il fatto che il gruppo incaricato del caso potesse individuare l'esistenza di iCap nell'elenco delle attività patrimoniali escluse non è pertinente alla constatazione di una violazione e Sigma non spiega per quale motivo questo costituirebbe un elemento di parzialità nell'indagine. Inoltre, Sigma omette di spiegare per quale motivo il criterio di diligenza della Commissione nell'assolvere i propri doveri nel caso di specie dovrebbe concordare con quello di Sigma nelle circostanze che hanno dato origine al presente caso, vista l'asimmetria particolarmente pronunciata delle informazioni tra Sigma e la Commissione⁽³⁴⁾.
30. In ogni caso, anche se si ammettesse l'argomentazione di Sigma secondo cui uno o più dei membri del gruppo incaricato del caso hanno agito soggettivamente in modo parziale, questo non sarebbe sufficiente a dimostrare che la Commissione, in qualità di istituzione, sia stata parziale sotto il profilo soggettivo, come Sigma sembra insinuare⁽³⁵⁾.

VI.2.3. Esame del profilo oggettivo dell'imparzialità

31. La Corte ha ripetutamente affermato che il fatto che la Commissione, organo amministrativo, eserciti al contempo funzioni di istruzione e di repressione delle infrazioni non costituisce una violazione dell'obbligo di imparzialità, dato che le sue decisioni sono soggette al controllo del giudice dell'Unione⁽³⁶⁾. La sostanza del caso di specie è stabilire se i fatti del procedimento in corso siano in qualche modo differenti da altri casi in materia di diritto della concorrenza nei quali la Commissione abbia esercitato al contempo funzioni di istruzione e di repressione delle infrazioni o se ci siano *garanzie sufficienti per escludere qualsiasi legittimo dubbio* in merito alla sua imparzialità sotto il profilo oggettivo⁽³⁷⁾.
32. Innanzitutto occorre ricordare che, sebbene il gruppo incaricato del caso svolga indubbiamente una funzione importante nel processo investigativo, esso non decide l'esito del caso: tale compito è svolto dal collegio dei commissari⁽³⁸⁾. Inoltre un'accusa di parzialità di questo tipo ignora il sistema di bilanciamento dei poteri integrato

⁽³²⁾ Nello specifico, il comunicato stampa affermava che la Commissione aveva informato la società tedesca Merck KGaA e Sigma-Aldrich della sua **conclusione preliminare** secondo la quale le società avevano fornito informazioni inesatte o fuorvianti nel contesto dell'acquisizione da parte di Merck di Sigma-Aldrich. ...La **conclusione preliminare** della Commissione affermava che Merck e Sigma-Aldrich avevano omesso di fornire alla Commissione informazioni importanti riguardo a un progetto innovativo, elemento centrale dell'analisi della Commissione, rilevante per determinati laboratori chimici." (il grassetto è aggiunto).

⁽³³⁾ Cfr., per analogia, *JCB Service/Commissione*, T-67/01, ECLI:EU:T:2004:3, punto 55.

⁽³⁴⁾ L'argomentazione di Sigma secondo cui la Commissione avrebbe dovuto notare che iCap era menzionato nell'elenco delle attività patrimoniali escluse in ogni caso è priva di nesso con i fatti che possono determinare una violazione dell'art. 14, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni. Anche se la Commissione avesse notato che iCap era menzionato nell'elenco delle attività patrimoniali escluse, questo non avrebbe influito sulla comunicazione negligente o intenzionale da parte di Sigma di informazioni inesatte e/o fuorvianti durante l'esame della concentrazione.

⁽³⁵⁾ Cfr., per analogia, *ABB Asea Brown Boveri / Commissione*, T-31/99, ECLI:EU:T:2002:77, punto 104.

⁽³⁶⁾ Cfr. *Bollere/Commissione*, T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325, punto 66 e *Enso Española/Commissione*, T-348/94, ECLI:EU:T:1998:102, punti da 56 a 64.

⁽³⁷⁾ Cfr. *Ziegler*, punto 155.

⁽³⁸⁾ Cfr., per analogia, *Chronopost SA/Commissione*, C-341/06, ECLI:EU:C:2007:20, punto 54.

nelle procedure decisionali interne della Commissione. L'adozione di qualsiasi decisione richiede il coinvolgimento di vari soggetti ⁽³⁹⁾. L'argomentazione di Sigma secondo cui i vari soggetti coinvolti nel processo decisionale non costituissero una «*salvaguardia sufficiente*» perché «*non avevano eseguito un esame dettagliato dei fatti e dei documenti per formarsi un'opinione indipendente e informata sul caso*» non è credibile in questo caso. Il coinvolgimento di tali soggetti era funzionale alla riduzione della portata del caso della Commissione, in quanto la comunicazione delle obiezioni complementare (al contrario della comunicazione delle obiezioni) non faceva riferimento ad alcuna obiezione nei confronti di Merck e forniva a Sigma l'opportunità di presentare le proprie argomentazioni durante la seconda audizione orale. Sigma stessa, in alcune osservazioni espresse nel corso della seconda audizione orale, ha riconosciuto l'efficacia di tale processo ⁽⁴⁰⁾, il che indicherebbe che Sigma ritiene che l'audizione orale fornisca alle parti una tribuna efficace dove presentare il proprio caso a un pubblico più ampio rispetto al gruppo incaricato con la possibilità di ridurre la portata del caso o addirittura di archiviare il caso totalmente.

33. Nemmeno le sentenze nelle cause *Spagna/Consiglio* e *August Wolff* (citate da Sigma durante la seconda audizione orale e/o nella risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare) avallano le argomentazioni di Sigma. Nella sentenza *Spagna/Consiglio*, la Spagna ha proposto ricorso contro una decisione del Consiglio con la quale quest'ultimo imponeva un'ammenda alla Spagna per manipolazione dei dati sul disavanzo pubblico, a seguito di un'indagine e di una raccomandazione della Commissione. La Spagna ha affermato che la Commissione aveva violato il requisito di imparzialità oggettiva poiché aveva affidato la conduzione dell'indagine in questione in gran parte allo stesso gruppo che aveva preso parte a precedenti visite e valutazioni di routine per verificare la qualità di alcuni dati (compresi i dati sul disavanzo pubblico) forniti dalla Spagna prima dell'inizio della procedura pertinente. Nel respingere le argomentazioni della Spagna sull'imparzialità oggettiva, la Corte ha osservato, innanzitutto, che le indagini che hanno portato alla raccomandazione della Commissione di imporre un'ammenda e le visite e le valutazioni della qualità del disavanzo e altri dati rientrano in quadri giuridici distinti e hanno finalità diverse ⁽⁴¹⁾. Per tale motivo, le precedenti visite e valutazioni della qualità dei dati non hanno, di per sé, pregiudicato la posizione che la Commissione avrebbe potuto assumere in merito alla sussistenza di errate rappresentazioni relative ai medesimi dati ⁽⁴²⁾. In secondo luogo, la Corte ha osservato che i regolamenti pertinenti non affidavano a un determinato servizio della Commissione ⁽⁴³⁾ il potere di decidere se dare avvio al procedimento di indagine, la responsabilità di condurre l'indagine o la facoltà di sottoporre al Consiglio la raccomandazione necessaria all'esito dell'indagine. Tale potere è stato conferito alla Commissione, un'istituzione che agisce collegialmente. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che il ruolo assegnato al personale della Commissione nel procedimento di indagine non poteva essere considerato «*decisivo*» né per quanto riguarda la conduzione, né per quanto riguarda l'esito di tale procedimento ⁽⁴⁴⁾.
34. Nella causa *August Wolff*, la Corte, come nella causa *Spagna/Consiglio*, ha concluso che il requisito di imparzialità oggettiva non era stato rispettato in relazione alla procedura oggetto del ricorso. La causa *August Wolff* riguardava la consultazione del comitato per i medicinali per uso umano (il «comitato») da parte dell'autorità tedesca competente (BfArM) in merito al rifiuto dell'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale. La questione della violazione del requisito di imparzialità oggettiva è sorta perché il comitato, per elaborare il suo parere, aveva nominato come relatore principale in Germania, una persona che era anche dipendente del BfArM. Al momento della consultazione del comitato, il BfArM era impegnato in un contenzioso con i ricorrenti, in relazione al rifiuto di rinnovare l'autorizzazione all'immissione in commercio del medicinale in questione. La Corte ha considerato i seguenti fattori rilevanti per la sua analisi sull'imparzialità sotto il profilo oggettivo: la

⁽³⁹⁾ Tra i soggetti competenti (diversi dal gruppo incaricato del caso) figura il commissario per la Concorrenza, assistito dai membri del suo gabinetto; l'alta dirigenza della DG Concorrenza, compreso il direttore generale della DG Concorrenza; l'unità di coordinamento orizzontale pertinente della DG Concorrenza; il gruppo dell'economista principale (se del caso); il servizio giuridico; i «*servizi associati*» nella Commissione, la consigliera-auditrice e il comitato consultivo in materia di concentrazioni. Inoltre, il sistema prevede anche la possibilità di un esercizio di «*valutazione inter pares*» in seno alla Commissione, che nel presente procedimento ha effettivamente avuto luogo.

⁽⁴⁰⁾ Nello specifico, durante l'audizione orale, uno dei rappresentanti legali di Sigma ha affermato che «*le audizioni orali sono effettivamente efficaci*» (il grassetto è aggiunto) e che il procedimento in corso «*dimostra perfettamente il valore di tali audizioni.*»

⁽⁴¹⁾ Nello specifico, le visite precedenti erano basate sull'articolo 8, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 479/2009, del 25 maggio, relativo all'applicazione del protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi, allegato al trattato che istituisce la Comunità europea (GU L 145 del 10.6.2009, pag.1) e miravano a consentire al servizio della Commissione pertinente (Eurostat) di valutare la qualità del debito e dei dati sul disavanzo comunicati due volte all'anno dagli Stati membri. Il procedimento di indagine invece era basato sull'articolo 8, paragrafo 3, dello stesso regolamento e aveva la finalità di consentire alla Commissione di avviare tutte le indagini necessarie ad accertare l'esistenza di rappresentazioni errate relative ai dati, fornite volontariamente o per negligenza grave, quando questa ritiene che sussistono serie indicazioni di fatti idonei a configurare siffatte rappresentazioni. *Spagna/Consiglio*, punti 96, 97 e 98.

⁽⁴²⁾ Cfr. *Spagna/Consiglio*, punto 100 e 101.

⁽⁴³⁾ In quel caso, Eurostat.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *Spagna/Consiglio*, punti 102, 103 e 104.

- procedura dinanzi al BfArM e la procedura dinanzi al comitato avevano l'obiettivo di raggiungere la stessa finalità sostanziale ⁽⁴⁵⁾ e sono stati considerate della stessa natura; il relatore ricopre un ruolo importante nella preparazione del parere che il comitato è chiamato a esprimere e ha responsabilità proprie in tale procedura; e solo circostanze eccezionali possono giustificare che la Commissione non segua il suddetto parere ⁽⁴⁶⁾. Secondo la Corte, terzi osservatori potevano legittimamente ritenere che il BfArM, consultando il comitato, continuasse a perseguire gli interessi che erano i propri a livello nazionale e che il comportamento delle persone impiegate da tale autorità e intervenienti nella procedura dinanzi al Comitato potesse essere inficiato da parzialità ⁽⁴⁷⁾.
35. L'analisi condotta dalla Corte nei casi summenzionati non rileva alcuna violazione di imparzialità oggettiva nel procedimento in corso. Sia nella causa *Spagna/Consiglio* che nella causa *August Wolff*, la Corte ha ritenuto che le caratteristiche comuni dell'oggetto delle due procedure che davano adito a un preteso conflitto di interessi fosse un elemento chiave nella sua valutazione. Nella causa *August Wolff*, sia la procedura tedesca che quella europea avevano lo scopo di concedere un'autorizzazione all'immissione nel mercato del medicinale in questione. Di conseguenza, la relatrice tedesca si è inevitabilmente trovata in una situazione di conflitto di interessi nel processo europeo poiché non poteva essere considerata imparziale allorché il suo datore di lavoro oltre ad aver già rifiutato l'autorizzazione alla suddetta immissione sul mercato, era anche coinvolto in un contenzioso con i ricorrenti in merito alla medesima questione. D'altra parte, nella causa *Spagna/Consiglio* la Corte aveva osservato che l'indagine della Commissione in merito alle rappresentazioni errate fatte in relazione ad alcuni dati sul disavanzo pubblico e la precedente valutazione di routine della qualità degli stessi dati avevano finalità diverse e ha quindi ritenuto che il lavoro di valutazione precedente non pregiudicasse la posizione che la Commissione avrebbe potuto assumere in merito alla successiva indagine sulle rappresentazioni errate.
36. Applicando le considerazioni di cui sopra al procedimento di specie, risulta che l'oggetto e la natura dell'indagine nel caso M.7435 e dell'indagine nel caso M.8181 siano diversi. In effetti, l'indagine nel caso M.7435 era finalizzata al raggiungimento di una decisione in merito all'autorizzazione di una concentrazione in virtù dell'articolo 8, paragrafi da 1 a 3, del regolamento sulle concentrazioni. L'indagine nel caso M.8181, invece, mira a determinare se Merck e/o Sigma abbiano fornito (per negligenza o intenzionalmente) informazioni errate e/o fuorvianti alla Commissione nel contesto dell'esame della concentrazione a norma dell'articolo 14, paragrafo 1, del regolamento sulle concentrazioni. Non è chiaro in che modo l'esame del caso M.7435 condotto dal gruppo incaricato gli impedirebbe di agire imparzialmente nel caso M.8181.
37. Inoltre, nella causa *August Wolff*, la Corte ha sottolineato la particolare importanza del relatore nel processo decisionale di quel caso, affermando che esso «*svolge un ruolo importante nel preparare il parere*» e «*ha responsabilità proprie*». Allo stesso modo, nella causa *Spagna/Consiglio*, la Corte ha valutato se il ruolo delle persone accusate di mancanza di imparzialità fosse «*dirimente*» ai fini dello svolgimento o dell'esito del procedimento. Nel procedimento di specie il gruppo incaricato del caso, sebbene abbia una posizione importante in relazione all'indagine, non ha responsabilità decisionali. Contrariamente all'affermazione di Sigma secondo cui «*l'indagine nel caso M.8181 è stata condotta sin dall'inizio dal gruppo incaricato del caso*» ⁽⁴⁸⁾ è un fatto che altri soggetti diversi dal gruppo incaricato del caso hanno avuto un ruolo decisivo nel riorganizzare il caso e nel ridurre la portata della possibile violazione rispetto a quanto descritto nella comunicazione delle obiezioni. Non si tratta certamente di una situazione in cui la Commissione «*eccezionalmente*» non avrebbe seguito la posizione del gruppo incaricato del caso, come invece è stato nella causa *August Wolff*.
38. Alla luce delle considerazioni di cui sopra, le argomentazioni di Sigma in merito alla mancanza di imparzialità non sono convincenti.

⁽⁴⁵⁾ Ovvero decidere sulla qualità, la sicurezza e l'efficacia di medicinali allo scopo di garantirne l'autorizzazione all'immissione in commercio.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. causa *August Wolff*, punti da 31a a 35.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. causa *August Wolff*, punti da 38a a 39.

⁽⁴⁸⁾ Risposta alla comunicazione delle obiezioni complementare, punto 300.

VII. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

39. Il progetto di decisione di cui all'articolo 16, paragrafo 1 della decisione 2011/695/UE riguarda unicamente le obiezioni per le quali a Sigma è stata concessa l'occasione di esprimere il proprio parere.
40. Nel complesso, si può concludere che nel procedimento di specie l'esercizio effettivo dei diritti procedurali sia stato rispettato.

Dorothe DALHEIMER
Hearing Officer

Wouter WILS
Hearing Officer
