

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 6687/62

Betreft zaak: Refresco

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de Mededingingswet tot vaststelling van een overtreding als bedoeld in artikel 73 van de Mededingingswet en tot oplegging van een boete op grond van artikel 73 van de Mededingingswet.

1 Verloop van de procedure

1. Op 15 mei 2009 heeft de NMa een rapport ingevolge artikel 77, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) opgemaakt, inzake een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw. Het rapport is op 15 mei 2009 toegezonden aan de partij aan wie de overtreding in het rapport is toegerekend, te weten Refresco Holding B.V. (hierna ook: Refresco).¹
2. In het rapport wordt vastgesteld dat Refresco wegens het verstrekken van onjuiste en onvolledige gegevens bij een melding van een concentratie in de zin van artikel 34 Mw een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw heeft begaan. De onjuiste en onvolledige gegevens hebben betrekking op de mate waarin Refresco actief was op een door haar geïdentificeerde beïnvloede markt van de gemelde concentratie.
3. Bij brief van 20 mei 2009 is Refresco overeenkomstig het bepaalde in artikel 78, eerste lid, Mw uitgenodigd om desgewenst schriftelijk dan wel mondeling haar zienswijze naar voren te brengen omtrent het rapport. Tevens zijn op deze datum de op de zaak betrekking hebbende stukken inclusief de inventarislijst daarvan aan Refresco toegezonden.²
4. Bij brief van 17 juni 2009 heeft Refresco schriftelijk haar zienswijze naar voren gebracht.³

¹ Dossierstuk 6687/17.

² Dossierstuk 6687/20.

³ Dossierstuk 6687/34 en 39.

5. Op 9 juli 2009 heeft ten kantore van de NMa een hoorzitting plaatsgevonden waarbij Pefresco een mondelinge toelichting op haar zienswijze heeft gegeven.⁴ Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat bij brief van 27 juli 2009 aan Pefresco is toegezonden.⁵

2 Gegevensverstrekking en concentratietoezicht - Wettelijk kader

6. Artikel 73 Mw bepaalt dat de Raad degene die onjuiste of onvolledige gegevens verstrekt bij een melding van een concentratie op grond van artikel 34 Mw een boete kan opleggen van ten hoogste EUR 450.000,00 of, indien het een onderneming betreft en indien dat meer is, van ten hoogste 1% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
7. Welke gegevens bij een concentratiemelding moeten worden verstrekt, wordt ingevolge artikel 35, eerste lid Mw vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur. Deze algemene maatregel van bestuur is het *Besluit gegevensverstrekking Mededingingswet* (hierna: *Besluit gegevensverstrekking*).⁶ Op grond van artikel 4:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft de Raad voorts formulieren vastgesteld die toelichten op welke manier de gegevens kunnen worden verschaft: in het *Besluit vaststelling formulieren Mededingingswet 2007*⁷ is de tekst van het *formulier melding concentratie* vastgesteld, dat aangeeft op welke wijze de vereiste gegevens kunnen worden verstrekt.
8. In artikel 10, eerste lid, van het *Besluit gegevensverstrekking* is neergelegd dat bij een melding een beschrijving wordt gegeven van elke door de concentratie te beïnvloeden markt. Volgens artikel 1, sub h, van het *Besluit gegevensverstrekking* wordt onder de door de concentratie te beïnvloeden markt het volgende verstaan: (i) de markten waarop één of meer bij de concentratie betrokken ondernemingen werkzaam zijn; (ii) de markt waarop één of meer van de bij de concentratie betrokken ondernemingen werkzaam is en de markt waarop een andere bij de concentratie betrokken onderneming alsmede leveranciers of afnemers van de eerstbedoelde onderneming of ondernemingen werkzaam zijn. Het *formulier melding concentratie* bevat hierop nog een nadere toelichting.
9. In genoemde toelichting bij het *formulier melding concentratie* wordt weergegeven dat indien een onderneming onderdeel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van boek 2 van

⁴ Dossierstuk 6687/43.

⁵ Dossierstuk 6687/46 (verslag) en 6687/47 (brief).

⁶ Besluit van 17 oktober 1997, Stb. 1997, 485. Aangepast middels besluiten van: 27 april 2000, Stb. 2000, 222; 14 september 2001, Stb. 2001, 415 en 21 november 2006, Stb. 2006, 663.

⁷ Besluit van 18 september 2007, Stcrt. 2007, nr. 187, p. 33.

het Burgerlijk Wetboek,⁸ bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een beïnvloede markt de activiteiten van de gehele groep moeten worden betrokken.

10. Op basis van artikel 8, vierde lid, van het *Besluit gegevensverstrekking* moeten, indien sprake is van een groep, bij een melding relevante gegevens met betrekking tot de groep worden aangeleverd. Deze gegevens worden gevraagd in punt 1.4 van het *formulier melding concentratie*. Zo wordt onder meer gevraagd welke ondernemingen binnen de groep werkzaam zijn op een markt waarop een betrokken onderneming werkzaam is.
11. Het belang dat met artikel 73 Mw wordt gediend is dat ondernemingen bij hun melding juiste en volledige gegevens verstrekken waardoor de Raad met die gegevens binnen de wettelijke (korte) beslistermijnen tot een snelle en adequate beoordeling van de concentratie kan komen.⁹ Aldus wordt de Raad in staat gesteld uitvoering te geven aan het aan hem opgedragen concentratietoezicht, een kerntaak onder de Mededingingswet. Alle concentraties van bepaalde omvang dienen verplicht vóór hun totstandkoming bij de Raad te worden gemeld teneinde te worden beoordeeld op verenigbaarheid met de Mededingingswet (preventief concentratietoezicht). Dat de wetgever aan dit belang hecht, blijkt uit de boetebepaling gekoppeld aan de overtreding van de plicht tot verstrekking van de juiste en volledige gegevens. Recentelijk heeft de wetgever de maximale boete voor een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw verhoogd van maximaal EUR 22.500,00 naar maximaal EUR 450.000,00 of, indien dat meer is, ten hoogste 1% van de totale jaaromzet van de onderneming. Dat het verstrekken van volledige en juiste gegevens van essentieel belang is, blijkt ten slotte ook uit de toelichting op het *formulier melding concentratie* (onderdeel van het *Besluit vaststelling formulieren Mededingingswet*), waarin staat vermeld dat indien tijdens de procedure wijzigingen optreden in de door de meldende partijen verstrekte gegevens, die nieuwe gegevens direct aan de NMa gemeld dienen te worden.¹⁰

3 Feiten en omstandigheden

12. De feiten waarop dit besluit wordt gebaseerd kunnen als volgt worden weergegeven.
13. Op 19 september 2008 heeft de Raad van Refresco een melding ontvangen van een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 34 Mw.¹¹ Hierin heeft Refresco medegedeeld dat zij het voornemen heeft uitsluitende zeggenschap te verkrijgen, in de zin van artikel 27,

⁸ Dit artikel luidt als volgt: een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

⁹ Zie ook de toelichting op het *Besluit gegevensverstrekking* (supra noot 6).

¹⁰ Supra noot 7.

¹¹ Dossierstuk 6687/ 1.

eerste lid, onder b, Mw, over Schiffers Food B.V. (hierna: Schiffers Food), onderdeel van Bavaria N.V. Van de melding is mededeling gedaan in de Staatscourant van 25 september 2008, nr. 186.

14. In de melding, waarin Refresco telkens het toepasselijke gedeelte uit het *formulier melding concentratie* heeft gereproduceerd alvorens de relevante informatie weer te geven, heeft Refresco opgemerkt dat zij ervan uitgaat dat er als gevolg van de concentratie één markt wordt beïnvloed. Deze beïnvloede markt wordt door Refresco als volgt gedefinieerd: de markt voor het ter beschikking stellen van productiecapaciteit ten behoeve van industriële opdrachtgevers en retailers voor het produceren en bottelen van niet-alcohol bevattende dranken in het niet-aseptische segment (carbonated soft drinks (CSD)¹² en mineraalwater) in een geografisch gebied dat zich uitstrekt over België, Nederland en Duitsland. Daarnaast merkt Refresco in de melding op dat een nader onderscheid naar type verpakking (PET-fles of blik) niet aan de orde is aangezien producenten van niet-aseptische producten hun producten ten behoeve van industriële opdrachtgevers en supermarktketens in zowel blikjes als PET-flessen bottelen.

15. In de melding heeft Refresco voorts het volgende vermeld:

“Binnen Refresco is uitsluitend Sunco N.V. actief op een beïnvloede markt.”

16. Bij de melding heeft Refresco als bijlage haar jaarverslag over 2007 overgelegd. Hierin staat onder meer een overzicht met alle dochterondernemingen van Refresco. De dochterondernemingen maken deel uit van de groep Refresco. In het overzicht staat naast Sunco een aantal andere dochterondernemingen vermeld, waaronder Menken Drinks B.V. en Frisdranken Industrie Winters B.V. (hierna respectievelijk: Menken en Winters), waarin Refresco een 100% belang heeft. De naamgeving van deze dochterondernemingen, specifiek de onderdelen ‘Drinks’ en ‘Frisdranken’, gaf aanleiding na te gaan of Menken en Winters zich mogelijk, net als Sunco, bezighouden met de productie van frisdranken. Om die reden heeft de NMa Refresco op 26 september 2008 op grond van artikel 35, tweede lid, van de Mw verzocht om aanvulling van de melding.¹³

17. In dit verzoek om aanvulling heeft de NMa onder andere het volgende aangegeven:

“Op pagina 3 van de melding d.d. 19 september 2008 (hierna: de melding) geven partijen aan dat binnen Refresco Holding B.V. (hierna: Refresco) uitsluitend Sunco N.V. (hierna: Sunco) actief is op een beïnvloede markt. De NMa gaat er vanuit dat partijen onder ‘beïnvloede markt’ de markt voor

¹² Het betreft hier koolzuurhoudende frisdranken.

¹³ Dossierstuk 6687/2.

Carbonated Soft Drinks (hierna: CSD) verstaan. Op pagina 27 en 28 van bijlage 5 van de melding (jaarverslag van Refresco) staat een overzicht met alle dochterondernemingen van Refresco. Uit dit overzicht blijkt niet duidelijk dat deze dochterondernemingen niet actief zijn op het gebied van CSD.

1. *Kunt u bevestigen dat met uitzondering van Sunco geen enkele dochteronderneming van Refresco actief is op de markt voor CSD?"*

18. Op 3 oktober 2008 heeft Refresco op genoemde vraag gereageerd.¹⁴ Refresco beantwoordt de vraag als volgt: *"Dat bevestig ik namens diënte."*

19. In de periode tussen het stellen van de aanvullende vraag aan Refresco en de beantwoording ervan op 3 oktober 2008, heeft de NMa nadere informatie gezocht op de website van Refresco en in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. Op grond van het op 3 oktober 2008 verkregen antwoord met betrekking tot de activiteiten van Refresco bleef bij de NMa twijfel bestaan of Sunco de enige dochteronderneming van Refresco is die actief is op de beïnvloede markt. Op 8 oktober 2008 heeft vervolgens telefonisch contact plaatsgevonden tussen de NMa en de gemachtigde van Refresco. In dit gesprek heeft de NMa Refresco medegedeeld dat het Handelsregister 'de fabricage en handel in frisdranken' als bedrijfsomschrijving van Menken en Winters vermeldt.

20. Op 9 oktober 2008 heeft wederom telefonisch contact plaatsgevonden tussen de NMa en Refresco. Refresco heeft in dit gesprek aangegeven dat alsnog is gebleken dat een aantal dochterondernemingen van Refresco actief zijn op de markt voor CSD.¹⁵ Naar aanleiding van dit telefoongesprek heeft Refresco op 9 oktober 2008 informatie aangeleverd over de activiteiten van Menken en Winters.¹⁶ Refresco geeft hierbij het volgende aan:

"Winters en Menken produceren frisdrank met colasmaak, ice tea en frisdrank zonder colasmaak, zij produceren geen sports drinks."

En:

"Menken en Winters doen uitsluitend contract filling voor A-merkproducenten (met name Unilever/ Lipton en Coca Cola)."

21. Uit bovenstaand antwoord heeft de NMa afgeleid dat Menken en Winters evenals Sunco actief zijn op het gebied van het produceren en bottelen van frisdranken ten behoeve van derden. Om onduidelijkheid op dit punt uit te sluiten heeft de NMa op 17 oktober 2008 op grond van artikel 35, tweede lid, Mw nogmaals om aanvulling van de melding verzocht, waarbij over de activiteiten van Menken en Winters het volgende wordt gevraagd:¹⁷

¹⁴ Dossierstuk 6687/3.

¹⁵ Dossierstuk 6687/6.

¹⁶ Dossierstuk 6687/5. Deze informatie is door Refresco middels een fax op 15 oktober 2008 bevestigd, dossierstuk 6687/7.

¹⁷ Dossierstuk 6687/8.

“Op pagina 5 van de melding van 19 september 2008 (hierna: de melding) geeft u aan dat de activiteiten van Refresco Holding B.V. (hierna: Refresco) en Schiffers Food B.V. (hierna: Schiffers Food) overlappen op de markt voor het ter beschikking stellen van productiecapaciteit ten behoeve van industriële opdrachtgevers en supermarkketens (hierna: derden) voor het produceren en bottelen van niet-alcohol bevattende dranken in het niet-aseptisch segment. In de melding heeft u aangegeven dat binnen Refresco alleen Sunco N.V. actief is op een beïnvloede markt. Uit de antwoorden van 15 oktober 2008 op de vragen gesteld per brief van 26 september 2008 blijkt dat binnen Refresco de dochterondernemingen Frisdranken Industrie Winters B.V. en Menken Drinks B.V. zich bezighouden met ‘contract filling voor A-merkproducenten.’

- 1. Behoort ‘contract filling voor A-merkproducenten’ volgens u, gelet op elementen van vraag- en aanbodsubstitutie, tot de markt voor het ter beschikking stellen van productiecapaciteit ten behoeve van derden voor het produceren en bottelen van niet-alcohol bevattende dranken in het niet-aseptisch segment? Onderbouw uw antwoord.”*

22. Op 11 november 2008 heeft Refresco in reactie op het tweede verzoek tot aanvulling van de melding bevestigd dat ‘contract filling voor A-merkproducenten’ behoort tot de markt voor het ter beschikking stellen van productiecapaciteit ten behoeve van derden voor het produceren en bottelen van niet-alcohol bevattende dranken in het niet-aseptisch segment.¹⁸ Menken en Winters bleken derhalve actief op de markt voor het ter beschikking stellen van productiecapaciteit ten behoeve van derden voor het produceren en bottelen van niet-alcohol bevattende dranken in het niet-aseptisch segment, welke door Refresco in de melding was geïdentificeerd als beïnvloede markt.

23. In punt 3.3 van de melding heeft Refresco informatie verstrekt over marktomvang en marktaandelen. De verstrekte marktaandelen waren door Refresco berekend zonder rekening te houden met de activiteiten van Menken en Winters. In de melding wordt bij de berekening van een marktaandeel door Refresco een hoeveelheid van [vertrouwelijk] miljoen liter vermeld.

24. In genoemde antwoorden van 11 november 2008, alsmede de op verzoek van de NMa gegeven aanvulling daarop,¹⁹ verstrekt Refresco gegevens over haar productiecapaciteit. Hieruit blijkt dat de gebruikte productiecapaciteit van Menken en Winters in 2007, te weten [vertrouwelijk] miljoen liter, nagenoeg even groot is als de gebruikte productiecapaciteit in 2007 van Sunco. De geaggregeerde productie in 2007 van Refresco is derhalve substantieel hoger dan de in de melding aangegeven [vertrouwelijk] miljoen liter. Hierbij gaat de Raad er vanuit dat [vertrouwelijk] miljoen liter die in het meldingsformulier is weergegeven de gebruikte productiecapaciteit van Refresco over het jaar 2007 is. Indien het de totale productiecapaciteit van Sunco in 2007 betreft, geldt dat ook dit cijfer substantieel afwijkt van

¹⁸ Dossierstuk 6687/9.

¹⁹ Dossierstuk 6687/11.

de totale productiecapaciteit in 2007 van Sunco, Menken en Winters samen, aangezien die capaciteit uitkomt op [vertrouwelijk] miljoen liter waarvan [vertrouwelijk]miljoen liter voor rekening komt van Menken en Winters.

25. Tijdens de meldingsprocedure heeft de NMa aan Refresco meegedeeld dat de antwoorden op de formele vragen door de NMa als onvolledig beschouwd zouden worden.²²
26. Bij besluit van 10 december 2008 heeft de Raad een besluit genomen als bedoeld in artikel 37, eerste lid, Mw (hierna ook: goedkeuringsbesluit). In dit goedkeuringsbesluit is geoordeeld dat de gemelde concentratie binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht viel en dat voor het tot stand brengen van de concentratie geen vergunning vereist was.²³ Dit goedkeuringsbesluit is gepubliceerd in de Staatscourant van 19 december 2008, nr. 247. Tegen dit besluit is geen beroep ingesteld.
27. Op 15 mei 2009 heeft de Directie Mededinging rapport opgemaakt.²⁴

4 Het rapport

28. Het rapport bevat de neerslag van een onderzoek door ambtenaren van de Directie Mededinging. In het rapport wordt kort en zakelijk weergegeven, het volgende gesteld.
29. Refresco heeft onjuiste en tevens onvolledige gegevens verstrekt bij een melding op grond van artikel 34 Mw, waardoor een verkeerde voorstelling van zaken ontstond omtrent de mate waarin Refresco actief is op de beïnvloede markt. Bovendien heeft zij bij de aanvulling van de melding nogmaals onjuiste gegevens verstrekt met betrekking tot de activiteiten van de Refresco groep. In het rapport wordt vastgesteld dat Refresco hiermee een overtreding heeft begaan als bedoeld in artikel 73 Mw. Op grond van artikel 73 Mw kan hiervoor een boete aan Refresco worden opgelegd.
30. In het rapport wordt de overtreding toegerekend aan Refresco Holding B.V.

²² Dossierstuk 6687/6 (zie ook de telefoonnotitie opgenomen onder dossierstuk 6687/4, waarin staat vermeld dat het volledig verklaren van de antwoorden afhankelijk zou zijn van de reactie van partijen op vraag 1 van de gestelde vragen op 26 september 2008).

²³ Besluit van de Raad in zaak 6516 (dossierstuk 6687/12).

²⁴ Dossierstuk 6687/17.

5 Zienswijze van Refresco

31. In de schriftelijke zienswijze en tijdens de hoorzitting heeft Refresco, kort en zakelijk weergegeven, het volgende naar voren gebracht.

5.1 Primair: bij nauwere marktafbakening geen inbreuk als bedoeld in artikel 73 Mw

32. Refresco stelt zich primair op het standpunt dat bij een nauwkeuriger afgebakende beïnvloede markt geen sprake is van een inbreuk als bedoeld in artikel 73 Mw. Strikt genomen was het beter geweest om in de melding uit te gaan van een nauwere beïnvloede markt van productie van CSD in PET-flessen in plaats van een markt van productie van CSD van zowel PET-flessen als blik. In dat geval zouden de aanvankelijk door Refresco verstrekte gegevens niet onvolledig zijn geweest.

33. Aangezien Menken en Winters gelet op onder meer het type verpakking en de afzetmarkt geen directe concurrenten zouden zijn van Schiffers, is Refresco er onbewust van uitgegaan dat het vermelden van Menken en Winters niet relevant was. Als reden van het niet-vermelden van Menken en Winters voert Refresco tevens aan dat zij niet precies weet waar buiten Nederland de producten van Winters en Menken werden afgezet omdat deze ondernemingen met name produceren ten behoeve van eigenaars van A-merken die vervolgens zelf zorg dragen voor de afzet van de productie. Verder betoogt Refresco dat zij zich bij de definiëring van de beïnvloede markt heeft gebaseerd op een precedent van de Franse mededingingsautoriteit waarin geen verdere precisering naar type verpakking was aangebracht.²⁵

34. Ter ondersteuning van haar standpunt verwijst Refresco naar het goedkeuringsbesluit van de Raad van 10 december 2008, waar de Raad in randnummers 24, 25 en 43 volgens haar zou pleiten voor een nauwere marktafbakening, namelijk op basis van een onderscheid naar type verpakking.

²⁵ Besluit C2007-50, d.d. 18 juni 2007, betreffende de overname van Sun Beverages Company N.V. door Refresco SPV B.V., Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 18 juin 2007, au conseil de la société Refresco, relative à une concentration dans le secteur de la production et du conditionnement de jus de fruits, de boissons non alcoolisées et d'eaux minérales (http://www.dgcrf.bercy.gouv.fr/boccrf/2007/07_07bis/c2007_50_refresco_sunbeverages.pdf http://www.dgcrf.bercy.gouv.fr/boccrf/2007/07_07bis/c2007_50_refresco_sunbeverages.pdf).

5.2 Subsidiar: zeer beperkte ernst en duur van de gestelde inbreuk

5.2.1 Zeer beperkte ernst van de gestelde inbreuk

35. Refresco brengt in haar zienswijzen naar voren dat zij het belang van de volledigheid van concentratiemeldingen onderkent. Niettemin wenst zij, onder aanvoering van een aantal argumenten (zie hieronder randnummers 36 e.v.) te benadrukken dat het verstrekken van onvolledige gegevens in onderhavige zaak een zeer beperkte ernst heeft. Om die reden verzoekt Refresco de Raad af te zien van het opleggen van een boete. Indien de Raad toch beslist tot het opleggen van een boete, verzoekt Refresco de Raad bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening te houden met deze zeer beperkte ernst. Hiertoe voert zij aan dat het niet passend zou zijn om bij boeteoplegging de boetecategorie III te hanteren, en een lagere boetecategorie gehanteerd zou moeten worden. Daarnaast verzoekt zij de Raad om bij eventuele sanctieoplegging een ernstfactor van aanzienlijk lager dan 1 te hanteren.

(a) Geen bewuste/ onopzettelijke onvolledige informatieverstrekking

36. Refresco betoogt dat zij niet bewust danwel opzettelijk onvolledige gegevens heeft verstrekt over op de beïnvloede markt actieve ondernemingen. Zij stelt zich op het standpunt dat zij onbewust geschipperd heeft tussen enerzijds de mededingingsrechtelijke visie van de Franse mededingingsautoriteit in een andere zaak (ruime relevante markt) en anderzijds haar eigen visie over het functioneren van de markten, waarbij Menken en Winters niet worden gezien als concurrenten van Schiffers. Vanuit dat oogpunt heeft Refresco in de melding Sunco onbewust genoemd als enige onderneming die actief is op een beïnvloede markt. Bijgevolg heeft zij de positie van Refresco op de beïnvloede markt onvolledig weergegeven, en daaropvolgend een bevestigend antwoord gegeven op vraag 1 van de aanvullende vragen van de NMa van 26 september 2008. Dat Refresco de namen niet opzettelijk heeft nagelaten te vermelden zou volgens haar ook blijken uit het feit dat de jaarverslagen van Refresco publiekelijk beschikbaar zijn en zij het verslag over het jaar 2007 ook aan de NMa heeft overgelegd. Hierin staan zowel Menken en Winters opgenomen.

(b) Onduidelijke vraagstelling door de NMa

37. Met verwijzing naar het rapport voert Refresco aan dat de NMa kennelijk al bij haar vraagstelling van 26 september 2008 vermoedde dat Menken en Winters actief waren op de markt voor CSD. Volgens Refresco had het derhalve voor de hand gelegen dat de NMa in de vraagstelling van 26 september 2008 uitdrukkelijker dan nu het geval is geweest, had gevraagd of Menken en Winters actief waren op de markt voor CSD. Hiermee vindt Refresco niet dat zij door een explicietere vraagstelling tot een juist antwoord had kunnen komen, maar wel dat de onduidelijke (en in de ogen van Refresco 'leading') vraagstelling van de NMa zeker heeft bijgedragen aan het onjuiste antwoord. Volgens Refresco zou dit een belangrijke aanleiding moeten zijn om te concluderen dat de ernst van de overtreding zeer beperkt is.

(c) Geen effect op de mededingingsrechtelijke beoordeling gelet op productmarkt en marktaandeelen

38. Refresco is het niet eens met het rapport waarin wordt gesteld dat de mate waarin Refresco actief is op de beïnvloede markt na het aanleveren van de informatie over de activiteiten van Winters en Menken aanzienlijk groter bleek dan in de melding aangegeven. Ook stelt zij dat deze activiteiten niet van aanzienlijk en cruciaal belang zijn gebleken voor de beoordeling van de marktpositie van partijen en hiermee de beoordeling van de concentratie. Volgens Refresco heeft de onvolledige informatie geen effect dan wel impact gehad op de mededingingsrechtelijke beoordeling van de concentratie. Dit vanwege het feit dat Menken en Winters voornamelijk voor A-merken produceren en het overgrote deel van de productie buiten Nederland verkocht wordt. Verder wijst Refresco erop dat ook uit het goedkeuringsbesluit zou volgen dat de concentratie tussen Refresco en Schiffers, ook met de marktaandelen van Menken en Winters, de mededinging in het geheel niet belemmert (randnummer 45).

(d) Tijdig herstel van de omissie

39. Refresco brengt naar voren dat de omissie hersteld is op 9 oktober 2008, ruim voordat het goedkeuringsbesluit door de Raad werd vastgesteld. Refresco is van oordeel dat de NMa de marktpositie van Winters en Menken derhalve zonder meer heeft kunnen meewegen.

5.2.2 Zeer beperkte duur van de gestelde inbreuk

40. Refresco betoogt voorts dat ook de duur van de vermeende overtreding zeer beperkt is geweest. Op 9 oktober 2008 heeft Refresco de omissie telefonisch en per e-mail rechtgezet. De vaststelling in het rapport dat de omissie pas op 11 november 2008 vaststond, is volgens Refresco onjuist. Volgens Refresco stond de onvolledigheid al vast op 9 oktober en niet pas op 11 november 2008. Gelet op de zeer beperkte duur verzoekt Refresco de Raad om geen sanctie op te leggen. Indien de Raad toch beslist tot het opleggen van een boete, verzoekt Refresco de Raad bij het bepalen daarvan rekening te houden met de zeer beperkte duur van de vermeende inbreuk. Een duurfactor van aanzienlijk lager dan 1 zou in dat verband aangewezen zijn.

6 Beoordeling

41. De argumenten die Refresco primair aanvoert zien op de vaststelling van een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw. De subsidiair aangevoerde argumenten zien ten dele op de afwezigheid van verwijtbaarheid van de overtreding zoals bedoeld in artikel 76 Mw en/of op de hoogte van de op te leggen boete. Alhoewel Refresco zich niet expliciet heeft beroepen op (afwezigheid van) verwijtbaarheid, heeft zij tijdens de hoorzitting, na vragen van de NMa hieromtrent, aangegeven dat haar verweren (waar mogelijk) onder meer in het kader van

verwijtbaarheid van artikel 76 Mw dienen te worden opgevat.²⁶ De Raad beoordeelt de argumenten als zodanig, en voor zover passend, in samenhang met elkaar.

6.1 Overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw

42. Artikel 73 Mw bepaalt dat de Raad aan degene die bij een melding van een concentratie onjuiste of onvolledige gegevens verstrekt een boete kan opleggen. Hieruit vloeit voort dat meldende partijen de verplichting hebben om op het moment van melden, en tevens tijdens de meldingsprocedure die daarop volgt, de juiste en volledige gegevens te verstrekken.
43. Uit randnummers 13 tot en met 22 is gebleken dat naast Sunco, ook Winters en Menken actief zijn op de door Refresco gedefinieerde beïnvloede markt. Dit is als zodanig in de onderhavige procedure door Refresco ook niet betwist. Hiermee stelt de Raad vast dat hetgeen Refresco bij punt 1.4 van het meldingsformulier heeft aangegeven, namelijk dat binnen Refresco uitsluitend Sunco actief is op een beïnvloede markt, onjuist is. Het op 3 oktober 2008 weergegeven antwoord op de aanvullende vraag waarin dit werd bevestigd, is naar het oordeel van de Raad eveneens onjuist. Voorts stelt de Raad vast dat gegevens die Refresco in het meldingsformulier had verstrekt ten behoeve van de berekening van de marktaandelen daarmee ook onjuist en onvolledig waren aangezien deze zijn berekend zonder rekening te houden met de activiteiten van Menken en Winters.
44. Nu Refresco in het meldingsformulier en tevens bij de beantwoording van vraag 1 van de eerste reeks aanvullende vragen onjuiste en onvolledige gegevens verstrekke, stelt de Raad vast dat Refresco onvolledige of onjuiste gegevens heeft verstrekt bij de melding. De Raad concludeert hiermee dat sprake is van een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw. Daarbij heeft de Raad de door Refresco ingebrachte zienswijzen als volgt beoordeeld.
45. Van de zijde van Refresco is betoogd dat achteraf gezien een nauwere marktafbakening gelet op de marktpraktijk en visie van Refresco wellicht beter was geweest aangezien geen sprake is van directe concurrentie tussen Menken-Winters en Schiffers. Naar de mening van Refresco zou ook de Raad in het goedkeuringsbesluit van oordeel zijn dat uitgaan dient te worden van een nauwe marktafbakening. In dat geval zou geen sprake zijn geweest van het verstrekken van onvolledige dan wel onjuiste gegevens. Een precisering in de marktafbakening was niet nodig omdat de concentratie geen mededingingsrechtelijke problemen zou opleveren. Verder zouden de namen van Menken en Winters niet vermeld zijn aangezien de afzetgegevens van deze rechtspersonen moeilijk te achterhalen waren.

²⁶ Hoewel (de tekst van) artikel 76 Mw met de invoering van de 4^e Tranche van de Algemene wet Bestuursrecht is vervallen, bepaalt artikel IV van het toepasselijke overgangsrecht dat indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, het recht zoals dat gold vóór dat tijdstip van toepassing blijft (Stb. 2009, 264).

46. De Raad deelt de opvattingen van Refresco niet. Hiertoe overweegt de Raad het volgende.

47. Zoals reeds opgemerkt, vloeit uit artikel 73 Mw voort dat meldende partijen de verplichting hebben om op het moment van melden, en tevens tijdens de meldingsprocedure die daarop volgt, de juiste en volledige gegevens te verstrekken. Het is voor de Raad met het oog op zijn taken in het kader van concentratietoezicht van groot belang dat hij zich bij zijn onderzoek naar verenigbaarheid van de concentratie met de Mededingingswet vanaf het allereerste moment kan richten op de belangrijkste punten van de in de melding verstrekte juiste en volledige informatie.²⁷

48. Het is derhalve vanzelfsprekend dat de verstrekte informatie juist dient te zijn. Dit staat ook als zodanig vermeld in de toelichting op het *formulier melding concentratie* (onderdeel van het *Besluit vaststelling formulieren Mededingingswet*), waarbij tevens wordt opgemerkt dat artikel 73 Mw in dat kader bepaalt dat geldboetes kunnen worden opgelegd zowel wanneer onjuiste als wanneer onvolledige inlichtingen worden verstrekt bij een melding.²⁸ Dat volledige en juiste gegevens van essentieel belang zijn, blijkt voorts ook uit de opmerking in de genoemde toelichting dat indien tijdens de procedure wijzigingen optreden in de door de meldende partijen verstrekte gegevens, die nieuwe gegevens direct aan de NMa gemeld dienen te worden. Daarnaast vermeldt de toelichting dat indien een onderneming die twijfels heeft over de juiste marktafbakening, ervoor kan kiezen in het meldingsformulier de NMa duidelijk te informeren over de activiteiten van de betrokken ondernemingen en/of de positie van meldende partijen uiteen te zetten uitgaande van de verschillende marktdefinities.

49. De Raad is van oordeel dat het Refresco derhalve niet kan zijn ontgaan dat de hiervoor genoemde verplichting en verantwoordelijkheid ten aanzien van de juistheid en volledigheid van gegevens bij de melding van de concentratie ook op haar van toepassing waren.

Marktafbakening

50. Zoals opgemerkt, rust op meldende partijen als Refresco de verantwoordelijkheid om bij de melding de juiste gegevens te verstrekken. In haar melding heeft Refresco zonder enig voorbehoud een definitie van de beïnvloede markt vermeld. Op basis van deze marktdefinitie diende Refresco de gegevens van Menken en Winters dan ook te vermelden. Dat Refresco van oordeel is dat achteraf bezien wellicht een andere marktafbakening wenselijker was geweest, doet hieraan niet af. Met andere woorden: indien een partij als (beïnvloede) markt een bepaalde markt identificeert dient zij vervolgens daarover de juiste gegevens te verstrekken.

²⁷ Dit belang heeft de wetgever ook voor ogen gehad, zie de toelichting op het Besluit gegevensverstrekking (supra noot 6).

²⁸ Supra noot 7.

³¹ Punt 3.2 van de melding, dossierstuk 6687/1.

Indien de Raad in zijn concentratiebesluit de gekozen marktdefinitie volgt, dient hij van bedoelde gegevens te kunnen uitgaan.

51. Het argument van Refresco dat zij zich bij de marktafbakening heeft gebaseerd op een door de Franse Mededingingsautoriteit in een andere zaak gehanteerde marktdefinitie welke achteraf bezien niet de juiste zou zijn, doet om dezelfde reden eveneens niet ter zake.
52. Daarnaast stelt de Raad vast dat Refresco in de melding van 19 september 2008 ook niet heeft aangegeven dat er een nader onderscheid naar type verpakking mogelijk was of dat zij hierover twijfelde. Integendeel, zij vermeldt in haar melding expliciet dat producenten van niet-aseptische producten hun producten ten behoeve van industriële opdrachtgevers en supermarktketens in zowel blikjes als PET-flessen bottelen, zodat een segmentatie per verpakking niet aan de orde zou zijn.³¹ Verder heeft Refresco zich ook bij de in de melding weergegeven marktaandelen gebaseerd op zowel de productie in PET-flessen als in blik zonder hierin een nader onderscheid te maken. Voorts merkt Refresco ondernemingen die CSD produceren in zowel blikjes als PET-flessen aan als belangrijkste concurrenten van de betrokken ondernemingen op de beïnvloede markt.³² Hierbij maakt zij geen nader onderscheid danwel opmerking over de verschillende activiteiten van deze ondernemingen. In de beantwoording van aanvullende vragen op 11 november 2008 heeft Refresco aangegeven dat Winters en Menken enkel in blikjes en Sunco enkel in PET-flessen produceert. Ook hierbij maakt Refresco geen enkele opmerking over een eventuele wijziging van de beïnvloede markt, zij merkt enkel op (zonder nadere onderbouwing): *“dus de concentratie ziet enkel op dranken in het niet-aseptisch segment, die geproduceerd worden en gebotteld worden voor retailers en A-merkproducenten in PET-flessen”*.³³ Pas na uitbrengen van het rapport heeft Refresco in haar zienswijzen aangegeven dat er wellicht sprake zou moeten zijn van een enger afgebakende beïnvloede markt.
53. De Raad is van oordeel dat op basis van de gegevens in het meldingsformulier de beïnvloede markt volgens Refresco zowel de productie in blik, als in PET-flessen omvatte, een markt waarop ook Menken en Winters actief zijn.

Goedkeuringsbesluit

54. Het argument van Refresco betreffende het feit dat ook de Raad van oordeel zou zijn dat de markt nader onderscheiden zou moeten worden gaat niet op. Zelfs indien de NMa die mening was toegeedaan, is nog steeds sprake van een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw. Bovendien spreekt de Raad in het goedkeuringsbesluit over een ‘mogelijk’ onderscheid. Een

³² Bijlage 2 van de melding. Refresco vermeldt hier als concurrent onder andere Vrumona (B.V.) en USD (B.V.), die (conform randnummer 43 van het goedkeuringsbesluit) in zowel blikjes als PET-flessen produceren.

³³ Dossierstuk 6687/9, antwoord op vraag 1, laatste alinea.

definitieve beslissing over danwel definitieve voorkeur voor een marktafbakening heeft de Raad derhalve niet gegeven.

Geen mededingingsrechtelijke problemen

55. Ook het betoog van Refresco dat het niet nodig was om een precisering aan te brengen naar type verpakking in de door haar gedefinieerde beïnvloede markt omdat hoe dan ook de concentratie tussen Refresco en Schiffers geen mededingingsrechtelijke problemen zou opleveren, doet niet af aan de vaststelling van de overtreding. Gezien het belang van de gegevens in de beoordelingsfase dienen de bij de melding verstrekte gegevens te allen tijde juist en volledig te zijn. Het is vervolgens aan de Raad en niet aan meldende partijen om op basis van de door partijen aangeleverde informatie een oordeel te geven over de toelaatbaarheid van de gemelde concentratie. Gezien de taak die de Raad in het kader van het aan hem opgedragen concentratietoezicht in korte termijnen dient uit te voeren, is de juistheid en deskundigheid van de door partijen verstrekte gegevens cruciaal.

Afzetgegevens moeilijk te achterhalen

56. Het door Refresco aangevoerde argument dat de afzetgegevens van Menken en Winters moeilijk te achterhalen waren en om die reden deze ondernemingen niet waren gemeld in het meldingsformulier, doet eveneens niet af aan de vaststelling van de overtreding. De Raad ziet niet in dat die afzetgegevens noodzakelijk waren voor het weergeven van ondernemingen die actief zijn op de beïnvloede markt die betrekking heeft op het ter beschikking stellen van productiecapaciteit. Niet de afzetgegevens, maar de gegevens over de productiecapaciteit zijn in dit geval met name van belang om de positie op de markt weer te geven. Daarenboven is het feit dat een onderneming niet aan alle benodigde informatie kan komen, geen reden om de namen vervolgens niet te vermelden zonder hier een opmerking over te maken in het meldingsformulier. Tot dit laatste verplicht ook het meldingsformulier.³⁴

Conclusie

57. Gezien het vorenstaande, had Refresco bij de vermelding omtrent de op de beïnvloede markt actieve ondernemingen, naast Sunco tevens Menken en Winters dienen op te geven, en dit reeds op het moment dat zij de melding in de zin van artikel 34 Mw deed. Hetzelfde geldt voor de daarbij behorende marktgegevens, zoals de productiecapaciteit. Daarnaast diende Refresco op vraag 1 van de eerste reeks aanvullende vragen een juist en volledig antwoord te geven, hetgeen zij heeft nagelaten. Hiermee is naar het oordeel van de Raad sprake van een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw.

³⁴ Toelichting op het meldingsformulier, supra noot 7.

6.2 Verwijtbaarheid

58. Artikel 76, eerste lid, Mw bepaalt dat een boete op grond van artikel 73 Mw niet wordt opgelegd indien de belanghebbende aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.³⁵
59. Anders dan van de zijde van Refresco wordt betoogd, laat het ontbreken van opzet of het onbewust verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens bij de melding, onverlet dat in onderhavige zaak sprake is van verwijtbaar handelen. Refresco heeft tot tweemaal toe onjuiste en onvolledige gegevens verstrekt over Menken en Winters. Uit meerdere gegevens in het meldingsformulier blijkt dat Refresco zonder twijfel uitging van de ruime marktafbakening, waarbij zij de namen van Menken en Winters had dienen te overleggen. Het nadien gevoerde betoog van Refresco dat de markt wellicht anders gedefinieerd diende te worden, maakt dit oordeel niet anders.
60. Refresco heeft met het betoog dat de antwoorden van Refresco ingegeven waren door onduidelijke vraagstelling van de NMa, eveneens niet aangetoond dat haar van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Hierbij stelt de Raad voorop dat de vragen gesteld zijn na het moment waarop Refresco het meldingsformulier, waarin Menken en Winters niet waren vermeld, bij de NMa indiende. Voorts is de Raad van mening dat, nog daargelaten of de NMa bij de vraagstelling het vermoeden had dat naast Sunco (minstens) twee andere ondernemingen actief waren, het aan de onderneming is vervolgens duidelijk te maken welke van die dochterondernemingen inderdaad actief zijn op de beïnvloede markt. Of de NMa daarbij specifieke namen noemt, is in dit verband niet relevant.

6.3 Conclusie

61. De Raad constateert dat, zoals in het rapport is vastgesteld, Refresco een overtreding heeft begaan zoals omschreven in artikel 73 Mw. De Raad constateert voorts dat Refresco er niet in is geslaagd succesvol een beroep op artikel 76 Mw te doen. Ingevolge artikel 73 Mw kan de Raad derhalve een boete opleggen aan Refresco.

7 Toerekening

62. De overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw is begaan door Refresco Holding B.V. en kan derhalve aan haar worden toegerekend.

³⁵ Zie noot 26 ten aanzien van overgangsrecht betreffende artikel 76 Mw.

8 Boetevaststelling

8.1 Algemeen

63. Ingevolge artikel 73 Mw kan de Raad in geval van overtreding als bedoeld in dit artikel een boete opleggen van ten hoogste EUR450.000,00 of, indien dat meer is, van ten hoogste 1% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Voorts schrijft artikel 73 Mw juncto artikel 57, tweede lid, Mw voor dat de Raad bij het vaststellen van de hoogte van de boete in ieder geval rekening houdt met de ernst en duur van de overtreding.³⁶ De nadere invulling van de factoren waarmee bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening wordt gehouden, is aan de Raad overgelaten, waarbij hij rekening dient te houden met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
64. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de Raad uit oogpunt van preventie, transparantie en rechtszekerheid op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld: de Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa Boetecode 2007).³⁷ Bij het opstellen van de NMa Boetecode 2007 heeft de Raad in de eerste plaats de wettelijke bepalingen over de hoogte van de boete in acht genomen. Afgezien van het bovengenoemde wettelijk maximum is met name van belang het voorschrift dat rekening wordt gehouden met de ernst en duur van de overtreding. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de mate waarin de gedraging waarmee de wettelijke bepaling is overtreden, de met die bepaling te beschermen belangen schaadt. De Raad onderscheidt drie typen overtredingen, te weten zeer ernstige, ernstige en minder ernstige. De ernst van die drie type overtredingen wordt uitgedrukt in een ernstfactor van respectievelijk ten hoogste 3, ten hoogste 2 of ten hoogste 1. Wat betreft de duur van een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw, wordt in randnummer 46 van de NMa Boetecode 2007 aangegeven dat de Raad als factor voor de duur van de overtreding als uitgangspunt de waarde 1 hanteert. Bij de vaststelling van de boete kan de Raad, zoals blijkt uit randnummer 47 van de NMa Boetecode 2007, boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen.
65. Een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw wordt in de NMa Boetecode 2007 beschreven onder het hoofdstuk "Overige overtredingen". Gelet op het belang dat wordt beschermd door de overtreden wettelijke bepaling in relatie tot de wet waarvan deze deel uitmaakt, worden deze overtredingen ingedeeld in zes categorieën. Voor elke categorie is de boetegrondslag vermeld, weergegeven in promillages van de in Nederland behaalde jaaromzet (voorafgaand

³⁶ De regeling omtrent bestuurlijke sancties uit de 4^e Tranche Algemene wet bestuursrecht die op 1 juli 2009 in werking is getreden is conform artikel IV van het toepasselijke overgangsrecht op onderhavige zaak niet van toepassing aangezien het gaat om een overtreding die vóór 1 juli 2009 heeft plaatsgevonden (Stb. 2009, 264).

³⁷ Stcrt. 28 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196.

(http://www.nmanet.nl/Images/NMa%20Boetecode%202007%20-%20integrale%20versie%20na%20AMFW%20-%20definitief_tcm16-107175.pdf).

aan het boekjaar) van de overtreder.³⁸ Een overtreding als bedoeld in artikel 73 Mw valt onder de in randnummer 43 van de NMa Boetecode 2007 aangeduide Categorie III. De boetegrondslag voor deze overtreding is 1,5% van de totale in Nederland behaalde jaaromzet en de vastgestelde minimumboete is EUR 10.000,00. Indien evenwel een boete gebaseerd op Categorie III niet tot een passende beboeting leidt, kan de Raad op grond van randnummer 40 van de NMa Boetecode 2007 de naast lagere of hogere boetecategorie hanteren.

8.2 Boetegrondslag

66. De Raad stelt de boetegrondslag vast op basis van de door Refresco in Nederland behaalde jaaromzet, die in 2008 EUR [vertrouwelijk].³⁹ bedroeg. De boetegrondslag bedraagt derhalve 1,5% van EUR [vertrouwelijk] te weten EUR 312.009,00.

8.3 Factor ernst en duur

8.3.1 Factor ernst

67. Het verstrekken van onjuiste en onvolledige gegevens als bedoeld in artikel 73 Mw, vormt een ondermijning van de effectiviteit van het (preventieve) concentratietoezicht. De Raad acht het daarom van belang dat in geval van een dergelijke overtreding een boete met voldoende afschrikkende werking wordt opgelegd aan degene aan wie de overtreding kan worden toegerekend. Het doel van de boete is onder meer dat de overtreder weerhouden wordt van een volgende overtreding (speciale preventie) alsmede dat de potentiële andere overtreders worden afgeschrikt (generale preventie).

68. Ten aanzien van hetgeen Refresco in verband met de hoogte van de boete heeft aangevoerd, te weten dat de uiteindelijke gegevens alsnog tijdig zijn ingediend en geen effect hebben gehad op de mededingingsrechtelijke beoordeling van de concentratie, wijst de Raad erop dat de sanctiemogelijkheid van artikel 73 Mw beoogt te voorkomen dat het concentratietoezicht wordt ondermijnd. Op meldende partijen rust de plicht om in het meldingsformulier, en ook in de meldingsprocedure die daar opvolgt, de juiste en volledige gegevens te verschaffen. De Raad beschikt over de bevoegdheid om een boete op te leggen indien partijen bij de melding niet de benodigde informatie aanleveren. Dit is in overeenstemming met de functie die de verstrekking van gegevens bij de melding heeft.

69. Naar het oordeel van de Raad is het van bijzonder belang juiste en volledige gegevens te verstrekken over de beïnvloede markten zoals in het kader van de melding geïdentificeerd en

³⁸ Tenzij de situatie geldt zoals omschreven in randnummer 42 van de NMa Boetecode 2007.

³⁹ Dossierstuk 6687/31.

de activiteiten van partijen hierop, aangezien de kans op een significante belemmering van de mededinging het grootst is indien bij een concentratie ondernemingen zijn betrokken die op een zelfde markt actief zijn. Het betreft een zeer essentieel element van de materiële beoordeling van een concentratie.

70. Nu op bedoeld punt onjuiste informatie is verstrekt, is de Raad van oordeel dat sprake is van een ernstige overtreding waarvoor een ernstfactor van ten hoogste 2,0 kan worden toegepast. Bij dit oordeel heeft de Raad tevens gewicht toegekend aan het feit dat de uiteindelijke gegevens geen effect hadden op het mededingingsrechtelijke oordeel dat de concentratie niet vergunningsplichtig was. Er bestaat naar het oordeel van de Raad echter geen aanleiding om, zoals door Refresco is betoogd, de overtreding als minder ernstig te kwalificeren dan wel een ernstfactor aanzienlijk lager dan 1 te hanteren.
71. Met het oog op de vaststelling van de ernstfactor in dit concrete geval constateert de Raad dat, hoewel de uiteindelijke impact van de gegevens op mededingingsrechtelijke beoordeling wellicht relatief klein was, de mate waarin Refresco actief was op de door haar geïdentificeerde beïnvloede markt na het aanleveren van informatie over de activiteiten van Menken en Winters aanzienlijk groter bleek dan in de melding was aangegeven. Gelet op de activiteiten van Refresco bestaande uit de productie en bottelen ten behoeve van derden acht de Raad in dit geval met name de productiecapaciteit van belang. Na aanlevering van de gegevens over Menken en Winters bleek de productiecapaciteit van Refresco mogelijk bijna het tweevoudige te zijn, en in elk geval substantieel groter dan door Refresco zelf gemeld.
72. Daarnaast merkt de Raad op dat Refresco bij de melding herhaaldelijk onjuiste en onvolledige informatie heeft verstrekt. Het meldingsformulier bevatte op een tweetal plaatsen onjuiste en onvolledige informatie. Refresco gaf bij de beantwoording van de eerste reeks aanvullende vragen een bevestigend antwoord, waardoor dit antwoord onjuist en onvolledig werd.
73. De Raad acht, gezien het voorgaande, in de onderhavige zaak een ernstfactor van 1,5 passend.

8.3.2 Factor duur

74. De Raad hanteert voor de duur van de overtreding als uitgangspunt de waarde 1. De Raad ziet geen aanleiding in onderhavige zaak een andere factor toe te passen.

8.4 Omstandigheden die kunnen leiden tot een boeteverhoging of boeteverlaging

75. Ingevolge randnummer 47 van de NMa Boetecode kan de Raad boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen. De door Refresco aangevoerde omstandigheden leiden naar het oordeel van de Raad niet tot een boeteverhoging of boeteverlaging.

8.5 Conclusie boete

76. Het voorgaande resulteert in een boete van EUR 468.013,00 (EUR 312.009,00 maal 1,5, maal 1,0). Deze boete valt onder het wettelijk boetemaximum van 1% aangezien de totale omzet van Refresco over het boekjaar 2008 EUR 1.246.498.000,00 bedroeg.⁴⁰

77. Gezien de omstandigheden van het geval zoals hiervoor aan de orde geweest, acht de Raad de boete evenredig en verder ook passend en ziet geen aanleiding om een andere categorie dan Categorie III te hanteren danwel de boete op een andere grondslag verder bij te stellen.

78. Op grond van randnummer 56 van de NMa Boetecode 2007 worden de boetes naar beneden afgerond naar duizendtallen. Hierdoor bedraagt de boete EUR 468.000,00. De boete wordt opgelegd aan Refresco Holding B.V.

⁴⁰ Dossierstuk 6687/31.

9 Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

legt een boete op van EUR 468.000,00 aan Refresco Holding B.V., gevestigd te Dordrecht.

Datum: 5 augustus 2009

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
overeenkomstig het door de Raad van Bestuur genomen besluit,

w.g.

R.J.P. Jansen
Lid Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, DEN HAAG. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op grond van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de Raad van Bestuur verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.