

RESOLUCIÓN**Expte. S/DC/0602/16, CAN PACK CONTRA BALL, REMAX Y CROWN****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a Clotilde de la Higuera GonzálezD^a. María Ortiz AguilarD^a. María Pilar Canedo Arrillaga**Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante **CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la presente Resolución en el expediente S/DC/0602/16 CAN PACK VS BALL CORPORATION REXAM PLC Y CROWN HOLDINGS con la estructura que se recoge a continuación.

I. Antecedentes de hecho.....	2
II. Partes	3
1. Denunciante	3
2. Denunciadas.....	3
III. Caracterización del mercado.....	4
IV. Hechos.....	8
1. Descripción de los contratos entre las denunciadas y DAMM.....	8
A. Los contratos de REXAM.....	8
a. Contrato de 2008.....	8
b. Adenda de 2010	8
B. Contratos de CROWN	9
2. Descripción de los contratos entre las denunciadas y MSM	9
A. Contratos de REXAM.....	9
a. Contrato de 2006.....	9
b. Novación contrato de 2010	9
c. Contrato suministro de 2014	10
B. Contratos de BALL.....	10
a. Contrato de suministro de 2009	10
b. Contrato de 2014 Nueva Planta	10
3. Posición de CAN-PACK en el mercado y negociaciones para establecerse en el mismo. 11	
A. Negociaciones con DAMM.....	12

B. Negociaciones con MSM	12
V. Fundamentos de Derecho	13
PRIMERO. Competencia para resolver	13
SEGUNDO. Objeto de la resolución y normativa aplicable	13
TERCERO. Valoración desde una perspectiva de competencia.....	14
A. Sobre los supuestos acuerdos verticales restrictivos	14
B. Sobre la supuesta práctica concertada o conscientemente paralela para cerrar el mercado.....	18
C. Sobre el supuesto abuso de posición de dominio colectivo.....	19
VI. RESUELVE	20

I. Antecedentes de hecho

1. El 14 de diciembre de 2015 tuvo entrada en la CNMC una denuncia presentada por el fabricante de latas y otros envases metálicos CAN PACK, SA, contra sus tres principales competidores: BALL BEVERAGE PACKING IBERICA SL (BALL), REXAM BEVERAGE CAN IBÉRICA S.L. (REXAM) y CROWN BEVCAN ESPAÑA, S.L (CROWN) por supuestas prácticas anticompetitivas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europeo (TFUE)¹.

Los denunciados habrían realizado conductas tendentes a impedir la entrada en el mercado ibérico de fabricación y suministro de latas de la denunciante (folios del 2 al 44).

2. Con objeto de determinar si pudiera haber indicios de infracción que justificasen la incoación de un expediente sancionador, la Dirección de Competencia de la CNMC (DC) acordó iniciar una información reservada (artículo 49.2 de la LDC)².

El 25 de octubre de 2016 (folios del 69 al 73 y del 76 al 80) se remitieron requerimientos de información a las empresas CROWN y BALL (como sucesora de REXAM tras la adquisición de ésta por BALL)³.

La respuesta de BALL al requerimiento de información tuvo entrada en la CNMC el 22 de noviembre de 2016, la de CROWN el 24 de noviembre de 2016 (folios del 137 al 521 y del 524 al 530).

¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007; modificada por Ley 39/2010, de 22 de diciembre, BOE-A-2010-19703; Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, y Ley 3/2013, de 4 de junio, BOE-A-2013-5940. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

² El número de expediente asignado fue DP/0120/15 aunque finalmente se referenció con el número S/DC/0692/16.

³ Decisión de la Comisión de 15 de enero de 2016. Expediente de concentración comunitaria M.7567 -BALL/REXAM.

El 13 de junio de 2017, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC un escrito proponiendo la no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por CAN PACK S.A., por considerar que no existen indicios de infracción de la LDC.

II. Partes

3. Son interesadas y parte en este expediente:

1. Denunciante

4. CAN-PACK es una sociedad con domicilio social en Cracovia (Polonia) que opera fundamentalmente en Europa Central y Oriental, aunque cuenta también con presencia en Escandinavia y Noroeste de Europa. La principal actividad del grupo CAN-PACK es la fabricación de latas de aluminio para bebidas, latas de acero soldado para la industria alimentaria, cierres abre-fácil, latas de aerosoles, tapones de botellas, envases para la industria química y cosmética y envases de vidrio y plástico (folio 6).

Dispone de 5 plantas de producción en la UE (Finlandia, Polonia, Rumanía y Reino Unido) y 4 en otros territorios (Federación Rusa, Ucrania y Marruecos). No cuenta con planta de producción en la península ibérica y sus ventas en este mercado las realiza preferentemente con productos provenientes de su fábrica situada en Marruecos (Casablanca).

CAN-PACK tiene plantas de producción con un equipo moderno y eficiente y localización en países con costes laborales inferiores al de sus competidores en el Espacio Económico Europeo.

2. Denunciadas

5. BALL es una multinacional norteamericana con sede social en Colorado (EEUU) y con presencia industrial y comercial a nivel global.

La sede europea de BALL está situada en Zurich (Confederación Helvética).

BALL es líder mundial de envases de aluminio y los fabrica de todo tipo es metálicos: latas de bebidas, botes de aerosoles y pinturas y otro tipo de latas.

Hasta junio de 2016 BALL suministraba a sus clientes españoles desde su planta de producción situada en la localidad francesa de La Ciotat⁴. Llevaba a cabo la comercialización en España a través de su filial BALL PACKAGING EUROPE IBERIA, S.L.U.

⁴ Esta planta fue objeto de las desinversiones realizadas por BALL en el marco de la adquisición de REXAM.

En junio de 2016 adquirió REXAM y un conjunto de sociedades propiedad de ésta, incluyendo REXAM BEVERAGE CAN IBÉRICA, que modificó su razón social por la de BALL BEVERAGE PACKAGING IBÉRICA S.L. La operación dio lugar a varias desinversiones de plantas de producción, tanto de BALL como de REXAM⁵.

6. REXAM era- hasta junio de 2016, fecha de su adquisición por parte de BALL- una multinacional británica dedicada a la fabricación y comercialización de todo tipo de botes y latas a nivel global.

REXAM, a través de su filial REXAM BEVERAGE CAN IBÉRICA S.L., contaba con dos plantas de producción en España, una en la Selva (Gerona) y otra en Valdemorillo (Madrid)⁶. Con ellas abastecía a sus principales clientes del mercado ibérico hasta su adquisición por parte de BALL.

7. CROWN es una multinacional norteamericana con sede en Filadelfia dedicada a la fabricación de latas metálicas para bebidas y alimentos sólidos, botes para aerosoles y restantes tipos de envases.

En España cuenta con una filial CROWN BEVCAN ESPAÑA, S.L. y dos plantas de producción en La Rioja (Agoncillo) y Sevilla.

8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de diciembre de 2017.

III. Caracterización del mercado

9. Desde una perspectiva de producto, el mercado afectado por la conducta es el de la fabricación de latas para bebidas, incluyendo las tapas para su apertura, en los dos metales, aluminio y acero⁷: Ni el tamaño ni la forma ni el tipo de metal

⁵ Las plantas de producción objeto de la desinversión y transferidas a ARDAGH fueron, propiedad de BALL: Rugby, Wrexham y Deeside (Reino Unido), Weiissenthurm, Hassloch, Hermsdorf y Braunschweig (Alemania), Oss (Países Bajos), Radomsko (Polonia) and La Ciotat (Francia), y propiedad de REXAM: Enzesfeld (Austria) y Valdemorillo (España).

⁶ En lo compromisos de desinversión la planta de Valdemorillo fue transferida a la sociedad luxemburguesa ARDAGH.

⁷ Durante el estudio y valoración de la concentración comunitaria COMP.M. 7567 BALL/REXAM, autorizada con compromisos el 15 de enero de 2016 la Comisión Europea (CE) determinó que las latas metálicas de bebidas pueden considerarse un mercado de producto separado del de otros envases para bebidas (envases de cristal y plástico) por varios motivos:

a) uso por parte de los clientes de diversos tipos de envases debido a tendencias, preferencias y pautas de consumo distintas de los consumidores, b) cada envase va dirigido a satisfacer necesidades diferentes (Los pets y plásticos suelen emplearse para volúmenes mayores, de un 1L o superior y no son para consumo individualizado e inmediato como el caso de las latas estándares de 33cl y 25 cl.) y c) pequeñas alzas de precios de las latas metálicas con respecto a otro tipo de envases no hacen que los clientes cambien de tipo de envase de manera inmediata

empleado en su fabricación (aluminio o acero) generan mercados de producto más estrechos distintos del mercado de latas metálicas para bebidas⁸. Existen dentro de ese mercado productos distintos y diferentes características⁹.

10. Desde una perspectiva geográfica puede considerarse que el mercado de referencia es de ámbito regional **dentro de un radio de distancia de 700 km** con respecto a las plantas de las embotelladoras y fabricantes de bebidas, debido a varios factores:

- a) inexistencia de barreras nacionales¹⁰,
- b) negociación de los precios con base a la proximidad entre proveedor y cliente, y de manera bilateral¹¹,
- c) los costes de transporte¹² y
- d) la necesidad de contar con garantía de suministro por parte de los clientes, así como de las entregas de producto según necesidades de producción de los distintos clientes.

11. El mercado ibérico presenta una estructura de “casi duopolio” generada gradualmente mediante procesos de adquisición. Existe una barrera de entrada significativa al requerirse una elevada inversión para construir y poner en marcha una planta de producción (entre 50 a 100 millones de euros), que se rentabiliza habitualmente mediante acuerdos o contratos de “patronazgo” (*sponsorship*) con clientes cualificados (grandes embotelladores y fabricantes de bebidas) a medio/largo plazo que garanticen una continuidad de la demanda.

En el mercado ibérico operarían en la fase previa a una operación de concentración (coincidente con las fechas en que tuvieron lugar algunos de los hechos denunciados), cuatro empresas, cuyas cuotas de mercado, por volumen, eran, de mayor a menor: REXAM (49%), CROWN (36%), BALL (14%) y CAN-PACK (en torno al 2%), generándose una cifra de negocios de cerca de 450 millones de euros (2014).

(la elasticidad precio de la demanda es relativamente baja), aunque si las alzas se mantienen y amplían podrían forzarles a cambiar el tipo de envase

⁸ Hay un tipo de latas denominado “sleek” que corresponde a las latas de forma más estilizada y estrecha.

⁹ La tendencia es la conversión de las líneas de producción de acero a aluminio, debido a los menores costes de producción y la mayor demanda de envases de este metal por parte de los clientes.

¹⁰ No existe normativa específica de cada país para la fabricación de latas para bebidas.

¹¹ Los contratos de suministro de fabricantes de bebidas de las marcas COCA-COLA, PEPSI o HEINEKEN se concluyen habitualmente con los fabricantes de latas tras concursos realizados a nivel global, aunque “los precios se ofrecen a cada fabricante de bebidas desde las plantas de producción más próximas a sus instalaciones

¹² Los costes de transporte pueden encarecer hasta un 10% el precio de venta de latas y envases a embotelladoras y fabricantes de bebidas

La empresa resultante de la operación de concentración (en adelante NUEVA BALL) aportó a la Dirección de Competencia sus estimaciones de las cuotas de mercado existentes en el año 2010, año del inicio de las supuestas prácticas anti-competitivas denunciadas por CAN-PACK que divergen en muy poco de las correspondientes a 2014:

Cuotas del Mercado Ibérico de fabricación de latas metálicas para bebidas (2010)		
FABRICANTE	VOLUMEN	CAPACIDAD
Rexam	48%	48%
Crown	40%	52%
Ball	11%	-
Can-Pack	<1 %	-
Total	100%	100%

Fuente: Ball (Rexam)

Tras la concentración BALL/REXAM y la ejecución de los compromisos de desinversión aprobados por la CE tendrían plantas de producción en el mercado ibérico tres empresas con plantas de producción: BALL, CROWN y ARDAGH GROUP SA (ARDAGH), el comprador de las desinversiones comprometidas en la concentración.

Los cambios de propiedad y capacidad de producción derivados de estas operaciones en el mercado ibérico determinan la nueva configuración de este mercado, ya que ARDAGH pasa a controlar la planta de Valdemorillo (Madrid), propiedad de REXAM y la planta francesa desde la que BALL realizaba sus operaciones de suministro al mercado ibérico¹³.

CAN-PACK continuaría efectuando ventas en el mercado ibérico, fundamentalmente, desde su planta de producción en Casablanca.

Cuotas del mercado ibérico de latas metálicas para bebidas tras la concentración REXAM/BALL ¹⁴		
FABRICANTE	VOLUMEN	CAPACIDAD
New Ball	[20%-30%]	[20%-30%]
Crown	[30%-40%]	[40%-50%]
Ardagh	[30%-40%]	[30%-40%]
Can-Pack	[0%-5%]	-
Total	100%	100%

Fuente: Ball (Rexam)

El mercado ibérico de fabricantes de latas para bebidas tendría, por tanto, las siguientes características:

- a) alta concentración de la oferta (tres fabricantes han venido controlando la práctica totalidad del mercado de suministro),
- b) transición gradual de la producción de latas del acero al aluminio en la mayoría de los fabricantes por presión de los clientes,
- c) producto relativamente homogéneo (commodity),

¹³ Desde la planta de Ciotat se suministró a MSM cerca de **[confidencial]** millones de latas en 2014.

¹⁴ Estimaciones de BALL a partir de los últimos datos disponibles (2014) asignando a ARDAGH.

- d) capacidad de producción industrial estrecha¹⁵,
- e) cuotas de mercado que se han ido manteniendo estables y sin grandes cambios en el tiempo y
- f) precios, de media, ligeramente superiores a los de otros mercados geográficos de Europa¹⁶.

12. Las grandes compañías de bebidas como PEPSI, HEINEKEN o COCA-COLA normalmente convocan concursos de suministro a nivel internacional para abastecer con latas y envases a sus plantas embotelladoras¹⁷. No obstante, los precios finales suelen variar en función de la localización de la planta de embotellado operada por cada cliente y de la distancia existente con las plantas de fabricación de las latas en cada ámbito geográfico¹⁸.

A parte de estas empresas, los principales clientes locales en el mercado ibérico son las cerveceras. Los que los fabricantes de latas negocian con ellas bilateralmente acuerdos de suministro. Las dos principales cerveceras locales del mercado ibérico en cuanto a contratación de volúmenes son MAHOU SAN MIGUEL (MSM) y DAMM. La importancia del suministro a estas cerveceras como clientes estratégicos se ratifica con los datos de 2014, en los que de su abastecimiento de latas correspondió el **[confidencial]** % de la producción de la planta de Vandemorillo (REXAM), un **[confidencial]** % de la producción de la planta de la Ciotat (BALL), cerca de un **[confidencial]** % de la producción de la planta de la Selva (REXAM) y el **[confidencial]** % de las plantas de Sevilla y Agoncillo (CROWN)¹⁹.

¹⁵ En la actualidad hay 4 plantas de fabricación de latas en España: Valdemorillo (Madrid) de ARDAGH, la Selva (Tarragona) de BALL, y Agoncillo (La Rioja) y Sevilla de CROWN. Está prevista la construcción de una nueva planta en Alovera (cerca de la planta de la cervecera MSM) por parte de BALL, que estará plenamente operativa en **[confidencial]** y que supondrá, según las previsiones, un incremento de la producción en el mercado ibérico de **[confidencial]** millones de latas en **[confidencial]** y **[confidencial]** millones de latas en 2019.

¹⁶ **[confidencial]** euros más por cada suministro de 1000 latas que el precio pagado en Europa Central por la misma cantidad de latas ó **[confidencial]** euros más que el precio medio pagado en el mercado italiano.

¹⁷ Así se recoge en el expediente nacional S/0195/09 en el que la central de compras de las embotelladoras de COCA-COLA en el mercado ibérico, ENTECOM, declaraba que "...que la mayoría de los productos adquiridos se negocian en el mercado internacional, en el que concurren tanto proveedores nacionales como proveedores internacionales (Azúcar, Anhídrido carbónico, Resina, Preformas de PET, Latas de aluminio y hojalata, etc.)"

Aunque el contrato de suministro se haga a nivel global, el suministro lo efectúa la empresa adjudicataria desde su planta de producción más próxima

¹⁸ En el test de mercado llevado a cabo por la Comisión (acta no confidencial) en el marco de la concentración BALL/REXAM, **[confidencial]** señaló que "*los contratos se concluyen a nivel global, pero los precios difieren según la planta que sea y dónde esté*".

¹⁹ Información aportada por las Partes.

IV. Hechos

1. Descripción de los contratos entre las denunciadas y DAMM

A. Los contratos de REXAM

a. Contrato de 2008

13. Este contrato recoge las condiciones pactadas entre REXAM y DAMM para el suministro de **[confidencial]** millones de latas de 33 cl. Tiene una validez de **[confidencial]** años (hasta **[confidencial]**) y fija una actualización de los precios conforme a porcentajes previamente acordados sin vinculación con índices de referencia²⁰.

REXAM se compromete con su cliente a que sus precios fuesen competitivos **[confidencial]** (folio 247). En este contrato no aparece ninguna “cláusula inglesa”.

b. Adenda de 2010

14. Este contrato, adenda al anterior mientras aún estaba vigente, tiene una duración de **[confidencial]** años (hasta **[confidencial]**).

Supone el suministro de **[confidencial]** millones de latas cada año, a mitades iguales en aluminio y acero (hojalata).

REXAM se comprometía a aplicar una reducción lineal del **[confidencial]** % con respecto a los precios de las latas de **[confidencial]** (contrato de 2008) y a mantener esos mismos precios en **[confidencial]**.

Para los años **[confidencial]** se aplicarían dos criterios de revisión y actualización de los precios con base en **[confidencial]**: la evolución del precio *spot* del acero y del aluminio **[confidencial]** y el Índice de Precios al Consumo (IPC) español, **[confidencial]**.

Con estimaciones de **[confidencial]** el suministro de REXAM a DAMM en el marco de este contrato suponía la cobertura del **[confidencial]** % de las necesidades de latas y tapas de la cervecera (folios 269, 279, 280 y 281).

En esta adenda al contrato anterior no aparece ninguna “cláusula inglesa” ni tampoco ninguna indicación de quién tendría que ser el proveedor complementario de la cervecera para el **[confidencial]**% de su necesidad de latas restante.

²⁰ Sin referencias a ningún índice de precios general o fluctuaciones de ningún otro precio.

B. Contratos de CROWN

15. Los principales clientes actuales de CROWN son COCA-COLA, HEINEKEN, PEPSI, ORANGINA y DAMM.

El contrato con DAMM tiene una duración de 5 años, plazo que la cervecera solicitó al fabricante de latas como garantía de suministro de los volúmenes que necesita para su actividad productiva.

2. Descripción de los contratos entre las denunciadas y MSM

A. Contratos de REXAM

a. Contrato de 2006

16. El primer contrato entre REXAM y MSM relevante para este expediente data de 2006 y tiene una vigencia de **[confidencial]** años (hasta el **[confidencial]**).

En él se establece un compromiso de entrega de **[confidencial]** millones de latas de 33 cl; de **[confidencial]** millones de latas de 50 cl, y de **[confidencial]** millones de latas de 25 cl.

La cláusula de precios y su actualización recoge subidas interanuales de **[confidencial]** % para un grupo de latas (**[confidencial]**) y del IPC – **[confidencial]** puntos para las de **[confidencial]** cl. Este contrato tiene prevista una prórroga para los años **[confidencial]** con subidas pactadas de un **[confidencial]** % sobre el precio base de **[confidencial]** (folios del 301 al 312).

b. Novación contrato de 2010

17. El **[confidencial]** REXAM y MSM acuerdan revocar el contrato aún en vigor y formalizar un nuevo contrato de suministro de **[confidencial]** años, para un volumen de **[confidencial]** millones de latas de 33 cl tanto en acero como en aluminio, a razón de **[confidencial]** millones de unidades anuales. El contrato reconoce que con esos volúmenes no llega a cubrirse el **[confidencial]** % de las necesidades de suministro de la cervecera.

Para los años **[confidencial]** y **[confidencial]** se acordaron los mismos precios por cada 1.000 unidades (**[confidencial]** €), pero con una subida pactada del **[confidencial]**% para **[confidencial]** y para **[confidencial]** el precio del año precedente más el incremento del IPC español **[confidencial]**.

Teniendo presente los precios, según contrato anterior aplicables a **[confidencial]** el descuento medio ofrecido por REXAM era de un **[confidencial]**%, a lo que habría que añadir un pago en concepto de *bonus*, que

elevaría el descuento total a algo más de un **[confidencial]**% (folios del 313 al 374).

c. Contrato suministro de 2014

18. El **[confidencial]** se firmó un nuevo contrato con compromiso de suministro de **[confidencial]** millones de latas de 33 cl y **[confidencial]** millones de latas de 25 cl para cubrir el **[confidencial]**% de las necesidades de la cervecera. Se aplica un pequeño descuento, del **[confidencial]**%, con respecto al precio acordado para 2014, con subidas interanuales del **[confidencial]**% a partir del año siguiente (folios del 375 al 431).

B. Contratos de BALL

a. Contrato de suministro de 2009

19. El **[confidencial]** se formalizó un contrato de suministro por un periodo de **[confidencial]** años con el fin de abastecer, al menos, el **[confidencial]**% de las necesidades de latas del grupo MSM²¹. Se establece una prórroga automática únicamente en caso de necesidad de cumplir **[confidencial]**.

El **[confidencial]** se firmó una adenda de dicho contrato, con ajustes a la baja de los precios acordados en el contrato vigente para el periodo **[confidencial]**²². Para el año **[confidencial]** y el bienio **[confidencial]** se fijó un precio base (**[confidencial]**) y una actualización de ese precio con base en el Índice Armonizado de Precios al Consumo²³. Para poder garantizar esos precios BALL realizó un contrato de compra a plazo de aluminio **[confidencial]**²⁴ (folios del 163 al 237).

b. Contrato de 2014 Nueva Planta

20. BALL y MSM mantuvieron conversaciones sobre un posible acuerdo a largo plazo para el suministro de latas en el periodo **[confidencial]**.

El **[confidencial]** BALL presentó una oferta a MSM, que ésta aceptó el **[confidencial]** del mismo año por medio de la firma de un *Memorandum of Understanding (MOU)* el **[confidencial]**, previo al contrato de suministro celebrado **[confidencial]**. El contrato contemplaba un doble compromiso:

²¹ Latas de **[confidencial]** que se suministrarían a la cervecera hasta el año **[confidencial]**.

²² Ajuste de precio de **[confidencial]** euro por cada **[confidencial]** latas en el año **[confidencial]** y de **[confidencial]** euros por cada **[confidencial]** latas en **[confidencial]**.

²³ El valor del Índice Armonizado de Precios menos **[confidencial]**.

²⁴ **[confidencial]**.

- el suministro de entre el **[confidencial]** de las necesidades del MSM en España²⁵ y
- la construcción de una planta de fabricación de latas en la localidad de Alovera, próxima a las instalaciones de MSM (folios del 238 al 266).

Tras la operación de concentración, la NUEVA BALL obtuvo la aprobación de su Consejo para la construcción de una planta de fabricación de latas de bebidas de dos líneas en Cabanillas, cerca de Madrid.

La Nueva Planta estaría ubicada a 10 km de la planta de embotellamiento de Mahou en Alovera y prevé que comience a producir en junio de **[confidencial]** con una línea y una capacidad anual de **[confidencial]** millones. Posteriormente está prevista la ampliación a **[confidencial]** lo que supondrá que a partir de **[confidencial]** tendrá una capacidad anual de producción de **[confidencial]** millones de los que **[confidencial]** millones de latas se dedicarán al suministro de MSM y el resto al mercado ibérico en general (folios 157-158).

3. Posición de CAN-PACK en el mercado y negociaciones para establecerse en el mismo

21. CAN-PACK sirve volúmenes residuales de latas a clientes en España:

- Su cuota de mercado apenas se ha incrementado en el mercado ibérico y sólo es considerado como un proveedor alternativo para pequeñas cantidades, no grandes volúmenes, debido a la distancia de sus plantas de producción (Reino Unido, Marruecos y Polonia).
- Sus precios no son satisfactorios para grandes volúmenes de suministro (coste de transporte que encarecen el producto dada la distancia de la planta de producción a las plantas de los embotelladores/fabricantes de bebidas).
- El suministro desde su planta en Marruecos, aunque estaría dentro del radio de los 700-900 km no es tenida como una opción viable por los clientes ibéricos debido a: a) la baja capacidad logística de los puertos marroquíes y b) la necesidad de despachos aduaneros y pago de aranceles, que encarecen el precio del producto.
- Debido a la distancia de su planta de producción de los emplazamientos de las plantas de embotellado y fabricación de bebidas de los clientes del mercado ibérico, CAN-PACK sólo es considerada competitiva a efectos de suministro para latas de pequeño volumen (25cl).

22. CAN-PACK habría intentado, según sus propias afirmaciones, introducirse en varias ocasiones en el mercado de producción de latas de bebidas del mercado ibérico mediante la negociación con los dos fabricantes locales de cerveza: DAMM y MSM.

Estas negociaciones serían esenciales para la entrada en el mercado de fabricación de latas, dado que concluir un acuerdo de patronazgo permite

²⁵ El suministro de latas y tapas se iniciaría a partir de **[confidencial]** hasta **[confidencial]**.

rentabilizar la importante inversión necesaria para la construcción y puesta en marcha de la planta y garantizar la continuidad de la producción.

La proximidad de la planta del fabricante a la de su cliente sería uno de los elementos que aportan una ventaja incuestionable a la hora de cerrar un acuerdo de suministro²⁶.

A. Negociaciones con DAMM

23. De acuerdo con lo afirmado por la denunciante, las negociaciones se iniciaron en 2009, cuando la cervecera se dirigió a CAN-PACK para concluir un contrato de suministro de latas metálicas a largo plazo, que facilitaría la puesta en marcha de una nueva planta de fabricación de latas.

Las negociaciones cesaron cuando REXAM, proveedor hasta el momento de DAMM, le ofreció una rebaja de los precios de sus productos en el contrato vigente y aceptó cambiar la línea de producción de su fábrica de acero a aluminio, prorrogando el contrato hasta el final de **[confidencial]** (folio 46).

24. Entre **[confidencial]**, CAN-PACK y DAMM negociaron nuevamente una inversión conjunta en España o una inversión patrocinada. A finales de 2014 REXAM, según señala la denunciante, propuso a la cervecera una rebaja de precio de sus productos, con prórroga del contrato existente por **[> 5]** años (contrato con una duración de **[< 5]** años, pudiendo hacer ofertas los competidores cada año después de esos **[< 5]** años), con obligación de compra a REXAM del **[confidencial]** % de todas las necesidades de aprovisionamiento y el resto a proveedores presentes en España.

Estas condiciones se habrían impuesto, de acuerdo con la denunciante para excluir a CAN-PACK del suministro de latas a DAMM y proteger a CROWN.

B. Negociaciones con MSM

25. Según sus propias manifestaciones, CAN-PACK inició negociaciones en **[confidencial]** con MSM y éstas concluyeron sin resultado.

BALL y REXAM consiguieron la prórroga de sus contratos de suministro con MSM hasta finales de **[confidencial]**, ofreciendo descuentos de los precios que habían sido acordados anteriormente.

En **[confidencial]** CAN-PACK y MSM estuvieron negociando la instalación de una planta de producción en **[confidencial]**, sin éxito, dado que BALL y REXAM

²⁶ La Comisión en el examen de la concentración BALL/REXAM llega a la conclusión que “la localización de la planta de producción en las proximidades de las plantas de los clientes incrementa las ventajas competitivas del fabricante”.

consiguieron la prórroga de sus contratos de suministro ofreciendo descuentos adicionales.

En 2014 las negociaciones para instalar una planta de producción en **[confidencial]** volvieron a fracasar. La oferta de CAN-PACK no resultó adjudicataria, al presentar BALL una oferta en términos similares. Finalmente, según la denunciante, cuando BALL anunció la adquisición de REXAM, comunicó a MSM que no construiría la planta de **[confidencial]** acordada inicialmente y que las latas objeto del contrato se suministrarían desde la planta propiedad de REXAM en **[confidencial]** a los precios acordados para la potencial planta (folio 47).

V. Fundamentos de Derecho

PRIMERO. Competencia para resolver

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la del Estatuto de creación de la CNMC compete a este organismo aplicar lo dispuesto en la LDC “en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”.

El artículo 20.2 de la Ley de creación atribuye al Consejo la función de resolver los procedimientos sancionadores previstos en la LDC.

Según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la LDC²⁷.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento sancionador corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Objeto de la resolución y normativa aplicable

En el presente expediente sancionador esta Sala debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción del artículo 1 y/o 2 de la LDC.

CAN-PACK denuncia tres infracciones de las normas de competencia.

La primera sería la existencia de contratos a largo plazo de suministro de latas con fabricantes de bebidas (preferentemente cerveceras) que supondrían

²⁷ Aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, BOE nº 209, de 31 de agosto de 2013

acuerdos verticales anti-competitivos resultado de una supuesta práctica concertada o conscientemente paralela²⁸.

La segunda un reparto de mercado entre competidores.

La tercera un abuso colectivo de posición dominante para excluir al denunciante del mercado español (folio 21).

Procede a continuación analizar la posible existencia de estas conductas

TERCERO. Valoración desde una perspectiva de competencia

A. Sobre los supuestos acuerdos verticales restrictivos

De acuerdo con la denunciante, los contratos firmados entre CROWN, Rexam y BALL con DAMM y MSM podrían suponer infracción de la competencia al no resultar posible aplicárseles las exenciones sobre acuerdos verticales previstos en el artículo 2 y 3.1 del Reglamento de la UE²⁹.

Alega, para mantener su consideración, que la cuota de mercado de REXAM y CROWN excede del 30% en su mercado de referencia (no menciona la cuota de las cerveceras afectadas en el mercado de compra de latas para bebidas) y que la duración de estos contratos es anormalmente mayor de lo habitual, que no suele exceder los 5 años.

Debe realizarse un análisis de la situación antes de la fusión entre Ball y Rexam (2016) y otro posterior.

Antes de la fusión, CROWN tiene una capacidad productiva del **[confidencial]** % del mercado ibérico y un volumen del **[confidencial fin]** %.

Tras la fusión tiene una capacidad del **[confidencial]** % y un volumen del **[confidencial]** %.

²⁸ Cláusula inglesa es una disposición contractual de los acuerdos de marca única entre un proveedor y su cliente que permite a este último comprar un producto a otros proveedores en condiciones más favorables, a menos que el proveedor «exclusivo» acepte suministrar el producto en las mismas condiciones ventajosas. Las cláusulas inglesas tienden a aumentar la transparencia entre los proveedores competidores y, por tanto, facilitan la colusión, particularmente cuando tales cláusulas obligan al cliente a revelar a su proveedor «exclusivo» el nombre de la fuente alternativa. Por esta razón, las cláusulas inglesas deben examinarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, a fin de evaluar su conformidad con el derecho de competencia. COMISION EUROPEA, *Glosario de la Comisión Europea sobre Competencia*, 2002, accesible en http://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_es.pdf.

²⁹ Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOUE nº 102, de 23 de abril de 2010

Sin embargo, su contrato con DAMM tiene una duración de **[confidencial]** que no ha sufrido novaciones y no contiene cláusula alguna que pueda ser indicio de práctica contraria a la competencia.

En el caso de Rexam, su volumen en el mercado ibérico antes de la fusión era de un **[confidencial]** % y lo mismo que su capacidad. Ball tenía un **[confidencial]** % de volumen sin capacidad alguna en el mercado.

Tras la concentración y la ejecución de los compromisos de desinversión, Nueva BALL pasa a ostentar un **[confidencial]** % de volumen y un **[confidencial]** % de capacidad.

El criterio de cuota por tanto sería de aplicación sólo a REXAM de 2010 a 2016, en el caso de considerarse que los contratos concluidos con las cerveceras fuesen acuerdos verticales contrarios al artículo 1 de LDC y que se dieran las circunstancias de contemplar una exención.

En primer lugar debe tomarse en consideración que los contratos de suministro no están diseñados para garantizar a los fabricantes de latas clientes “cautivos”, sino para garantizarse las cerveceras y otros fabricantes de bebidas, un suministro suficiente y fiable de latas con que hacer frente a sus necesidades productivas y mantener sin interrupciones la cadena de producción³⁰. Así se deduce de varios elementos transversales en todos los contratos de suministro: a) la fijación de los volúmenes requeridos, b) la existencia de prórrogas automáticas en caso de no cumplir con el suministro de los volúmenes anuales acordados, c) la opción de buscar otros proveedores en caso de no poder cumplir el proveedor principal con los objetivos fijados y que los sobrecostes de contar con un nuevo proveedor corran por cuenta de aquel (folios 167, 168, 270, 272) y d) las penalizaciones en caso de retrasos en la entrega (folio 272).

Además, existe un fuerte poder negociador de los embotelladores y fabricantes de bebidas.

³⁰ En la valoración hecha por la Comisión en la concentración BALL/REXAM se señalaba que: Como se indicaba en esta sección , el suministro de latas para bebidas en el EEE se caracteriza por el hecho de que: (i) las barreras nacionales no condicionan de manera sustancial los patrones comerciales, (ii) los precios se fijan mediante negociaciones individuales con los clientes con base a los emplazamientos; (iii) **los clientes dan mucha importancia a la seguridad del suministro, entregas rápidas y a tiempo y buenos niveles de servicio**. Texto original: “As discussed in this section, the supply of beverage cans in the EEA is characterized by the fact that: (i) national barriers do not materially affect trade patterns; (ii) prices are generally set on location-by-location basis in individual negotiations with customers; (iii) customers attach importance to security of supply, rapid and just-in-time deliveries, good service levels”.

La **exclusividad** de los contratos de suministro no es para todas las necesidades de suministro de los clientes³¹.

Dependiendo del contrato, los volúmenes medios contratados oscilan en un compromiso de suministro de entre el 50% al 75% de las necesidades del aprovisionamiento de cada cliente, sin establecerse explícitamente en ninguno de los contratos aportados quién tendría que ser el suministrador complementario, dejándolo a la libre decisión y conveniencia del propio cliente.

REXAM firmó un primer contrato de **larga duración** con DAMM a cambio de la conversión de la línea de producción a aluminio y un segundo contrato en 2014 por [**> 5**] años (pudiendo hacer ofertas los competidores cada año después de los [**< 5**] primeros años).

La duración superior a los 3 o 5 años de los contratos puede tener una justificación económica:

En primer lugar, por la necesidad de rentabilizar la inversión realizada para convertir sus líneas de producción de acero a aluminio³².

En segundo lugar, porque las prórrogas se obtuvieron al igualar las condiciones que la competencia ofrecía a sus clientes, especialmente en cuanto a precios³³. Además, se trataba de prórrogas articuladas mediante adendas a un contrato existente en que se recogían variaciones sobre algunas condiciones comerciales nuevos precios y criterios y fórmulas de actualización de los mismos.

Las **cláusulas** extraídas de los contratos entre fabricantes de latas y cerveceras exigen una garantía de suministro por los volúmenes contratados para atender sin interrupciones a sus necesidades de producción, estableciéndose disposiciones de acceso automático a otros proveedores, a expensas del fabricante titular, e igualmente éste debe ofrecer al inicio del contrato, el mejor precio que haya ofrecido a otro cliente:

“En el supuesto de que el proveedor no pudiera suministrar los Productos (o facilitarlos con otro origen) de conformidad con los términos del presente Contrato al objeto de satisfacer los volúmenes objeto de pedido, el [...] estará facultado para adquirir directamente los Productos a otro proveedor. En el caso de que ello supusiera un extra-coste, éste será a

³¹ En determinados supuestos podría exceder la propia capacidad productiva del fabricante y sus compromisos con otros clientes.

³² REXAM efectuó la conversión de su línea de producción de acero a aluminio en su planta de Valdemorillo, soportando tanto pérdidas de producción como cuantiosas inversiones (**[confidencial]** M€) que sólo podría compensar y rentabilizar con la garantía de contratos a largo plazo con sus principales clientes, de naturaleza muy similar a uno de “patronazgo”.

³³ Rebajas sustanciales que se han señalado en los puntos concernientes a la descripción del contenido básico de los contratos de suministro.

cargo del proveedor” (folio 216); “el proveedor aplicará al [...] el mejor precio que esté aplicando a cualquier empresa envasadora o cervecera en territorio español durante todo el período de vigencia del presente contrato para el suministro de volúmenes iguales o inferiores a los realmente suministrados al [...] en el año o años considerados” (folios 216 y 217);

“Si el [proveedor] no pudiese suministrar las latas y tapas que está obligada a suministrar [...] se reserva el derecho a adquirir dicho volumen de latas y tapas de un tercero... [el proveedor] reembolsará los costes adicionales en los que [...] hubiera incurrido como consecuencia de dichas compras a un tercero” (folio 273); “en relación a los precios, los precios del aluminio serán fijados de conformidad con las instrucciones del [cliente] y el contrato de cobertura (Hedging) (folio 282);

“Si el [proveedor] es incapaz de suministrar latas (o proporcionar latas de otra fuente) para satisfacer los volúmenes de pedidos, el [cliente] se reserva el derecho a comprar latas directamente a otras empresas suministradoras distintas del [proveedor] y a computar esas latas como compradas al [proveedor]” (folio 305).

Este tipo de disposiciones contractuales se diferencian de los contenidos de las cláusulas “inglesas” en que en las inglesas se obliga al cliente a informar al proveedor habitual de cualquier mejora de condiciones comerciales y de precios que reciba de un potencial proveedor alternativo, identificando a este proveedor, con el fin de poderlas igualar.

En las cláusulas de garantía de suministro como es el caso, por el contrario el fin perseguido es contar con un abastecimiento asegurado de latas y cierres en determinados volúmenes, para evitar interrupciones y pérdidas de producción, obligándose al proveedor a cumplir con el suministro de los volúmenes pactados y, en caso de no poder llevarlo a cabo, dejar al cliente la posibilidad de proveerse de otro fabricante, asumiendo el proveedor principal los posibles sobrecostes y la pérdida de esos volúmenes no suministrados.

El apartado 198 de las Directrices relativas a Acuerdos Verticales señala:

“el poder de compensación de los proveedores es pertinente, ya que no es fácil que proveedores importantes permitan que se les impida el acceso a compradores alternativos. La exclusión supone por tanto un riesgo principalmente en caso de proveedores débiles y compradores fuertes. En caso de proveedores fuertes, el suministro exclusivo puede combinarse con la cláusula de no competencia. La combinación con la cláusula de no competencia hace aplicables las normas en materia de marca única. Cuando existan inversiones ligadas específicamente a la relación por ambos lados (problema de «cautividad»), la combinación de la cláusula de suministro exclusivo y de la cláusula de no competencia, es decir, la exclusividad recíproca en acuerdos de suministro industriales, está generalmente justificada debajo del nivel de posición dominante”.

De todo lo anterior se deduce que no existen indicios de conducta vertical contraria a la competencia.

B. Sobre la supuesta práctica concertada o conscientemente paralela para cerrar el mercado.

La denunciante señala que BALL, REXAM y CROWN estarían reaccionando a los intentos de CAN-PACK de establecerse en España y suministrar a los clientes españoles, celebrando contratos de suministro de duración mayor de lo habitual con obligación de que las necesidades de suministro que no sean cubiertas por el firmante lo sean por otro fabricante con planta en España. Por ello considera que existe un entendimiento colectivo de no competir agresivamente para evitar la competencia entre sus clientes españoles e impedir la entrada de nuevos fabricantes en el mercado español³⁴.

CAN-PACK considera que las prórrogas de los contratos de suministro de BALL y REXAM con la cervecera MSM en 2010 serían prueba de una práctica concertada o actuación conscientemente paralela.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE el elemento decisivo para determinar si hay una coordinación anticompetitiva es el origen de la información con la que se fija la conducta³⁵.

Si la información tiene su origen en las condiciones del mercado o la actuación competitiva de los competidores, no se produciría tal concertación; es decir, puede considerarse si existe práctica concertada en casos en que ha habido un contacto entre competidores cuyo objeto haya sido eliminar la incertidumbre sobre su futuro comportamiento competitivo.

Tal como se ha reflejado, nos encontramos ante un mercado con pocos clientes y pocos proveedores y donde es frecuente el multi-aprovisionamiento y que, por tanto, tiene mayor transparencia que mercados con múltiples operadores y transacciones.

No se ha acreditado contacto entre los tres fabricantes para llevar a cabo una coordinación anti-competitiva.

CROWN no ha realizado modificación de sus contratos con DAMM por lo que no puede considerarse que intervenga en la supuesta práctica.

³⁴ Fundamentalmente las empresas cerveceras.

³⁵ Sentencias de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apdo. 173, y de 14 de julio de 1981.

DAMM y MSM lanzaron procesos de “puja” entre sus proveedores habituales y posibles nuevos entrantes con la finalidad de conseguir mejores precios y condiciones comerciales de las latas suministradas. Son precisamente los fabricantes de bebidas quienes tienen una posición de negociación más fuerte por lo que resulta inverosímil considerar que los suministradores de latas hayan podido “imponer” sus condiciones o limitar el margen de conveniencia y negociación de sus clientes para plazos medios o largos.

Los contratos, en contra de lo que mantiene el denunciante, carecen de cláusula alguna en la que se condicione quién tendría que ser el proveedor complementario al proveedor principal titular del contrato de suministro. Igualmente ha quedado acreditada la inexistencia de cláusulas inglesas en los contratos de suministro.

Por todo ello debe concluirse que no queda acreditada la existencia de práctica concertada entre las partes.

C. Sobre el supuesto abuso de posición de dominio colectivo

El Tribunal de Primera Instancia ha definido la posición de dominio colectivo con las siguientes exigencias³⁶:

“Una relación de interdependencia entre los miembros de un oligopolio estrecho, en un mercado caracterizado por su alta concentración, transparencia y homogeneidad del producto y en el que éstos pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven impulsados a coordinar su comportamiento para maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la oferta y aumentando los precios. En tal contexto cada operador sabe que una actuación altamente competitiva dirigida a incrementar su cuota de mercado, provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendrían ningún beneficio de su iniciativa”.

En el mismo sentido la CNMC ha determinado que para determinar la existencia de dominancia colectiva en un mercado, es necesaria³⁷:

- a) la existencia de una estrategia o comportamiento común identificable que si se sigue por todos sea ventajoso para las empresas dominantes;
- b) la posibilidad por cada uno de los operadores dominantes de conocer el comportamiento del resto para vigilar si se está siguiendo la estrategia común;

³⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de marzo de 1999, en el asunto T-102/96, Gencor Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas.

En el mismo sentido véanse las resoluciones Compagnie Maritime Belge, STJUE de 16 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P; Airtours STPI de 6 de junio de 2002, Airtours plc. c. Comisión, asunto T-342/99, Rec. 2002, p. II-2585.

³⁷ Resolución de 6 de marzo de 2014, S/0391/11 Llamadas Móviles.

- c) la sostenibilidad en el tiempo con incentivos para no alejarse de la estrategia común, y
- d) la inexistencia de riesgo para la estrategia común por una posible reacción de potenciales competidores y de los consumidores.

En el caso analizado no queda acreditado que exista una relación de interdependencia entre la Nueva Ball y Crown ni que estas empresas hayan coordinado su actuación.

La posición negociadora de la demanda, la posibilidad de aprovisionarse a través de pujas, de rescindir contratos en caso de incumplimiento de las condiciones técnicas y de entrega, así como de establecer un control sobre subidas de precios, limita la posibilidad de adoptar una estrategia de posición de dominio colectiva de la que abusar.

La reacción de las empresas ante la posible entrada de un competidor en el mercado resulta también contraria al concepto de dominancia colectiva.

En consecuencia, ante la ausencia de pruebas concluyentes sobre los hechos denunciados y tras el análisis y la valoración del mercado ibérico de latas para bebidas a partir de los datos y documentos aportados por las denunciadas no se infiere la infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC.

VI. RESUELVE

PRIMERO - No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Competencia de la CNMC en el expediente S/DC/0602/16 CAN PACK VS BALL CORPORATION REXAM PLC Y CROWN HOLDINGS, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por CAN-PACK S.A., por considerar que no hay indicios de infracción de la LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.