Communication de la Commission publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil dans l'affaire AT.39745 — CDS Information Market — Markit

(2016/C 153/07)

1. Introduction

(1) L'article 9 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil [1] dispose que, lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont elle les a informées dans son évaluation préliminaire, elle peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse. Conformément à l'article 27, paragraphe 4, de ce même règlement, la Commission publie un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements. Les tiers intéressés sont alors invités à présenter leurs observations dans le délai fixé par la Commission. Une décision de la Commission adoptée en vertu de l'article 9 ne constate pas l'existence d'une infraction.

2. Résumé de l'affaire

(2) Le 1er juillet 2013, la Commission a adopté une communication des griefs au sens de l'article 10 du règlement (CE) nº 773/2004 de la Commission [2] concernant une violation présumée de l'article 101 du traité et de l'article 53 de l'accord EEE par Markit. Cette violation présumée affecte le marché des dérivés de crédit non financés négociés de gré à gré et le marché potentiel des dérivés de crédit non financés négociés en bourse. Une communication des griefs peut servir d'évaluation préliminaire au sens de l'article 9 du règlement (CE) nº 1/2003.

(3) Selon la communication des griefs, il pourrait y avoir migration ponctuelle en sens unique du marché de la négociation de gré à gré des dérivés de crédit vers le marché potentiel de la négociation boursière des dérivés de crédit, car les contrats d'échange sur risque de crédit (credit default swaps – CDS) ou les contrats à terme sur dérivés de crédit négociés en bourse constitueraient des substituts acceptables aux CDS liquides et standardisés négociés de gré à gré. Alors que, pour la négociation de gré à gré, les banques d'investissement sont nécessaires en tant qu'intermédiaires bilatéraux entre acheteurs et vendeurs, elles jouent un rôle important en qualité de fournisseurs de liquidités lors de la phase de lancement de la négociation boursière, mais on assiste ensuite à une désintermédiation dans un environnement de négociation anonyme et dans lequel chaque acteur peut traiter avec tous les autres («all-to-all»).

(4) Markit est une société de données et de services financiers, qui collecte et monétise des données sur les dérivés de crédit et d'autres classes d'actifs. En 2008, Markit détenait tous les droits sur les indices iTraxx et CDX (ci-après les «indices») qu'elle avait acquis un an auparavant auprès de certains négociants de CDS. Ces négociants continuaient de jouer un rôle important au sein des comités de conseils de Markit chargés, notamment, de la conseiller sur l'octroi de licences d'utilisation des indices pour de nouveaux types de produits. Selon la communication des griefs, en 2008, le fonds spéculatif Citadel et le Chicago Mercantile Exchange souhaitaient lancer des CDS négociés en bourse par l'intermédiaire d'une entreprise commune (CMDX). Ils ont pris contact avec Markit en vue d'obtenir une licence d'utilisation des indices iTraxx et CDX pour lancer une plate-forme qui aurait permis aux utilisateurs de négocier des CDS d'abord de gré à gré et, in fine, également «all-to-all» (notamment au moyen d'un registre central d'ordres à cours limité - RCOCL). Markit aurait refusé d'accorder la licence pour les indices iTraxx et CDX à des fins autres que les demandes de prix dans le cadre d'une négociation et d'une compensation de gré à gré. Toujours selon la communication des griefs, Markit a expressément exclu la négociation à partir d'un RCOCL du cadre de sa licence et, donc, toute négociation de type «all-to-all»

(5) Dans la communication des griefs, la Commission soulevait, à titre préliminaire, un problème de concurrence selon lequel ce comportement a pu empêcher Citadel et CME de lancer avec succès une plate-forme de négociation en bourse de dérivés de crédit. Selon la communication des griefs, Markit a pris la décision de pas accorder de licence d'utilisation des indices à des fins de négociation boursière après avoir consulté les négociants en CDS au sein de ses trois comités de conseils.

(6) Selon la communication des griefs, le refus présumé d'octroi de licences par Markit constituait une décision d'une association d'entreprises restreignant la concurrence potentielle au sens de l'article 101 du traité et de l'article 53 de l'accord EEE.

[1] JO L 1 du 4.1.2003, p. 1. Le 1er décembre 2009, les articles 81 et 82 du traité CE sont devenus respectivement les articles 101 et 102 du TFUE. Dans les deux cas, les dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins de la présente communication, les références faites aux articles 101 et 102 du TFUE s'entendent, s'il y a lieu, comme faites respectivement aux articles 81 et 82 du traité CE.

[2] JO L 123 du 27.4.2004, p. 18.

3. **Essentiel du contenu des engagements proposés**

(7) Bien qu'elle conteste les conclusions préliminaires exposées dans la communication des griefs, Markit a néanmoins proposé des engagements comportementaux et organisationnels au titre de l'article 9 du règlement (CE) nº 1/2003 afin de répondre aux préoccupations en matière de concurrence exprimées par la Commission dans son évaluation préliminaire. Les principaux éléments de ces engagements sont décrits ci-dessous.

a) *Engagements comportementaux*

(8) En ce qui concerne l'octroi de licences, Markit s'engage à agir et à accorder les licences de manière équitable, raisonnable et non discriminatoire (FRAND - «fair, reasonable and non-discriminatory») lorsque celles-ci sont demandées en vue de créer et/ou de négocier des produits financiers boursiers (notamment des contrats d'échange, des contrats à terme et des options) sur la base d'un indice iTraxx ou CDX, ou de leurs successeurs. Si une licence existante accordée par Markit exclut toujours l'utilisation des indices à des fins de négociation boursière, la société s'engage à les modifier ou à en proposer une nouvelle à des conditions FRAND. Elle peut refuser d'accorder une licence d'utilisation des indices à des conditions FRAND:

a) lorsque le produit négocié en bourse proposé comporte des risques juridiques et réglementaires importants ou des risques élevés d'atteinte à l'image de Markit et/ou des indices, qu'il est impossible de contrer efficacement par une clause de non-responsabilité ou d'autres dispositions contractuelles; ou

b) lorsque la plate-forme de négociation manque d'expérience et de ressources pour concevoir et lancer le produit négocié en bourse proposé. Le lancement d'un produit nouveau ne constitue pas, en soi, un manque d'expérience.

(9) Lorsqu'une licence existante prévoit une période d'exclusivité, les engagements ne s'appliqueront qu'à l'expiration de cette période d'exclusivité obligatoire, étant donné que les engagements sont incompatibles avec les clauses d'exclusivité. Aucune nouvelle période d'exclusivité ne peut être accordée. L'engagement FRAND n'empêche pas Markit d'accorder des conditions préférentielles ou avantageuses pour une période initiale n'excédant pas deux ans, si la création et le développement d'un nouveau produit fondé sur un indice nécessitent des investissements de départ importants et si les nouveaux entrants comparables sur le marché sont traités de manière similaire.

(10) Markit s'efforcera de parvenir à un accord avec tout demandeur dans les trois mois à compter de la demande de licence FRAND, mais cette période de négociation peut être portée à six mois dans certaines circonstances. Lorsque l'article 37, paragraphe 1, du règlement MiFIR [1] entrera en vigueur, cette période de négociation ne pourra pas excéder la durée prévue par le règlement, qui est actuellement de trois mois. Si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur les conditions de licence avant la fin de la période de négociation, le demandeur peut demander par écrit à Markit de soumettre la question à l'arbitrage de tiers indépendants, afin de décider de la procédure appropriée et du mode d'établissement des conditions FRAND.

(11) Les litiges portant sur l'établissement des conditions FRAND ou découlant d'un refus d'accorder une licence fondé sur les considérations énoncées au paragraphe 8, points a) et b), ci-dessus sont soumis à l'arbitrage d'un groupe d'arbitrage composé de trois arbitres, dont la décision sera contraignante. Cet arbitrage sera régi par le droit anglais et gallois et soumis aux règles de la London Court of International Arbitration. Si les arbitres ne se prononcent pas dans un délai de neuf mois, le demandeur de licence peut saisir les juridictions d'Angleterre et du Pays de Galles.

b) *Engagements organisationnels*

(12) Markit s'engage à élargir la composition de ses deux comités de conseils restants pour les indices de CDS (IMC et CDX) (ci-après les «comités»), qui seront constitués de divers acteurs du marché concernés autres que des négociants de CDS. Les comités compteront au moins 25 membres, notamment jusqu'à quatre teneurs de marché, soit sur le marché des indices, soit sur le marché sous-jacent, qui ne sont pas de gros négociants, au moins six entreprises acheteuses ou autres gestionnaires d'actifs qui ne sont pas des négociants et au moins cinq plate-formes de négociation, bourses, chambres de compensation ou acteurs du marché intéressés similaires. Les membres seront désignés pour deux ans (prolongation possible) avec une rotation des membres; 50 % au moins des membres initiaux de chaque catégorie seront remplacés à la fin de la première année.

(13) Markit s'engage également à modifier les mandats des comités de manière à limiter les discussions aux questions techniques, opérationnelles et administratives. Elle exclura les discussions sur les décisions ou sur les conditions d'octroi de licences, sur les aspects commerciaux ou sur les propositions visant à tirer des revenus des indices CDX et iTraxx, sur l'intérêt des nouveaux produits financiers boursiers proposés qui sont fondés sur ces indices ou sur l'intérêt de toute nouvelle plate-forme boursière ou similaire conçue pour la négociation de produits fondés sur ces indices (ci-après les «questions exclues»). Un juriste de Markit assistera à toutes les réunions et à toutes les audioconférences, qu'il enregistrera, et établira des comptes rendus. Markit conservera pendant cinq ans les comptes rendus et les enregistrements, de même que les documents présentés durant les discussions.

[1] Règlement (UE) nº 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) nº 648/2012 (JO L 173 du 12.6.2014, p. 84).

(14) Un mandataire chargé du contrôle sera désigné par Markit après approbation par la Commission. Ce mandataire fera chaque année rapport à la Commission sur le respect, par Markit, des engagements proposés. Il vérifiera plus précisément que les négociants n'influencent pas indûment les décisions d'octroi de licences de Markit au sein des comités et que les discussions ne portent pas sur des questions exclues.

(15) Quant à l'accès futur de toute entité juridique qui en fait la demande au prix final à des conditions FRAND, Markit supprimera du site web «www.creditfixings.com» les clauses qui excluent l'utilisation du prix final à des fins de négociation en bourse, et n'exigera pas de licence pour le prix final ni ne réclamera de redevance sur les licences accordées par l'ISDA.

(16) Markit s'engage à mettre en œuvre ces engagements avec effet à la date de notification de la décision adoptée par la Commission en vertu de l'article 9, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 1/2003, aussi longtemps qu'elle détiendra et contrôlera les indices ou pendant une période de 10 ans, la date la plus proche étant retenue.

(17) Les engagements sont publiés sur le site internet de la direction générale de la concurrence, à l'adresse suivante:

http://ec.europa.eu/competition/index_en.html

4. **Invitation à présenter des observations**

(18) Sous réserve de la consultation des acteurs du marché, la Commission envisage d'adopter une décision en vertu de l'article 9, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 1/2003 rendant obligatoires les engagements récapitulés ci-dessus et publiés sur le site web de la direction générale de la concurrence.

(19) Conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) nº 1/2003, la Commission invite les tiers intéressés à présenter leurs observations sur les engagements proposés. Ces observations doivent parvenir à la Commission au plus tard un mois à compter de la date de la présente publication. Les tiers intéressés sont également invités à fournir une version non confidentielle de leurs observations, dans lesquelles toutes les informations qu'ils estiment être des secrets d'affaires et les autres informations confidentielles devront être supprimées et remplacées, le cas échéant, par un résumé non confidentiel ou par les mentions «secrets d'affaires» ou «confidentiel». Les tiers peuvent également, dans des circonstances exceptionnelles, présenter des observations de façon anonyme et, dans cette hypothèse, fournir une version non confidentielle ne contenant pas l'identité de l'entreprise concernée.

(20) Les observations formulées devront de préférence être motivées et exposer les faits pertinents. Si vous constatez un problème en ce qui concerne l'une ou l'autre partie des engagements offerts, la Commission vous invite également à proposer une solution envisageable.

(21) Ces observations peuvent être adressées à la Commission, sous le numéro de référence AT.39745 — CDS Information Market, par courrier électronique (COMP-GREFFE-ANTITRUST@ec.europa.eu) ou par courrier postal à l'adresse suivante:

Commission européenne
Direction générale de la concurrence
Greffe Antitrust
1049 Bruxelles
BELGIQUE