Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

aangetekend per fax

Datum	*Uw kenmerk*	*Ons kenmerk*	*Bijlage(n)*
11 januari 2013		7559/5	

Onderwerp
Zaaknr.: 7559, informele zienswijze

Dit is een geanonimiseerde versie van de op 11 januari 2013 in zaak 7559 uitgebrachte informele zienswijze.

Geachte [...],

Bij brief van 14 december 2012 heeft u mij namens uw cliënt, [onderneming A], verzocht om een informele zienswijze over de geografische toerekening van omzet uit *marketmaking* activiteiten.

In het hiernavolgende ga ik op deze vraag in. Deze informele zienswijze is uitsluitend gebaseerd op de door u verstrekte informatie zoals hieronder samengevat. In het kader van deze zienswijze gaat de NMa ervan uit dat die informatie volledig en juist is; de NMa heeft ter zake geen nader onderzoek verricht.

Feiten
De door u verstrekte feiten en voornemens vat ik als volgt samen.

Een onderneming is voornemens gezamenlijke zeggenschap te verkrijgen in [onderneming A], in de zin van artikel 27, tweede lid, van de Mededingingswet. Voor de beoordeling of het in hoofdstuk 5 van de Mededingingwet geregelde concentratietoezicht van toepassing is op deze transactie, is in dit geval van belang welk gedeelte van de omzet van de betrokken ondernemingen in Nederland wordt behaald.

Eén van de betrokken ondernemingen, [onderneming B], is actief op het gebied van *marketmaking* op verschillende financiële beurzen. Om de handel in een financieel instrument waarin onvoldoende liquiditeit voorhanden is te bevorderen, wordt op bepaalde financiële

Postbus 16326 *Muzenstraat 81* *T: [070] 330 33 30* *E-mail: info@nma.nl*
2500 BH Den Haag *2511 WB Den Haag* *F: [070] 330 33 70* *Website: www.nma.nl*

handelsplatforms gebruik gemaakt van zogenoemde *marketmakers*, ook wel *liquidity providers* genoemd. Een *marketmaker* geeft op financiële markten doorlopend blijk van de bereidheid voor eigen rekening te handelen door financiële instrumenten tegen door hem vastgestelde prijzen te kopen en te verkopen.[1] Hierdoor is het voor andere participanten op de beurs altijd mogelijk om in deze financiële instrumenten te handelen.

[Onderneming B] is actief op [20-30] handelsplatforms in [10-20] verschillende landen. Hierbij wordt gebruik gemaakt van *screen trading*. Dit betekent dat de handelaren niet fysiek aanwezig zijn in de landen waar de platforms gevestigd zijn, maar op afstand via een computernetwerk op de platforms handelen. Dit gebeurt vanuit een beperkt aantal landen: [land A, land B en land C]. Tenslotte is van belang dat de identiteit – en daarmee de geografische locatie – van de entiteiten waar mee gehandeld wordt niet bekend is.

De vraag die u voorlegt is hoe de omzet uit de *marketmaking* activiteiten aan een geografische locatie moet worden toegerekend.

Beoordeling

Allereerst dient op te worden gemerkt dat indien de hoofdactiviteit van [onderneming B] het handelen in financiële instrumenten is, [onderneming B] moet worden aangemerkt als financiële instelling in de zin van artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht. Voor de toepassing van artikel 29, eerste lid, Mw. wordt ten aanzien van financiële instellingen de omzet vervangen door de in artikel 31, eerste lid, Mw. genoemde baten.

Volgens het Europese en Nederlandse mededingingsrecht is de algemene regel voor het bepalen van de geografische toerekening van de omzet dat omzet moet worden toegekend aan de plaats waar de afnemer is gevestigd. Het onderliggende beginsel is dat de omzet moet worden toegerekend aan de plaats waar mededinging met alternatieve aanbieders plaatsvindt.[2]

U stelt in uw verzoek om een informele zienswijze dat het handelsplatform de plaats is waar vraag en aanbod daadwerkelijk bij elkaar komen en waar de mededinging tussen *marketmakers* plaatsvindt. Volgens u dient de omzet te worden toegerekend aan de locatie waar het handelsplatform is gevestigd.

De Europese Concentratieverordening bevat echter een van het onderliggende beginsel – dat de omzet moet worden toegerekend aan de plaats waar de mededinging met concurrenten plaatsvindt – afwijkende regeling voor financiële instellingen. Uit artikel 5, derde lid, onder a,

[1] Zie artikel 1.1 Wet op het financieel toezicht.

[2] Zie de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, LJN C 95, 16.4.2008, p. 1, punt 196.

tweede alinea van de Europese Concentratieverordening[3] volgt dat de batenposten van de financiële instelling dienen te worden toegerekend aan het land waarin het bijkantoor dat, of de afdeling die, de baten heeft ontvangen, is gevestigd.[4]

De Mededingingswet bevat niet een vergelijkbare bepaling. De Geconsolideerde Mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties en de Europese Concentratieverordening vormen een belangrijk uitgangspunt bij de uitleg en interpretatie van jurisdictievraagstukken zoals deze. In dit geval is er geen zwaarwegende reden om af te wijken van een consistente toepassing van de geografische omzettoerekening op nationaal en Europees niveau. De regel uit artikel 5, derde lid, onder a, tweede alinea van de Europese Concentratieverordening voor geografische toerekening voor een financiële instelling dient dan ook overeenkomstig te worden toegepast. Dit betekent dat de batenposten van de financiële instelling dienen te worden toegerekend aan het land waarin het bijkantoor dat, of de afdeling die, de baten heeft ontvangen, is gevestigd.

Conclusie

Met inachtneming van het bovenstaande concludeer ik dat de omzet uit *marketmaking* activiteiten voor de toepassing van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingwet geregelde concentratietoezicht toegerekend moet worden aan het land waar het bijkantoor dat, of de afdeling die, deze opbrengsten ontvangt, gevestigd is.

Ik wijs u erop dat de hier geschetste zienswijze een informeel karakter heeft. De zienswijze bindt de Raad van Bestuur van de NMa niet en het staat hem te allen tijde vrij anders te oordelen.

Daarnaast laat deze zienswijze onverlet dat andere nationale dan wel Europese wetgeving op de onderhavige situatie van toepassing kan zijn, en derhalve mogelijk een of meer andere instanties (eveneens) bevoegd kunnen zijn. Deze andere instanties zijn evenmin aan deze zienswijze gebonden en kunnen anders oordelen.

Hoogachtend,

w.g. Aad Kleijweg
Plv. directeur Mededinging

[3] Verordening nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de 'EG-concentratieverordening'), LJN L 24, 29.1.2004, p. 1.

[4] Zie tevens de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, LJN C 95, 16.4.2008, p. 1, punt 210.