



Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
de heer E. Wiebes
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Woerden, 27 oktober 2017

Onderwerp : input ten behoeve van de internetconsultatie van het *Wetsvoorstel wijziging markt en overheid, concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving*
Contact : 0348 489 423 / j.kant@khn.nl

Geachte heer Wiebes,

Graag maakt Koninklijke Horeca Nederland (KHN), met ruim 20.000 aangesloten horecaondernemers de grootste belangenbehartiger voor de horeca in Nederland, gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het voor internetconsultatie opengestelde *Wetsvoorstel wijziging markt en overheid, concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving*.

De reactie van KHN is onderverdeeld in twee delen:

- De reactie van KHN op (onderdelen van) het wetsvoorstel
- Omissie in het wetsvoorstel. Er is Nederlandse regelgeving nodig met betrekking tot staatssteun die geen grensoverschrijdend effect heeft

De reactie van KHN op (onderdelen van) het wetsvoorstel

KHN stelt voorop dat het een goede zaak is dat er nadrukkelijk is gekeken naar het huidige functioneren van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (de Wet Markt en Overheid) en dat er voorstellen worden gedaan om tot een betere werking te komen.

Het doel van de Wet Markt en Overheid is het creëren van gelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en particuliere ondernemers. Een doel dat ten volle wordt onderschreven door KHN. Het is een goede zaak dat het wetsvoorstel onder andere behelst dat de Wet Markt en Overheid ook na 1 juli 2019 blijft gelden.

KHN onderschrijft eveneens dat aanscherping van de wet noodzakelijk is. In de praktijk hebben ook horecaondernemers te maken met overheden (vaak gemeentelijke overheden) die direct of indirect concurreren met horecaondernemers doordat overheden, overheidsbedrijven of door overheden gesubsidieerde instellingen horeca-activiteiten ontplooiën. Daar waar overheden of overheidsbedrijven die horeca-activiteiten ontplooiën, bijvoorbeeld bij zwembaden en multifunctionele sportcomplexen, wordt nu te vaak en te gemakkelijk de wet Markt en Overheid buiten spel gezet door een algemeenbelangbesluit.

www.khn.nl

Koninklijke Horeca Nederland

Postbus 566
3440 AN Woerden
Pelmolenlaan 10
3447 GW Woerden

T 0348 489 489
F 0348 489 400
info@khn.nl

Dat wordt in het wetsvoorstel onderkend, er worden voorstellen gedaan om tot verbetering van de 'algemeen belang-bepaling' te komen.

Inhoudelijke beoordeling van het wetsvoorstel. Het moet nog scherper.

KHN waardeert het als positief dat 'iets' wordt gedaan aan de 'algemeen belang-bepaling'. Het is op zich een goede zaak dat er met dit wetsvoorstel nadere eisen worden gesteld aan de motiveringsplicht die overheden hebben indien gebruik wordt gemaakt van de 'algemeenbelang-bepaling', dat er (meer) inspraak komt voor ondernemers en dat er een evaluatieverplichting van de algemeenbelangbesluiten wordt opgenomen.

KHN is wel van mening dat het huidige wetsvoorstel onvoldoende is om het beoogde doel te bereiken. De aanpassingen van de wet Markt en Overheid moeten scherper.

De uitgebreidere motiveringsplicht en inspraakmogelijkheden voor ondernemers gaan ongetwijfeld een bijdrage leveren om het overheden *minder makkelijk* te maken om algemeenbelangbesluiten te nemen. De leden van KHN hebben het idee dat overheden (horecaondernemers hebben meestal te maken met gemeenten) op dit moment bij twijfel of een bepaalde economische activiteit wel of niet onder de Wet Markt en Overheid zou kunnen vallen altijd 'voor de zekerheid' een algemeenbelangbesluit afgeven. In veel gevallen zonder bijzonder veel motivering of onderbouwing.

Als de criteria in de uitwerkingsAMvB worden opgenomen zoals die nu in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel zijn beschreven, dan zal dat betekenen dat overheden veel beter zullen moeten uitleggen *waarom* ze het besluit nemen en ook zullen ze moeten kunnen uitleggen dat ze zich daarbij rekenschap hebben gegeven van het feit dat het besluit impact kan hebben op ondernemers.

De verplichting tot publicatie en mogelijkheden voor inspraak betekent dat ondernemers in de gelegenheid zijn om op voorhand hun bezwaren kenbaar te maken en ook nadien eventueel beroep kunnen aantekenen tegen een besluit.

Dus, het wetsvoorstel gaat het overheden in ieder geval minder makkelijk maken om 'zomaar' een algemeenbelangbesluit te nemen. Waar zitten onze bezwaren?:

- als overheden de procedure volgen en in het besluit tot uiting brengen dat alle belangen bij de totstandkoming van het besluit zijn gewogen, kunnen ze in essentie nog steeds dezelfde besluiten nemen
- ondernemers die het er niet mee eens zijn en gebruik hebben gemaakt van de inspraakronde zullen naar de rechter kunnen stappen. De bestuursrechter, die over dergelijke geschillen gaat, toetst echter slechts marginaal. Dat wil zeggen, beoordeelt het besluit niet volledig maar beoordeelt alleen of de procedure is gevolgd en de bewuste overheid 'in redelijkheid' tot het besluit heeft kunnen komen.

Met andere woorden, de voorgestelde aanpassingen dwingen overheden om op een zorgvuldiger manier tot een algemeenbelangbesluit te komen en dwingen veel meer dan nu het geval is zich bewust rekenschap te geven van de belangen van ondernemers. Maar als een

overheid echt het besluit wil nemen dan is het niet heel veel moeilijker geworden mits de procedure wordt gevolgd.

KHN is dan ook voorstander van een 'nee, tenzij-variant' als het gaat om economische activiteiten van een overheid zoals bijvoorbeeld de Tweede Kamerleden Ziengs en Verhoeven deze hebben beschreven in hun initiatiefnota met betrekking tot de Wet Markt en Overheid. Daarmee bedoelen we dat een overheid zich eigenlijk niet op de markt moet kunnen begeven. En als ze dat dan toch doen dan moeten ze zich daarbij niet alleen aan de gedragsregels houden, ze kunnen dat alleen doen wanneer ze keihard kunnen onderbouwen dat het noodzakelijk is dat zij de activiteit ontplooiën.

Het is positief dat er een 'evaluatiebepaling' wordt opgenomen in de Wet Markt en Overheid. Overheden worden daarmee gedwongen om de algemeenbelangbesluiten ook eens in de 5 jaar tegen het licht te houden. Zijn de argumenten die er 5 jaar geleden waren om bepaalde activiteiten buiten 'scope' van de Wet Markt en Overheid te plaatsen nog steeds valide? Voor zover we dat nu kunnen overzien is die evaluatieverplichting een stuk 'lichter' vorm gegeven dan de verplichte motivering en inspraakregeling waaraan met het wetsvoorstel ten aanzien van de initiële algemeenbelangbesluiten nu invulling wordt gegeven. Volgens de memorie van toelichting moet de invulling van de evaluatieregels in een AmvB nader worden ingevuld maar in de toelichting zoals die nu is vorm gegeven lezen we nog geen verplichting om bij de evaluatie verplicht de uniforme openbare voorbereidingsprocedure te volgen die straks wel gevolgd moet gaan worden bij de initiële algemeenbelangbesluiten. Bij de nadere uitwerking in een AmvB is het dan ook naar mening van KHN van groot belang dat er een voldoende stok achter de deur komt die niet alleen waarborgt dat evaluatie daadwerkelijk plaats vindt maar ook regelt dat wanneer een algemeenbelangbesluit in stand wordt gelaten dat besluit ook met de zelfde rechtswaarborgen moet zijn omkleed (inspraak, beroep) als de initiële algemeenbelangbesluiten.

Omissie in het wetsvoorstel. Er is Nederlandse regelgeving nodig met betrekking tot staatssteun die geen grensoverschrijdend effect heeft

Horecaondernemers hebben zoals hierboven beschreven last van overheden die activiteiten (laten) ontplooiën en die 'wegpoetsen' met een algemeenbelangbesluit. Een veel groter probleem voor de horeca echter vormt de marktverstorende werking van subsidies.

Van oudsher zien we dat overheden (mn gemeenten) zogenaamde paracommerciële instellingen voor kunst, cultuur, educatie en sport (vaak verenigingen of stichtingen) ondersteunen met structurele subsidies. Hetzij in geld dan wel in bijvoorbeeld een hele lage (niet-marktconforme) huur.

KHN heeft op zich geen bezwaren wanneer overheden structureel subsidie verlenen voor sociaalmaatschappelijk relevante activiteiten die anders niet worden gefaciliteerd. Het gaat dan om de kernactiviteiten van instellingen die zich bijvoorbeeld bewegen op het terrein van kunst, cultuur, educatie en sport.

Horeca-activiteiten horen niet bij die kernactiviteiten.

In veel van die gevallen worden echter door deze verenigingen/stichtingen ook horeca-activiteiten ontplooid. Denk aan een kantine bij een sportvereniging of een horecafaciliteit in een theater/schouwburg/poppodium of een museum.

Wanneer deze instellingen ook alcohol willen kunnen verkopen moeten ze (net als een regulier horecabedrijf) beschikken over een Drank en Horecawetvergunning. Volgens de Drank en Horecawet (verder DHW) moet een gemeente, *om oneerlijke concurrentie te voorkomen*, in een verordening beperkingen stellen aan de mogelijkheden van de instellingen om alcohol te kunnen verkopen.

We zien echter de laatste jaren een steeds sterker wordende tendens waarbij gemeenten de broekriem hebben moeten aanhalen en daardoor onder andere subsidiekransen verder hebben moeten dicht draaien. Om dat te compenseren worden verenigingen/stichtingen aangemoedigd om zich veel meer commercieel te manifesteren op met name het horecagebied. Gemeenten faciliteren dit onder andere door hele ruime regels op te stellen in de verordening die eigenlijk oneerlijke concurrentie moet voorkomen. In sommige gevallen richten de verenigingen/stichtingen BV's op om überhaupt niet aan de verordening voor paracommerciële instellingen te hoeven voldoen.

Gevolg; in toenemende mate ondervinden horecaondernemers (oneerlijke) concurrentie van paracommerciële instellingen:

- die zich volledig als commercieel horecabedrijf manifesteren
- maar nog steeds (indirect) ook meeprofiten van de structurele subsidies die door gemeenten nog steeds worden gegeven.

Voorbeeld; het nieuwe Tivoli/Vredenbrug in Utrecht is met 100 miljoen gemeentegeld neergezet. Daarin een horecafaciliteit (ondergebracht in een BV, 100% dochter van de stichting die Tivoli/Vredenbrug exploiteert) die steeds groter wordt:

- de stichting waar Tivoli/Vredenbrug onder valt krijgt nog steeds 10 miljoen per jaar omdat de totale exploitatie niet uit komt
- de horeca-BV profiteert indirect altijd mee van de miljoenen subsidie die structureel naar de moeder van de BV vloeien. Al was het alleen maar omdat de horecafaciliteiten vol meeprofiten van het volledig met overheidsgeld gerealiseerde gebouw en vanzelfsprekend ook omdat er voortdurend wordt samengewerkt en arrangementen kunnen worden gemaakt met de stichting.

Een tweede voorbeeld:

- in Leeuwarden is met eveneens veel overheidsgeld een compleet nieuw complex gerealiseerd (De Neushoorn) waar optredens worden gerealiseerd, waar oefenruimten worden geëxploiteerd en waar ook van gebruik wordt gemaakt door een (aan de kunsten gelieerd) opleidingsinstituut
- de stichting die het gebouw exploiteert krijgt structureel jaarlijks tonnen subsidie van de gemeente.
- ook hier is de horeca ondergebracht in een BV
- de BV heeft een volledige Drank en Horecawet-vergunning gekregen voor het hele pand. Dus inclusief de ruimten die feitelijk in gebruik zijn bij de stichting

- die DHW-vergunning stelt de *stichting* in staat om urban- en R&B-feesten (waarom organiseert een gesubsidieerde stichting overigens zwaar commerciële R&B-feesten?) te organiseren die tot 05.00 uur duren. Als de vergunning van de BV er niet zou zijn geweest, zou het gebouw om 01.00 uur dicht moeten
- de rechtbank heeft in eerste aanleg geoordeeld dat deze constructie niet in strijd is met de huidige regels

En zo zijn er in het land legio voorbeelden waarbij overheden (indirect) de markt verstoren door de *structurele* subsidies die aan paracommerciële instellingen worden verstrekt.

Resumerend: subsidies kunnen sowieso (indirect) een marktverstorende werking hebben, overheden moeten knippen in subsidies maar stimuleren gesubsidieerde instellingen dan maar om steeds commerciëler te gaan acteren. Daar waar die zelfde subsidiërende overheden dat kunnen faciliteren ze die commerciële activiteiten.

De marktverstoring door structureel gesubsidieerde instellingen neemt dus toe.

In de meeste gevallen is de Wet Markt en Overheid niet van toepassing omdat de gemeente het niet voor het zeggen heeft in het bestuur van de stichting/vereniging en er dus geen sprake is van een *overheidsbedrijf*.

De (Europese) staatssteunregels zijn niet van toepassing omdat er bijna nooit sprake zal zijn van een grensoverschrijdend effect en er dus geen invloed is op de 'interstatelijke handel'.

Kortom, er zijn in Nederland kennelijk helemaal geen regels die beperkingen/voorwaarden stellen aan subsidiërende overheden (voor zover de effecten niet grensoverschrijdend zijn).

De Wet Markt en Overheid lijkt KHN een logische plek om regelgeving vast te leggen met betrekking tot staatssteun (subsidies) die geen grensoverschrijdend effect heeft. Bij de invulling zou bijvoorbeeld een parallel gezocht kunnen worden met de per 1 juli 2015 in werking getreden aanpassingen in de Woningwet waarbij woningcorporaties (vergelijkbaar met gesubsidieerde instellingen) worden verplicht een harde scheiding aan te brengen tussen de activiteiten die voortvloeien uit de wettelijke taak (betaalbare sociale huisvesting) en eventuele commerciële activiteiten. Er worden onder andere eisen gesteld aan scheiding, transparantie, verantwoording en toezicht. Hoe dan ook moet er regelgeving komen die voorkomt dat subsidies marktverstorend werken.

Vanzelfsprekend is KHN desgewenst te allen tijde bereid een nadere toelichting te geven om de hierboven weergegeven standpunten toe te lichten.

Hoogachtend,

J.C. Kant
Hoofd Beleid
Koninklijke Horeca Nederland