

Extern Advies combinatie Paracommerciële en commerciële horecavergunning

Bureau Dorstlessers en Bureau Horeca Bijzondere Wetten (BHBW) hebben in opdracht van DNI (met de toen door DNI beschikbaar gestelde informatie en datgene wat algemeen bekend was) gezamenlijk een onderzoek gedaan naar de vraag: 'wat is het beste horecaconcept, welke organisatiestructuur hoort daarbij en welke soort horecavergunningen zijn daarbij nodig' (rapport is al in uw bezit).

De horeca binnen DNI dient er enerzijds op gericht te zijn de interne service en kwaliteit voor gebruikers, huurders en bezoekers te optimaliseren en anderzijds op een maximale bijdrage aan de haalbaarheid van de totale exploitatie van DNI.

Horeca op de huidige locatie van de Pas werkt op dit moment binnen de kaders, die voor een paracommerciële instelling gelden. De Pas heeft een zogenaamde paracommerciële vergunning.

Het (toenmalige) advies van Dorstlessers en BHBW aan DNI was te kiezen voor een horecaexploitatie met een combinatie van een paracommerciële en een commerciële vergunning. Hiervoor moet DNI een werkmaatschappij oprichten, een besloten vennootschap, die onder door DNI bepaalde statutaire bepalingen en een door DNI opgestelde huurovereenkomst de reguliere horeca kan uitbaten. De opbrengsten van de incurante horeca uren worden vervangen door dienstverlening in de vorm van specifieke horeca arrangementen, waarbij de reguliere horeca gesloten is. Hiervoor wordt een paracommerciële vergunning aangevraagd, omdat dat meer mogelijkheden biedt in de incurante uren voor de commerciële horeca, maar wel zorg draagt voor een goede dienstverlening voor alle gebruikers van DNI. De opbrengt uit de commerciële horeca vloeit uitsluitend terug naar DNI. DNI wordt hierdoor minder afhankelijk van subsidie van de gemeente en dat is in het belang van alle burgers en ondernemers, immers in totaal hoeft minder belastinggeld naar deze instelling. Volgens het toenmalige advies is de discussie over eerlijke mededinging daarmee goed opgelost. Ieder zijn eigen publiek en extra kansen.

In het raadsvoorstel is bij diverse scenario's vermeld dat de invulling voor DNI met een combinatie van een paracommerciële en commerciële vergunning mogelijk in strijd is met de Wet Markt en Overheid en/of staatssteunregels. Hierbij zijn de volgende zaken relevant:

- Het gebouw is sinds 31 augustus eigendom van de gemeente Bernheze. Stichting De Pas betaalt een huurvergoeding voor gebruik van het gebouw. Vanuit de beleidsnota Gemeenschapshuizen is het beleid dat de gemeente de kapitaallasten van de gemeenschapshuizen voor zijn rekening neemt en Stichting De Pas dus een huurvergoeding betaalt, die alleen de exploitatiekosten dekt.
- Vanuit het bovenstaand perspectief zal de gemeente ook de totale investeringskosten voor de verbouwing van het pand voor zijn rekening nemen (betreft kapitaalslasten). Deze kosten zullen dus niet in de toekomstige huurovereenkomst worden meegenomen.
- Afhankelijk van de keuze van het scenario blijft in de toekomst mogelijk sprake van een structurele subsidie op de exploitatie van de Stichting.
- Stichting De Pas heeft door de verkoop van de appartementsrechten een bedrag van € 885.360,- ontvangen. Na aftrek van de kosten (afbetaling Svn-lening en achterstand voorschot VVE) resteert een bedrag van € 556.750.

Om een antwoord te krijgen op deze vraag hebben we de situatie voorgelegd bij diverse adviseurs.

A. EFK Belastingadviseurs

EFK Belastingadviseurs heeft ten tijde van de bouw en oplevering van het Nesterlé-gebouw geadviseerd in de BTW-belastbaarheid van de diverse ruimtes in het gebouw en is dus bekend met de situatie van de gemeenschapshuizen in Bernheze.

Hun antwoord op de vraag van de toelaatbaarheid van commerciële horeca betreft:

- Omdat de gemeente het gebouw verhuurt aan DNI voor een huurvergoeding die alleen de exploitatielasten dekt (dit is afgedekt met een Algemeen-belang-besluit voor de gemeenschapshuizen) heeft DNI een huurvoordeel. Als DNI dit huurvoordeel ten goede laat komen aan de Horeca-BV, dan betekent dat in feite dat de gemeente er de oorzaak van is dat een commerciële horeca-exploitant (dankzij de gemeente) niet de integrale huurprijs betaalt voor de door hem gebruikte locatie. Dit levert strijd op met doel en strekking van de Wet Markt en Overheid.
- Ook de variant, waarin de gemeente aan DNI de verplichting oplegt een van te voren bepaalde minimale huurvergoeding aan de BV door te berekenen, acht hij niet raadzaam. Doordat de verhuur aan DNI onder een algemeen-belang-besluit is gebracht zal de gemeente aan concurrerende horeca-ondernemers moeten uitleggen hoe de structuur in elkaar zit en dat de gemeente meent dat strijd met de mededingingswet is uitgesloten. De autoriteit Consument en Markt zal deze structuur toch willen onderzoeken.
- Een mogelijkheid vanuit het perspectief van de Wet Markt en Overheid is dat de gemeente de horecagelegenheid op de uren dat de Horeca-BV daarvan gebruik wil maken, rechtstreeks tegen minimaal de integrale kostprijs verhuurt aan de horeca-BV. Er dient dan nog wel onderzocht te worden of het niet in strijd is met andere regelgeving als een gemeente een stichting (DNI) subsidieert, die aandelen houdt in een commercieel opererende BV. Bovendien is het de vraag of het wenselijk is dat de gemeente direct verhuurt aan een commerciële horeca-partij, daar ligt geen primaire taak van de gemeente.

B. PentaRho

De vraag is ook gesteld aan PentaRho, een landelijk opererend adviesbureau op het gebied van Ruimte, Huisvesting, Organisatieontwikkeling en financiering. Zij zijn o.a. actief binnen de onderwijshuisvesting en multifunctionele accommodaties (MFA).

PentaRho heeft ons geadviseerd in de onderbouwing van de exploitatiebegroting van scenario 3. Zij hebben ook meegedacht in de vraag naar verhuur, eventuele subsidie en verbouw voor DNI in combinatie met zowel een commerciële als een paracommerciële vergunning. Deze combinatie is volgens hen in principe mogelijk, als de BV met alle werknemers uit de organisatie van DNI wordt gelicht. De Horeca-BV dient een pacht te betalen aan DNI, gebaseerd op een integrale kostprijs.

Zowel EFK als PentaRho hebben aangegeven dat de constructie van een commerciële vergunning voor een Horeca-BV, die onderverhuurt bij DNI, die op zijn beurt (indirect) subsidie ontvangt van de gemeente (d.m.v. investering in een verbouwing en/of een subsidie voor een exploitatietekort) zeer tricky is. Het is een constructie op het randje van de wet, die vraagt om een duidelijke afstemming met de plaatselijke horeca, omdat de kans groot is dat zij bezwaar zullen maken. De gemeente zal dan met goede argumenten moeten komen, wat erg lastig is. Er zijn wel voorbeelden in het land beschikbaar van een vergelijkbare situatie, maar deze leveren over het algemeen veel discussie en gedoe op.

C. Koninklijke Horeca Nederland

De Koninklijke Horeca Nederland heeft op haar website en in een Position Paper (zie bijlage) duidelijk haar mening verwoord over de constructie met een Horeca BV binnen een gemeenschapshuis.

Belangrijkste punten van de website en uit de Position Paper zijn:

Paracommercie is de verzamelterm voor horeca-activiteiten die plaatsvinden in paracommerciële instellingen. Paracommerciële instellingen zijn niet-commerciële 'rechtspersonen' zoals stichtingen of verenigingen die zich in de eerste plaats richten op het stimuleren van activiteiten van recreatieve, sportieve, sociaal-culturele, educatieve, levensbeschouwelijke of godsdienstige aard. Horeca-activiteiten behoren dus niet tot de core-business.

De hoofdactiviteit van paracommerciële instellingen is dus nooit horeca; horeca wordt 'erbij' gedaan. Omdat deze instellingen profiteren van oneerlijke concurrentievoordelen (subsidies, vrijwilligers of een speciaal fiscaal regime) zijn gemeenten op basis van de Drank- en Horecawet verplicht om de horeca-activiteiten van dit type instellingen aan banden te leggen via de Paracommerciële Verordening. Via zo'n verordening worden de horeca-activiteiten van deze instellingen ingeperkt, met name de schenktijden en de zogenaamde 'feesten van persoonlijke aard', zodat de reguliere horeca geen oneerlijke concurrentie ondervindt van dit type organisaties. Voorbeelden van paracommercie zijn sportkantines, cultuurcentra en poppodia.

Wat vindt KHN?

Op dit moment biedt de huidige wet onvoldoende bescherming voor horecaondernemers tegen oneerlijke concurrentie. Vaak vallen de beperkingen die in de Paracommerciële Verordening zijn vastgelegd erg 'mee' (tijden dat er alcohol mag worden geschonken, aantal feesten en partijen dat mag worden gehouden en door wie) en wordt er nauwelijks door de gemeente gecontroleerd of de instellingen zich ook hieraan houden. Hier komt bij dat de lokale gemeentebestuurders een (persoonlijke) relatie kunnen hebben met bijvoorbeeld de sportclub. Daarnaast hebben gemeenten, die de afgelopen jaren hun inkomsten hebben zien teruglopen en dus de subsidiekraan moeten dichtdraaien, er belang bij dat de vereniging haar eigen broek kan ophouden.

Horeca-bv

In de praktijk zien we ook dat de wet wordt 'omzeild' met horeca-bv's. In zo'n bv, 100% dochter van de stichting of vereniging, worden de horeca-activiteiten ondergebracht zodat de beperkingen van de verordening niet meer van toepassing zijn. Dit is ook gunstig voor gemeenten. De bv is commercieel actief en profiteert tegelijkertijd van de faciliteiten en subsidies van de stichting of vereniging. Mocht het financieel alsnog niet uitkomen dan zal in de praktijk de gemeente altijd bijspringen. In zo'n geval heb je dus volledige concurrentie met de reguliere horeca door 'bedrijven' die feitelijk geen enkel ondernemersrisico lopen. De Wet Markt

en Overheid die moet voorkomen dat overheden het bedrijfsleven oneerlijk beconcurreren is hier niet van toepassing. Het is immers niet de overheid die onderneemt maar een gesubsidieerde instelling.

Landelijke Alcoholwet

Om misbruik te voorkomen vindt KHN dat paracommercie het beste centraal in een landelijke Alcoholwet geregeld kan worden. Ook moet de Drank- en Horecawet zodanig worden aangepast zodat het horeca-bv trucje niet meer kan worden ingezet. Gesubsidieerde instellingen moeten gedwongen worden een keuze te maken: of subsidie ontvangen maar dan geen commerciële activiteiten ontplooiën binnen een bv, of commercieel concurreren met de horeca maar dan ook geen subsidie.

Wat kunt jij doen?

Vermoed je een geval van oneerlijke concurrentie door een paracommerciële instelling? Neem dan contact op met jouw lokale KHN-bestuur. Zij kunnen controleren of jouw vermoeden klopt, en contact opnemen met de gemeente. Je kunt ook zelf een handhavingverzoek indienen.

De mening van de KHN wordt onderschreven door de plaatselijke afdeling, de KHN Bernheze. De afgelopen maanden zijn er twee bestuurlijke overleggen geweest, waarin de wethouder de mening van de KHN Bernheze heeft gepolst. Na het laatste overleg hebben zij hun visie op de situatie rondom DNI schriftelijk kenbaar gemaakt. Voor de brief, zie bijlage 3.

In de brief onderstrepen zij het standpunt dat zij het niet eens zijn met een constructie met een BV met commerciële vergunning onder een stichting met paracommerciële horeca. Dit is volgens hen niet transparant.

KHN Bernheze is niet tegen horeca bij De Pas, zelfs niet tegen een commerciële horeca-vergunning, als de horeca maar altijd ondersteunend is aan de activiteiten van DNI. Een gelijk speelveld voor de invulling van de horeca voor alle horeca in Heesch en dus ook voor DNI is in hun ogen een must.

KHN Bernheze vindt constructief overleg tussen DNI en de lokale horeca-ondernemers belangrijk. Met 'VOF evenementen Heesch als goed voorbeeld. Leven en laten leven, biedt samenwerking met lokale ondernemers aan om leefbaarheid verder te vergroten en creatieve ideeën een kans te bieden. Het is met de juiste instelling zeker mogelijk.

D. BHBW

Bureau Horeca Bijzondere Wetten (BHBW) adviseert o.a. over regelgeving, beleid en juridische kader APV en bijzondere wetten. Zij hebben de gemeente Bernheze in het verleden al vaker geadviseerd over vraagstukken rondom de paracommerciële verordening en ook paracommerciële versus commerciële horeca, met name voor DNI en onze andere gemeenschapshuizen.

BHBW heeft eerder, met de informatie van DNI toen, samen met De Dorstlessers het advies opgesteld voor DNI over de keuze in de horecabedrijfsvoering en de bijbehorende vergunningen.

Om de vraag van de Raad te beantwoorden heeft Peter Roumen van BHBW zeer recent nog een toelichting gegeven op het advies voor de invulling van de horeca bij DNI en de algemene mogelijkheden, die de wet biedt. Er zijn meerdere varianten mogelijk om een MFA naar tevredenheid te laten voortbestaan.

Invulling commerciële horeca vergunning

In het adviesrapport wordt gesproken over een combinatie van een commerciële en paracommerciële vergunning. De commerciële vergunning is gebaseerd op de mogelijkheden, zoals staan beschreven in het bestemmingsplan. BHBW heeft hiervoor de bestemmingscheck uitgevoerd (zie bijlage 4).

Het perceel van Cultureel Centrum de Pas, gelegen aan de Misse 4, heeft op basis van het bestemmingsplan Centrum Heesch de enkelbestemming 'Centrum – 1'. Dit geldt ook voor de naastgelegen bibliotheek

Binnen de doeleinden van de bestemming Centrum – 1 worden de volgende activiteiten toegelaten:

De gronden zijn – voor zover relevant - bestemd voor hoofdgebouwen ten behoeve van:

- *Detailhandel*
- *Horecabedrijven: lichte horeca;*
- *Dienstverlening, kantoor en maatschappelijke voorzieningen;*
- *Bedrijfsvormen die hierboven niet worden genoemd, uitsluitend voor zover zij voorkomen in categorie 1, van de bij de regels van het bestemmingsplan behorende Staat van Bedrijfsactiviteiten, of daaraan gelijk te stellen zijn*

Onder lichte horeca wordt verstaan: een bedrijf waar hoofdzakelijk overdag dranken en/of etenswaren worden verstrekt aan bezoekers van andere functies als centrumvoorzieningen en dagrecreatie, zoals theehuisjes, ijssalons, croissanterieën, dagcafés, dagrestaurants en naar de aard en openingstijden daarmee gelijk te stellen bedrijven. In de regels wordt expliciet horeca in de categorie middelzwaar en zware horeca als strijdig gebruik genoemd.

DNI wenst nu deels commercieel en deels paracommercieel qua vergunning en dus ook qua bestemming, al zal het grotendeels ondersteunend zijn aan de huiskamerfunctie.

Ondersteunende horeca valt zoals omschreven onder 'lichte horeca' en zal dus passend zijn.

Conclusie uit de bestemmingscheck:

Op basis van een eerste check zouden de ons bekende en aangereikte wenselijke activiteiten moeten passen binnen de doeleinden van de ter plaatse van 'de Pas' vigerende bestemming "Centrum – 1". Voor het aspect horeca wordt nadrukkelijk opgemerkt dat uitsluitend 'lichte horeca' is toegestaan.

Kortom, als in de nieuwe situatie DNI een commerciële vergunning aanvraagt en de gemeente deze ook verstrekt, mag DNI op basis van het huidige bestemmingsplan alleen lichte horeca uitvoeren. De lokale horeca hoeft dus niet bang te zijn dat DNI met de verkregen vergunning allerlei grote evenementen kan organiseren met bijbehorende winst.

Aangezien de gemeente eigenaar is van het gebouw kunnen aan DNI via het huurcontract ook nog aanvullende eisen worden opgelegd met betrekking tot de horeca. Onderdeel hiervan zou kunnen zijn dat alleen toestemming wordt gegeven voor onderhuur van ruimte aan een horeca-BV als zij in overleg treden met de lokale horeca over de invulling van deze vergunning.

Zoals hierboven al beschreven blijft in deze vorm wel het gevoel bestaan dat het moeilijk is de hoogte van een huurbedrag te berekenen op basis van integrale kostprijs en dat de gemeente indirect subsidie verleent aan DNI als verhuurder naar de horeca-BV toe. Door goede afspraken en een adequate toets van de vergunningsaanvraag is dit risico wel te beperken of zelfs uit te

sluiten (waarbij de belanghebbenden bezwaar kunnen maken en hun zienswijze kunnen inbrengen in een verweer en het bevoegd orgaan om heroverweging vragen). Volgens BHBW moet in deze variant daarom rekening worden gehouden met een afbreukrisico.

Mogelijkheden binnen de paracommerciële vergunning

BHBW heeft aangegeven dat er nog een oplossing is om DNI uitbreiding van horeca-activiteiten te geven, zonder dat sprake is van een commerciële vergunning.

DNI blijft zijn activiteiten uitvoeren met alleen een paracommerciële horecavergunning, maar de mogelijkheden voor activiteiten waarbij alcohol wordt geschonken worden uitgebreid door aanpassing van de APV en/of het ontheffingenregime. In de APV staan nu de volgende regels omschreven:

- a. Paracommerciële rechtspersonen, met uitzondering van die genoemd in lid 2, mogen alcoholhoudende drank uitsluitend verstrekken gedurende de periode beginnende met één uur voor aanvang en eindigende met twee uur na beëindiging van activiteiten die passen binnen de statutaire doelomschrijving van de paracommerciële rechtspersoon, maar niet voor 12:00 uur en niet later dan 1:00 uur.
- b. Paracommerciële rechtspersonen mogen maximaal zes keer per jaar tijdens gelegenheden- alcoholhoudende drank verstrekken buiten de genoemde schenktijden. De in het vierde lid benoemde gelegenheden moeten uiterlijk drie weken voor aanvang bij de burgemeester worden gemeld.
- c. Paracommerciële rechtspersonen verstrekken geen alcoholhoudende drank tijdens bijeenkomsten van persoonlijke aard en bijeenkomsten die gericht zijn op personen die niet of niet rechtstreeks bij de activiteiten van de desbetreffende rechtspersoon betrokken zijn. De burgemeester kan op aanvraag ontheffing verlenen van het in lid 1 gestelde verbod. Aan deze ontheffing kunnen voorschriften en beperkingen worden verbonden.

Door in de APV het aantal keren, dat een paracommerciële rechtspersoon mag afwijken van de genoemde schenktijden, te verhogen of DNI zelfs een apart regime te bieden in de APV, ontstaan voor de rechtspersoon, in dit geval DNI meer mogelijkheden om activiteiten met ondersteunende horeca uit te voeren.

Belangrijk hierbij is dat er goede afspraken worden gemaakt met de plaatselijke horeca, bij voorkeur is hierover tussen alle partijen consensus. In de aanloop naar een wijziging van de APV toe, zouden DNI samen met alle horeca-partijen uit Heesch (en mogelijk zelfs uit de gehele gemeente) en de gemeente overleg moeten voeren om uiteindelijk tot een gezamenlijke invulling / wijziging van de APV te komen.

In het verleden heeft de lokale horeca in overleg met Stichting De Pas gewerkt met een Horeca-convenant, met als doel afspraken te maken over activiteiten en evenementen, die aan de paracommerciële partij worden gegund. De lokale horeca ziet daar ook in de toekomst wel weer mogelijkheden voor. Zo'n convenant kan ondersteunend werken aan het krijgen van draagvlak voor aanpassing van de APV. Deze oplossing wordt ook genoemd in de KHN Position Paper.

Het is mogelijk om in de APV onderscheid te maken tussen de verschillende gemeenschapshuizen voor het toegestane aantal activiteiten. Als de gemeente van mening is dat DNI een andere status heeft dan de gemeenschapshuizen in de andere kernen, dan kan dit op deze wijze worden verwerkt.

Als voor deze variant wordt gekozen is het in de toekomst ook mogelijk om de gemeenschapshuizen in de andere kernen uitbreiding van privileges te geven. Er dient dan ook in de andere kernen overleg plaats te vinden met de plaatselijke horeca. Een voorbeeld van een dergelijk fijnmazig maatwerk in de APV is de gemeente Venray. Maar ook daar is naast het theater het theatercafé vergund met een commerciële vergunning waarover veelvuldig is gedebatteerd.

Bijlagen:

- KHN Position Paper Paracommercie
- Brief KHN Afdeling Heesch
- Bestemmingscheck De Pas DHDW