

Toetsingskader borgstellingen Stad Gent en OCMW Gent

Inleiding De Stad Gent krijgt regelmatig de vraag om borg te staan voor leningen (kredieten) aangegaan door rechtspersonen die verbonden zijn met de stad, door verenigingen of ondernemingen.

Op 24 januari 2011 keurde de gemeenteraad het 'toetsingskader borgstellingen stad Gent' goed.

Met de integratie van Stad Gent en OCMW Gent is er nood aan een gemeenschappelijk kader voor het behandelen van dergelijke aanvragen en het verlenen van (stads)waarborgen.

De borgstellingen die worden verleend nemen de vorm aan van een borgtocht, dit is een persoonlijk zekerheidsrecht.

Voor de betekenis van enkele gebruikte juridische begrippen wordt verwezen naar de verklarende woordenlijst bij deze nota.

Gevolgen van een waarborg

Gevolgen voor Stad Gent/OCMW Gent:

Door zich borg te stellen, neemt de Stad, resp. het OCMW, de door een derde aangegane financiële verbintenissen over indien deze ze zelf niet nakomt. Een borgstelling wordt als een ernstige verbintenis beschouwd, en mag dus niet ondoordacht verleend worden.

De borgstelling heeft doorgaans betrekking op een lening (krediet). Door zich borg te stellen, verbindt de Stad, resp. het OCMW, er zich tegenover een financiële instelling (de schuldeiser) toe om, in het geval diens schuldenaar na vervaldag zijn verplichtingen niet is nagekomen, de verschuldigde sommen (kapitaal, intresten en kosten van laattijdige betaling) te betalen aan de betrokken financiële instelling.

De meeste kredietovereenkomsten voorzien een clause waarbij de openstaande hoofdsom integraal en onmiddellijk opeisbaar wordt op het ogenblik dat de schuldeiser zijn betalingsverplichting niet is nagekomen. Door het geven van een waarborg kan de kredietinstelling in dergelijk geval de volledige openstaande hoofdsom onmiddellijk terugvorderen van de Stad, resp. het OCMW. De mogelijke budgettaire implicaties zijn dus groot. Bovendien kan niet steeds het risico op uitwinning ingeschat worden.

Gevolgen voor de begunstigde:

Indien een overheidsinstelling een lening waarborgt, dan bekomt de begunstigde een lagere financieringskost. In bepaalde gevallen weigeren kredietinstellingen een krediet aan derden toe te staan, zonder een borgstelling van een openbaar bestuur.

Gevolgen voor de financiële instelling:

Kredietinstellingen moeten zich kapitaliseren in functie van de risicowaarde van hun handelsportefeuille (de zgn. 'cooke'-ratio). Hoe groter de risicowaarde, hoe meer eigen vermogen de kredietinstellingen moeten aanhouden, derhalve, hoe groter hun financieringskost. Teneinde het risico van hun vorderingen zo laag mogelijk te houden, dringen kredietinstellingen erop aan om bij voorkeur borgstellingen van overheden te bekomen. Immers een krediet dat door een overheid wordt gewaarborgd, wordt als een veel lager risico ingeschat.

Anderzijds kunnen financiële instellingen, bij het beoordelen van de kredietwaardigheid van een openbaar bestuur, ook rekening houden met de balansrubriek "*Niet in de balans opgenomen rechten en verplichtingen*", waaronder de verleende waarborgen vallen.

Een verzwaring van de verbintenissen opgenomen onder deze rubriek kan derhalve een negatief effect hebben op de rentevoet die de Stad, resp. het OCMW, zal betalen op leningen die ze zelf bij kredietinstellingen aangaat. Het verstrekken van waarborgen houdt ook hier potentieel budgettaire implicaties in.

Toetsing aan de wetgeving staatssteun

In deze context kan in bepaalde gevallen het principiële verbod op staatssteun spelen.

Artikel 107 van het Verdrag van 25 maart 1957 betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen artikel 87) stelt in 1.: "Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorziet, zijn steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de Lid-staten ongunstig beïnvloedt."

De Europese Commissie heeft in een Mededeling Nr. 2016/C 262/01 de sleutelbegrippen met betrekking tot het begrip „staatssteun” verduidelijkt.

Het begrip "onderneming" gaat verder dan een commercieel bedrijf dat op winst gericht is. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dient een onderneming te worden omschreven als "elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm en de wijze waarop ze wordt gefinancierd". Een winsttoegmerk is dus niet noodzakelijk.

Een economische activiteit wordt gedefinieerd "iedere activiteit die erin bestaat goederen of diensten op een markt aan te bieden" .. Zo kunnen ook gezondheidsinstellingen, profsportclubs, vzw's, stichtingen, en zelfs kerken....als een onderneming worden aangemerkt. De staatssteunregels kunnen eveneens van toepassing zijn op openbare ondernemingen en de producties daarvan.

Overheidsgaranties kunnen een vorm van staatssteun uitmaken, als hierdoor aan de begunstigde ervan een niet-marktconform voordeel wordt toegekend.

Uitzonderingen:

Er gelden een aantal uitzonderingen op het verbod van staatssteun, waaronder:

- steun aan ondernemingen ten behoeve van een dienst van algemeen economisch belang, waarvoor een *DAEB de-minimis* Verordening werd uitgevaardigd (*Europese Verordening Nr. 360/2012 van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen*).
Voor deze ondernemingen mag het totale bedrag aan steun niet hoger liggen dan 500.000 euro over een periode van drie belastingsjaren.
- “*de minimis*” steun waarvoor een “*de minimis* Verordening werd uitgevaardigd (*Europese Verordening Nr. 1407/2013 van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun*).
Het totale bedrag aan de-minimissteun dat per lidstaat aan één onderneming wordt verleend, ligt niet hoger dan 200.000 euro over een periode van drie belastingjaren.

Indien staatssteun onrechtmatig is verleend en de Europese Commissie bijgevolg van oordeel is dat de steun onverenigbaar is met het EG-Verdrag, verplicht zij de lidstaat de steun inclusief rente terug te vorderen bij de begunstigde onderneming. Dit gebeurt via de nationale rechtbanken/procedures van de lidstaat.

Ingeval de steun uitging van de decentrale overheid zal de centrale overheid de verplichting tot terugvordering doorgeven aan de betrokken decentrale overheid.

De wetgeving en rechtspraak rond staatssteun zijn complex en voortdurend onderhevig aan wijzigingen. Vandaar dat een grondige toetsing van elke aanvraag tot waarborg aan deze criteria belangrijk is.

Categorieën Bij het toekennen van een borgtocht dient de Stad resp. het OCMW, als openbaar bestuur, het gelijkheidsbeginsel te hanteren. Het is dan ook aangewezen te bepalen voor welke categorieën van derden de Stad resp. het OCMW zich eventueel wil/kan borg stellen.

Op basis van de in het verleden ingediende dossiers, en rekening houdend met het criterium “band met de Stad Gent en/of OCMW Gent” en het gemeentelijk belang, komen de hierna sub 1 tot en met 5 vermelde categorieën van derden principieel in aanmerking voor een borgstelling:

1° OCMW Gent en Algemeen Ziekenhuis Jan Palfijn Gent (autonome verzorgingsinstelling)

De Stad is wettelijk verplicht de tekorten van het OCMW en het openbaar ziekenhuis te dekken. Het is dan ook te verantwoorden dat de Stad zich borg stelt voor kredieten aangegaan door het OCMW Gent, en dat zowel de Stad Gent als het OCMW Gent zich borg stellen voor kredieten aangegaan door het A.Z. Jan Palfijn Gent.

2° Autonome gemeentebedrijven

De autonome bedrijven liggen in het verlengstuk van het stedelijk beleid en behartigen opdrachten van gemeentelijk belang, zoals bepaald in het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur.

Ook voor de autonome gemeentebedrijven lijkt het te verantwoorden dat de Stad zich borg stelt, voor zover er een rechtstreeks verband bestaat tussen de Stad en het project waarvoor een lening met waarborg wordt gevraagd.

3° Extern Verzelfstandigde Agentschappen in privaatrechtelijke vorm

Ook de taken van extern verzelfstandigde agentschappen in privaatrechtelijke vorm liggen in het verlengstuk van het stedelijk beleid. Zij behartigen tevens taken van gemeentelijk belang, zoals bepaald in het decreet over het lokaal bestuur. Dezelfde redenering als hierboven vermeld voor autonome gemeentebedrijven kan hier spelen.

4° Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en welzijnsverenigingen

De taken van intergemeentelijke samenwerkingen (opdrachthoudende en dienstverlenende verenigingen) liggen in het verlengstuk van het stedelijk beleid, met het belangrijke onderscheid dat er ook meerdere partners in het intergemeentelijk samenwerkingsverband betrokken zijn, waardoor de financiële band anders ligt.

Een analoge regeling geldt voor welzijnsverenigingen die taken uitvoeren die in het verlengstuk liggen van de maatschappelijke dienstverlening.

Enkel indien er een rechtstreeks verband bestaat tussen de gevraagde borgstelling en het stedelijk belang van de Stad, zal de aanvraag verder onderzocht worden.

Indien er ook andere deelnemers of vennoten bij een project, waarvoor een stadswaarborg gevraagd wordt, betrokken zijn, zullen ook deze deelnemers of vennoten een waarborg moeten verlenen, in dezelfde verhouding als het voordeel die elk van de betrokkenen rechtstreeks of onrechtstreeks uit de borgstelling haalt.

5° Samenwerkingsverbanden met de private sector

In het kader van een publiek-private samenwerking (PPS) of een ander samenwerkingsovereenkomst met een private partner kan een stadswaarborg voor een financiering aan de orde zijn.

De regels inzake staatssteun dienen hier extra nauwgezet onderzocht te worden. Door het verlenen van waarborgen kunnen immers mededinging versturende voordelen toegekend worden, die de begunstigde ervan bij normale marktomstandigheden niet zou ontvangen.

Wanneer de hier bedoelde samenwerking zijn oorsprong vindt in een marktbevraging/overheidsopdracht/concessie zal de mogelijkheid tot het verlenen van een waarborg expliciet moeten opgenomen zijn in de marktbevraging/het bestek voor deze opdracht.

6° Andere (rechts)personen

Teneinde niet alleen de inflatie van aanvragen van VZW's te beperken, maar vooral teneinde te vermijden dat er precedentes (in het kader van de gelijkheid) zouden worden gecreëerd, wordt er in principe geen stadswaarborg toegestaan aan andere (rechts)personen dan diegene die hiervoor onder de categorieën 1 tot en met 5 zijn opgesomd.

In uitzonderlijke omstandigheden kan hierop mits grondige motivering worden

afgeweken. Ook hier met bijzondere aandacht voor de regels inzake staatssteun.

Procedure In elk geval maakt de aanvrager van een waarborg een dossier op dat de volgende elementen bevat:

- Beschrijving van de investering (indien het om een actief gaat) of het project. Deze maakt ten minste melding van de prijs, aard, vestiging, planning van de eventuele werkzaamheden (voorzien startdatum en einddatum).
- Kopie van de statuten van de vereniging/onderneming (enkel voor voornoemde categorie 5 en 6).
- Kopie van de jaarrekening van de afgelopen drie jaar van de vereniging/onderneming (enkel voor voornoemde categorie 5 en 6).
- De studie waaruit de haalbaarheid van het project blijkt (met inbegrip van de impact op het financieel plan van de organisatie).

Dit dossier wordt opgestuurd naar het college van burgemeester en schepenen, resp. het vast bureau, t.a.v. het departement Financiën. Aanvragen om een waarborg dienen onderzocht te worden zowel door voornoemd departement als door de dienst Juridische Zaken en Kennisbeheer. Het onderzoek omvat onder meer een financiële analyse van de jaarrekening, de haalbaarheid van het project en een toetsing aan de wetgeving.

Het dossier zal na dit onderzoek voor principiële akkoord voorgelegd worden aan het college van burgemeester en schepenen, resp. het vast bureau. Daarna kan de aanvrager dit principiële akkoord meenemen in de marktbevraging voor het krediet.

Vervolgens bezorgt de aanvrager aan de Stad, resp. het OCMW:

- Bewijs van voorafgaande marktbevraging voor het onderliggend krediet;
- Kopie van ontwerp van kredietovereenkomst en indien nodig kopie van de algemene voorwaarden van de kredietinstelling.

De aanvraag zal uiteindelijk door het departement Financiën voor goedkeuring voorgelegd worden aan de gemeenteraad, resp. raad voor maatschappelijk welzijn.

Een borgstelling is een administratieve rechtshandeling die gemotiveerd dient te worden.

Uitzonderingen op deze procedure zijn mogelijk voor de categorieën van derden hiervoor opgesomd onder de punten 1 tot en met 4. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat de modaliteiten voor het verlenen van een waarborg ten behoeve van het sogent geregeld worden in een Bijzondere Samenwerkingsovereenkomst.

Bij het begin van elk kalenderjaar (tegen uiterlijk 31 januari) zullen de derden, aan wie de Stad, resp. het OCMW, een waarborg heeft verstrekt, een overzicht bezorgen van de uitstaande schuld per lening, met de eventuele vermelding van het onroerend goed waarop de gewaarborgde lening betrekking heeft, dit met het oog op de opname van de verbintenissen van de Stad, resp. OCMW, in de toelichting bij de balans van het afgelopen jaar.

- Maximale begrenzing waarborg verstrekking**
- Om het maximale bedrag te bepalen waarvoor er waarborgen kunnen verleend worden, worden volgende criteria gehanteerd die moeten gerespecteerd worden door de stad, resp. het OCMW:
- De som van de totale openstaande schuld ten laste van de Stad en het OCMW én het totaal van de door de gemeenteraad en raad voor maatschappelijk welzijn goedgekeurde waarborgen mag nooit hoger zijn dan 100 % van het totaal van de geconsolideerde exploitatie-ontvangsten van de stad en het OCMW Gent.
 - De borgstellingen van de Stad en het OCMW samen mogen maximaal 27,5% van het totaal van de geconsolideerde exploitatie-ontvangsten van de stad en het OCMW Gent bedragen. Deze begrenzing evolueert tegen 2025 naar 20%, dit als volgt: 25% vanaf 2021; 22,5% vanaf 2023 en 20,0% vanaf 2025.
-

- Voorwaarden en richtlijnen voor het verlenen van een waarborg**
1. De duurtijd van de borgstelling kan nooit langer zijn dan de duurtijd van de lening (krediet).
Indien de waarborg betrekking heeft op een actief, dan zal de looptijd van de waarborg nooit de economische levensduur van het onderliggend actief overschrijden.
De begunstigde derde dient de aangekochte vaste activa in goede staat te houden en voldoende te verzekeren.
 2. Naarmate de terugbetaling van de lening (krediet) vordert, dient het nominaal gewaarborgde bedrag van de borgstelling op evenredige wijze af te nemen waardoor het percentage dat wordt gewaarborgd door de tijd heen gelijk blijft.
 3. Verder dient de borgstelling uitdrukkelijk te worden verbonden aan één bepaalde lening (krediet) en desgevallend één bepaald actief. Gemotiveerde uitzonderingen hierop zijn enkel mogelijk voor de categorieën van derden hiervoor opgesomd onder de categorie 1.
 4. Vaak wordt bij borgstellingen “hoofdelijkheid” bedongen. Hoofdelijkheid houdt het keuzerecht in voor de schuldeiser, in casu de kredietgever over de vraag wie in betaling wordt aangesproken.
Het verdient aanbeveling, daar waar mogelijk, geen hoofdelijkheid te laten bedingen.
 5. Bij voorkeur zal er niet ingegaan worden op bijkomende voorwaarden bij de borgstelling die inhouden dat de Stad, resp. het OCMW zou verplicht zijn bepaalde inkomsten op een bepaalde rekening te storten of waarbij de kredietinstelling gemachtigd wordt zelf inhoudingen te doen op een rekening op naam van de Stad, resp. het OCMW, in het geval de derde begunstigde in gebreke zou blijven.
 6. Bij voorkeur zal er niet verzaakt worden aan het voorrecht van uitwinning.
 7. Bij voorkeur wordt er geen clause aanvaard waarbij de borg op een of andere wijze (tijdelijk, geheel of deels) verzaakt aan de uitoefening van zijn regresrecht.

8. Het is aangewezen bij borgstellingen voor aanzienlijke bedragen dat de Stad, resp. het OCMW, ook zelf een zekerheid zou vragen als tegenhanger van haar borgstelling: zo bijvoorbeeld een hypotheek op of hypothecair mandaat voor het betrokken onroerend goed van de derde begunstigde. Dit geldt hoofdzakelijk voor borgstellingen ten behoeve van de categorieën derden hiervoor opgesomd sub 5 en 6.

9. Het voorwerp van de borgstelling dient duidelijk omschreven en afgebakend te worden. Hierbij dient steeds een onderscheid te worden gemaakt tussen kapitaal, intresten en eventueel bijkomende kosten (bijvoorbeeld uitwinningkosten).

10. Er kan enkel worden ingegaan op een vraag tot borgstelling (persoonlijke zekerheid). In géén geval verleent de Stad, resp. het OCMW, zakelijke zekerheden.

Verklarende woordenlijst

Zakelijke of Persoonlijke Zekerheid

Persoonlijke zekerheid: aan de debiteur wordt een bijkomende schuldenaar toegevoegd (bv. borgtocht) zodat de schuldeiser zijn aanspraken kan doen gelden op een ander vermogen dan dat van de eerste schuldenaar

Zakelijke zekerheid: de schuldeiser krijgt exclusieve rechten op bepaalde bestanddelen van het vermogen van de debiteur of borg (bv. hypotheek op een onroerend goed)

Borgstelling = Borgtocht

Overeenkomst waarbij een derde, de borg, zich jegens een ander, de schuldeiser, verbindt tot betaling van één of meer schulden van diens schuldenaar, voor het geval deze zijn verbintenissen niet zelf nakomt.

De borgtocht veronderstelt dus drie partijen: de borg waarborgt, met geheel zijn vermogen, de schuldvordering(en) die de schuldeiser jegens de schuldenaar heeft. De borgtocht is in beginsel een eenzijdig contract, die enkel verbintenissen creëert aan de zijde van de borg. De schuldeiser zelf neemt in beginsel geen enkele verplichting op zich, hij beperkt er zich toe de verbintenis van de borg te aanvaarden.

Er bestaan echter verschillende types borgstelling, de ene houdt meer risico in dan de andere (zie hierna).

Gewone borgstelling: de schuldeiser dient zijn aanspraken eerst te doen gelden lastens de schuldenaar. Pas wanneer dit niet mogelijk blijkt wordt subsidiair de borg aangesproken.

Solidaire of hoofdelijke borgstelling: de schuldenaar en de borg staan op gelijke voet, de schuldeiser kan zowel de hoofdschuldenaar als de borg aanspreken voor het recupereren van de volledige som.

Hypotheek: vorm van zakelijke zekerheid waarbij een onroerend goed als waarborg wordt gegeven met het oog op de terugbetaling van een lening. De schuldenaar kan het goed tijdens de looptijd van de lening blijven gebruiken. Hij kan het echter niet vervreemden zonder toestemming van de hypothecaire schuldeiser. In geval van terugbetalingsproblemen kan de schuldeiser de hypotheek uitvoeren door verkoop van het onroerend goed. De hypotheekstelling gebeurt altijd middels een authentieke akte.

Hypothecaire volmacht = Hypothecair mandaat: de schuldenaar verleent aan zijn schuldeiser een volmacht om een hypotheek te nemen op zijn onroerend goed op het tijdstip dat de schuldeiser dit nodig zou achten. De hypothecaire volmacht wordt altijd verleend middels een authentieke akte.

Uitwinning: een vordering verhalen op het vermogen van de schuldenaar of op de borg.

Voorrecht van uitwinning: dit betekent dat wanneer de oorspronkelijke schuldenaar zijn terugbetalingen stopzet, de borgsteller die gevraagd wordt om de betaling over te nemen, aan de schuldeiser kan vragen zich eerst tot de oorspronkelijke schuldenaar te wenden om terugbetaling te bekomen van de verschuldigde bedragen (tenuitvoerlegging op diens vermogen). Doorgaans wordt een afstand van

dit voorrecht bedongen of wordt er voorzien in hoofdelijkheid.

Regresrecht: de borg die de schuld van de oorspronkelijke schuldenaar heeft betaald, treedt in de plaats van de schuldeisers ten belope van het betaalde bedrag en kan dus terugbetaling vragen van de oorspronkelijke schuldenaar