Toetsing Garantiestelling SBZO

Nota financiele sturing 2019 (Hfst 7 Waarborgen en Garanties)
Evaluatie/toetsing Garantstelling
20 januari 2022

Hieronder volgt een uiteenzetting van de kaders welke zijn vastgelegd in de Nota financiële sturing 2019 (in zwart). In blauw wordt een toelichting op het betreffende punt gegeven, zodat overzichtelijk wordt weergegeven op welke punten de garantiestelling ten behoeve van SBZO is getoetst en beoordeeld.

Onderstaande punten zijn hoofdzakelijk aandachtspunten en risico's vanuit juridisch perspectief. Hiervoor is advies gevraagd aan een externe partij (La Gro Geelkerken advocaten). De toelichting met betrekking tot deze onderdelen zijn daarom grotendeels gebaseerd op de Memo van La Gro Geelkerken Advocaten (door Pieter van der Oord, dd 14 oktober 2021). Als hieronder naar de memo wordt verwezen dan wordt dit aangegeven met 'La Gro'. [tussen rechte haken wordt verwezen naar het betreffende onderdeel in de memo van La Gro]

Waarborgen en Garanties

Inleiding
Het instrument gemeentegaranties wordt door de gemeente Oudewater gehanteerd om rechtspersonen in Oudewater te ondersteunen hun doelstellingen te verwezenlijken. Het doel waarvoor dit instrument wordt gebruikt moet passen binnen het gemeentelijk beleid uit hoofde van de publieke taak en het algemeen belang. Dit hoofdstuk beschrijft het wettelijk kader en de toetsingskader en spelregels voor het verlenen van een garantie en hoe het college de bevoegdheid tot het verlenen van gemeentegaranties invult.

Het doel past als volgt binnen het gemeentelijk beleid:

Publieke taak: Wat onder een publieke taak valt is niet juridisch vastgelegd.
Dit begrip wordt veelvuldig gebruikt. Ook binnen wetteksten, zoals hieronder in de Nota terug zullen komen.

Het is geen publieke taak om een zwembad in Oudewater te faciliteren en/of een garantstelling voor een lening te verstrekken *in de zin van* de gemeente is niet wettelijk verplicht een zwembad te laten bouwen of te laten onderhouden (zoals er wel wettelijke verplichtingen zijn ten aanzien van het vastgoed van onderwijs). Door afspraken te maken met partijen kan het wel een publieke taak worden. De garantstelling van de lening wordt daarom in onderstaande wetsartikelen als een publieke taak gezien.

Algemeen belang: Het begrip algemeen belang is niet in de wet gedefinieerd.
Een plaatselijk zwembad heeft een openbaar karakter en de stichting heeft geen winstoogmerk. De gemeente verstrekt een eenmalige subsidie en zal voor het beheer in een deel van de exploitatie lasten voorzien, tegen een jaarlijks vastgesteld bedrag (< 50% van de totale exploitatiekosten). Bijkomende kosten zijn voor rekening en risico van SBZO.

De raad beslist of bovengenoemde subsidies worden verstrekt. Omdat deze subsidies onvoldoende toereikend zijn is er een aanvullende lening nodig, waarvoor de gemeente garant zal staan.

Wettelijk kader
De wetgever heeft in verschillende wetten, kaders en voorschriften aangegeven waaraan de afgifte van een gemeentegarantie moet voldoen. Hieronder volgt een opsomming van de relevante regelgeving:

- Verdrag Europese gemeenschap (EG verdrag)

Indien de gemeente een garantie afgeeft voor de uitoefening van de publieke taak dient zij rekening te houden met de staatssteunregels van het Verdrag van de Europese Gemeenschap (artikelen 87 lid 1, 88 en 89 EG verdrag).

‘Het is niet aannemelijk dat sprake is van een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer. Het gaat immers om een zwembad dat is gelegen in Oudewater, een sportaccommodatie en plaats die over het algemeen geen grote toeristische aantrekkingskracht hebben op toeristen uit andere lidstaten. Oudewater is ook niet gelegen in een grensgebied. Aannemelijk is dat het zwembad voornamelijk inwoners van Oudewater zal aantrekken, hetgeen thans ook het geval is. Het is tevens onwaarschijnlijk dat het nieuwe zwembad investeringen uit andere lidstaten zal aantrekken. Gelet op het voorgaande leveren de steunmaatregelen dan ook geen staatssteun op. [9.10]’

- Wet Financiering Decentrale Overheden (Wet FIDO)

Artikel 2 lid 1 Wet FIDO geeft aan dat het verstrekken of uitzetten van middelen (waaronder het verstrekken van een gemeentegarantie) uitsluitend is toegestaan indien zij de uitoefening van de publieke taak beoogt. Regelgeving hieromtrent is tevens te vinden in het Besluit leningsvoorwaarden. Tevens wordt in de wet een verbod op vreemde valuta en indexering van de hoofdsom van de te garanderen lening gesteld.

Er vindt uitsluitend jaarlijks een indexering plaats over de exploitatiekosten. Hierin is de rente van de lening opgenomen. Er is geen sprake van een indexering op de hoofdsom van de lening.

- Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Op grond van artikel 4:21 Awb is het verstrekken van een gemeentegarantie een vorm van subsidiëring. De Awb bepaalt dat subsidies slechts verstrekt kunnen worden op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. De artikelen 4:33 en 4:36 Awb regelen dat een subsidie kan worden verleend onder de voorwaarde dat de subsidieontvanger meewerkt aan het sluiten van een overeenkomst ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening.

Uitgaande van een kwalificatie als een concessieopdracht voor diensten, neemt dat niet weg dat rekening dient te worden gehouden met het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid. Daaruit volgt dat concessieopdrachten voor diensten tot €150.000,- enkelvoudig onderhands mogen worden gegund (zie p. 14 inkoop- en aanbestedingsbeleid). Daarboven dient, afhankelijk van de drempelwaarde, meervoudig onderhands en/of nationaal te worden aanbesteed. E.e.a. laat onverlet dat er op grond van de hardheidsclausule een mogelijkheid is om af te wijken van het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid (zie p. 8 inkoop- en aanbestedingsbeleid).[5.8]

Indien en voor zover de gemeente Oudewater ervoor kiest om de bestaande relatie c.q. rechtsverhouding met SBZO naar de toekomst toe – indien het zwembad wordt gerealiseerd – anders vorm te geven (bijvoorbeeld in de vorm van een subsidie) c.q. het dwingende karakter van de exploitatieovereenkomst te ontnemen, zal dit leiden tot een andere beoordeling. Ingeval de bestaande relatie wordt voortgezet, adviseren wij dat specifiek wordt besloten door het college B&W tot afwijking van het inkoop en aanbestedingsbeleid.[5.9]

- Gemeentewet (Gw)

Op grond van artikel 160 lid 1 sub e Gw is het een bevoegdheid van het college om privaatrechtelijke rechts-handelingen te verrichten, zo ook de verstrekking van een gemeentegarantie. Zij heeft de plicht de raad te informeren over besluiten die majeure gevolgen kunnen hebben voor de gemeente. (artikel 169 lid 4 Gw –voorhangprocedure).

Voorafgaand heeft de raad, naar aanleiding van een presentatie door SBZO, op 12 december 2019 de motie Vreemd aan de orde van de dag unaniem aangenomen. In deze presentatie heeft SBZO op 3 december 2019 haar plan gepresenteerd voor nieuwbouw van een binnen- en buitenbad in Oudewater. In de motie wordt verzocht om het initiatief van SBZO verder te onderzoeken en uit te werken en ter besluitvorming voor te leggen aan de gemeenteraad.

Het is een collegebesluit om de garantstelling aan te gaan. De raad kan wensen en bedenkingen meegeven en een positief of negatief advies uitbrengen, maar het college is juridisch gezien niet verplicht zich hieraan te houden. (voorhangprocedure, zie de financiële verordening)

Het is echter zo, dat naast deze garantstelling voor een lening, er een toestemming van de raad nodig is voor de verstrekking van een eenmalige subsidie voor de bouw en een jaarlijkse subsidie voor de exploitatielasten van het zwembad.

Bij de behandeling van de begroting (2022) is met de raad uitgebreid over het nieuwe zwembad gesproken.

De raad is volledig betrokken in de besluitvorming rondom een nieuw zwembad.

- Burgerlijk wetboek (BW)

De afgifte van een gemeentegarantie is een privaatrechtelijke rechtshandeling. Meer in het bijzonder is het een vorm van borgtocht. Artikel 7:850 BW geeft regelgeving omtrent borgtocht. Naast regelgeving van hogere wetgevers heeft de gemeente ook eigen regelgeving:

- Financiële verordening

Het college is voor het verstrekken van gemeentegaranties gebonden aan de voorschriften van de raad. De raad heeft op grond van artikel 212 GW in een verordening regels opgenomen inzake de algemene doelstelling en de te hanteren richtlijnen en limieten van de financieringsfunctie. In artikel 6 onder 4 Financiële verordening is bepaald dat de raad voor garanties boven de € 500.000,- de gelegenheid dient te krijgen om voorafgaand aan het collegebesluit wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen. (voorhangprocedure)

De raad kan wensen en bedenkingen meegeven aan het college en een positief of negatief advies uitbrengen. Het college is echter niet verplicht zich hieraan te houden.

Uitgangspunten

Doel gemeentegarantie
Het doel waarvoor een garantstelling wordt verleend moet passen binnen de regelgeving en het gemeentelijk beleid uit hoofde van de publieke taak.

Waarborgfondsen
Er is een aantal waarborgfondsen waarop een beroep kan worden gedaan om geldleningen te borgen. Waarborgfondsen worden in beginsel gezien als een voorliggende voorziening die er toe leidt dat er geen afgifte van een gemeente garantie plaatsvindt. In Oudewater alleen W.S.W.

Stichting Waarborgfonds is geen mogelijkheid voor een (gedeeltelijke) lening. De looptijd bij het waarborgfonds is beperkt tot 15 jaar en het benodigde lening bedrag is te hoog om volledig door het waarborgfonds te kunnen worden verstrekt. Het wordt een ingewikkelde constructie om een deel van de lening aan te gaan voor een periode van 15 jaar en voorwaarden te creëren om deze op termijn om te kunnen zetten in een aanvullende lening/garantstelling.

Financieel belang gemeente
Naast beleidsmatige belangen is een toetsing aan het financiële belang van de gemeente noodzakelijk.
Het financiële risico, verbonden aan het verlenen van een gemeentegarantie en/of het verstrekken van een geldlening moet voor de gemeente zo laag mogelijk zijn. Het vaststellen van een plafond waarbij een relatie wordt gelegd tussen de omvang van de te garanderen c.q. te verstrekken leningen, de daaraan verbonden risico's en het aanwezige gemeentelijke weerstandsvermogen is daarbij wezenlijk. Het subsidieplafond is aangegeven in de risicoparagraaf van de begroting.

Effecten financiering (op basis van cijfers uit de begroting 2022)

a. Weerstandsvermogen & onbenutte capaciteit

Door het verstrekken van de garantiestelling loopt de gemeente Oudewater het risico dat de geldverstrekker de gemeente Oudewater aanspreekt als SBZO niet aan zijn (financiële) verplichtingen voldoet. Dit risico wordt meegenomen in de risicoanalyse, deze wordt opgenomen in de paragraaf weerstandsvermogen van de begroting en de jaarrekening. Conform de gehanteerde systematiek bedraagt de benodigde weerstandscapaciteit 10% van de hoofdsom van € 2,8 mln. De benodigde weerstandscapaciteit wordt dus verhoogd met € 280.000.

De beschikbare weerstandscapaciteit wordt mede bepaald door de onbenutte belastingcapaciteit. Dit is het verschil tussen het maximale OZB-tarief o.b.v. de artikel 12-norm en het werkelijke OZB-tarief. Als het OZB-tarief stijgt om de toegenomen kosten te dekken, daalt hiermee dus automatisch ook de onbenutte belastingcapaciteit met hetzelfde bedrag en wordt dus ook de beschikbare weerstandscapaciteit lager.

b. Vermogens positie: Schuldquote & solvabiliteit

Met een te verstrekken subsidie van €2,5mio stijgt de schuldquote met 10% door een daling van de eigen middelen (met €2,5mio). De solvabiliteit neemt met ca 5% af door een forse daling in het EV tot het moment dat er opbrengsten van Statenland tegenover komen te staan. Op dit moment beweegt de vermogenspositie rond de nullijn, deze subsidie verslechtert de positie nog verder.

Gemeentegarantie onder voorwaarden

Conclusie
Terughoudend met het verstrekken van het instrument gemeentegaranties. Beperkt gebruiken in Oudewater om rechtspersonen in te ondersteunen hun doelstellingen te verwezenlijken.