

NOTA AAN DE VLAAMSE REGERING

- BETREFT: - ONTWERP VAN BESLUIT VAN DE VLAAMSE REGERING HOUDENDE HET INSTELLEN VAN EEN GEMEENSCHAPSWAARBORG IN HET KADER VAN HET PROJECTSPECIFIEK DBFM-PROGRAMMA.**
- **DEFINITIEVE GOEDKEURING**

1. INHOUDELIJK

1.1 Inleiding

Voorliggend ontwerp van besluit werd uitgewerkt in uitvoering van het decreet van 25 november 2016 betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten (hierna het decreet).

Dit decreet vormt het kader voor de nieuwe DBFM-initiatieven die de Vlaamse Regering deze legislatuur heeft opgestart. Via de DBFM-aanpak plaatsen één of meer inrichtende machten het ontwerp, de bouw, de financiering en het onderhoud van één of meer schoolprojecten (gedurende 30 jaar) in de markt en laten zij de concurrentie spelen op basis van de geboden prijzen gedurende de ganse levensduur van het project ('life cycle cost'). Hiertegenover staat het betalen van een periodieke prestatiegerelateerde beschikbaarheidsvergoeding (eveneens gedurende 30 jaar) vanaf de voorlopige oplevering van het project, waarvan een gedeelte wordt gedekt door een DBFM-toelage. Na 30 jaar worden de opdrachtgevers automatisch en kosteloos eigenaar van de infrastructuur.

In artikel 24 van het decreet is voorzien dat de Vlaamse Regering gemachtigd is om een gemeenschapswaarborg te stellen voor de financiële verbintenissen van de inrichtende machten voortvloeiend uit de DBFM-overeenkomsten afgesloten in het kader van het projectspecifiek DBFM-programma die niet gedekt worden door een DBFM-toelage.

Omdat bij private financiering van infrastructuur de kredietwaardigheid van de overheidspartij die het langetermijncontract afsluit een belangrijke impact kan hebben op de kostprijs van de financiering, werd geopteerd om te voorzien in de mogelijkheid om de financiële verbintenissen van de inrichtende macht onder het DBFM-contract te waarborgen, zoals nu het geval is in het kader van de inhaalbeweging Scholen van Morgen. Het betreft hier in het bijzonder de zogenaamde 'kleine waarborg' of correcter de gemeenschapswaarborg voor de terugbetaling van de overige financiële verplichtingen van de inrichtende machten die voortvloeien uit een

individueel DBFM-contract in het kader van het DBFM-programma Scholen van Morgen en die niet gedekt worden door een DBFM-toelage.

Vermits deze waarborg door de Vlaamse overheid ten behoeve van een andere overheid gegeven wordt, nl. de inrichtende machten, stelt zich hier geen ESR-probleem. De waarborg betreft een soort van doorbetalingsverbintenis vanwege de Vlaamse Gemeenschap. Dergelijke borgstellingen hebben geen ESR-matige impact op de statistische behandeling van de projecten.¹

Krachtens het tweede lid van artikel 24 van het decreet kan de Vlaamse Regering nadere regels vaststellen omtrent de voorwaarden en modaliteiten van deze waarborg. Er werd nadrukkelijk voor geopteerd om de voorwaarden en modaliteiten zoveel als mogelijk te enten op de bestaande regeling voor de 'kleine waarborg' in het DBFM-programma Scholen van Morgen.

1.2 Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1 bevat de definities van de in het besluit gebruikte begrippen.

Artikel 2 regelt het toepassingsgebied van de gemeenschapswaarborg. De gemeenschapswaarborg wordt, te rekenen vanaf de beschikbaarheidsdatum en tijdens de dertigjarige beschikbaarheidstermijn onder een betreffende DBFM-overeenkomst verleend aan de projectvennootschap voor de betaling door de inrichtende macht van haar gewaarborgde verplichtingen.

De manier waarop de gemeenschapswaarborg wordt toegekend is opgenomen in de artikelen 3 en 4. Hierbij werd de manier van werken overgenomen zoals bij Scholen van Morgen. Het verzoek van de projectvennootschap om de verplichtingen onder de toepassing van de gemeenschapswaarborg te brengen wordt gericht aan AGION en het departement Financiën en Begroting vaardigt per DBFM-overeenkomst een waarborgbesluit uit.

Artikel 5 bepaalt dat er geen waarborgpremie is verschuldigd.

De opeisbaarheid van de gewaarborgde verplichtingen is geregeld in artikel 6.

Artikel 7 heeft betrekking op mogelijke wijzigingen aan de gewaarborgde verplichtingen.

De artikelen 8, 9 en 10 bevatten de werkwijze en de modaliteiten die van toepassing zijn m.b.t. de afroep door de projectvennootschap van de verleende gemeenschapswaarborg.

Artikel 11 regelt de inwerkingtreding en conform artikel 12 is de Vlaamse minister voor onderwijs bevoegd voor de uitvoering van dit besluit.

2. ADVIES RAAD VAN STATE

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State van 23 juli 2018 werden wijzigingen aangebracht:

¹ Terzake kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de bestaande doorbetalingsverbintenis van de Vlaamse overheid ten aanzien van de NV Scheepvaart n.a.v. het dossier m.b.t. de bruggen over het Albertkanaal.

In artikel 2, tweede lid, wordt de passus “een procedure van gerechtelijke reorganisatie zoals bedoeld in titel V van boek XX van het Wetboek van economisch recht bevindt” ingevoegd ter vervanging van de passus “staat van faillissement of vereffening of in een overeenstemmende toestand zou bevinden”.

In artikel 3, eerste lid, wordt de zinsnede “per aangetekende brief tegen ontvangstbewijs” toegevoegd. In het derde lid wordt tegemoetgekomen aan de opmerking van de Raad van State dat een stilzwijgende instemming minder rechtszekerheid biedt door het formele melden aan de aanvrager na het verlopen van de termijn op te nemen.

In artikel 4, derde lid, wordt het woord “respectieve” opgenomen ter verheldering van de tekst.

In artikel 8, eerste lid wordt de formulering aangepast overeenkomstig de tekstsuggestie van de Raad van State: “Als een projectvennootschap een gemeenschapswaarborg die haar is verleend, wil afroepen, moet ze dat met een aangetekende brief tegen ontvangstbewijs doen. AGION moet die aangetekende brief ontvangen binnen een periode van zes maanden na de datum waarop de projectvennootschap de gewaarborgde verplichtingen die onder de toepassing van de gemeenschapswaarborg vallen, opeisbaar heeft gesteld.”

In artikel 9, tweede lid, wordt op voorstel van de Raad van State de zinsnede “vanaf de datum van ontvangst van de afroep van de gemeenschapswaarborg” ingevoegd ter vervanging van de zinsnede “vanaf de datum van de afroep van de gemeenschapswaarborg”.

In artikel 10, eerste lid, wordt op voorstel van de Raad van State de zinsnede “vanaf de datum van ontvangst van het advies van AGION” ingevoegd ter vervanging van de zinsnede “nadat AGION de afroep beoordeeld heeft”. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State wordt ook het lid geschrapt waarin werd gesteld dat een beslissing waarin de volledige of gedeeltelijke betaalbaarstelling van de gemeenschapswaarborg werd geweigerd, gemotiveerd wordt en de redenen vermeldt waarom het bedrag waarvoor de gemeenschapswaarborg was afgeroepen, niet wordt betaald. De Raad van State vond het opleggen van een dergelijke motiveringsplicht overbodig en misleidend gezien de toepassing van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen.

Ten slotte verwijst de Raad van State naar de Mededeling van de Commissie „betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de staatssteun in de vorm van garanties“ (2008/C 155/02) waarin onder meer de voorwaarden vermeld worden waaraan de individuele garantie cumulatief dient te voldoen om de aanwezigheid van staatssteun uit te sluiten.

Ten aanzien van de inrichtende macht kan er echter geen sprake zijn van staatssteun: Openbaar onderwijs dat door de staat wordt gefinancierd en onder staatstoezicht staat, kwalificeert zich niet als een economische activiteit. De scholen zijn hier bovendien in de context van schoolinfrastructuur geen ondernemingen. Het betreft hier geen economische activiteiten van de school. Onderwijsinstellingen worden bovendien gecatalogeerd onder de ESR-consolidatiekring.

Ten aanzien van de projectvennootschap is er evenmin sprake van staatssteun: de gemeenschapswaarborg betreft een element dat voorzien wordt in de opdrachtdocumenten en waarvan verondersteld wordt dat het de prijs is die de overheid (de inrichtende machten en, ingevolge de subsidie, de Vlaamse Gemeenschap) zal moeten betalen, neerwaarts zal beïnvloeden. Deze prijs zal bepaald worden na een mededingingsprocedure met onderhandeling (met Europese bekendmaking) overeenkomstig de wetgeving inzake overheidsopdrachten. Het gaat

m.a.w. louter om een specifieke “besteksbepaling” die een effect kan hebben op de geboden prijzen maar die als zodanig de mededinging niet kan verstoren.

3. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP DE BEGROTING VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP

Het voorstel van beslissing heeft geen weerslag op de begroting van de Vlaamse Gemeenschap.

4. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP DE LOKALE BESTUREN

Het voorstel heeft geen weerslag op de werking van de lokale besturen.

5. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP HET PERSONEELSBESTAND EN DE PERSONEELSBUDGETTEN

Het voorstel van beslissing heeft geen weerslag op het personeelsbestand en op het personeelsbudget, zodat het akkoord van de Vlaamse minister bevoegd voor bestuurszaken niet vereist is.

6. WETGEVINGSTECHNISCH (EN TAAL-) ADVIES

Het wetgevingstechnisch en taaladvies werd verwerkt. Het advies werd verstrekt op datum van 15 maart 2018 en heeft als nummer: 2018/118.

7. ADVIES INSPECTIE VAN FINANCIËN

De Inspectie van Financiën bracht advies uit op 18 mei 2018.

8. BEGROTINGSAKKOORD

Het akkoord van de Vlaamse minister, bevoegd voor de begroting, werd gegeven dd. 11 juni 2018

9. VOORSTEL VAN BESLISSING

De Vlaamse Regering hecht haar definitieve goedkeuring aan het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering houdende het instellen van een gemeenschapswaarborg in het kader van het projectspecifiek DBFM-programma.

H. CREVITS

Vlaams minister van Onderwijs