

DBFM- Handboek

'een verkenning van contractonderdelen'



Januari 2008, ongewijzigde heruitgave



Defensie



ministerie van Financiën

Ministerie van Verkeer en Waterstaat



Rijkswaterstaat

VROM



Rijkswaterstaat
Rijkswaterstaat

Pps bij het Rijk

"Pps bij het Rijk" is de naam van een interdepartementaal samenwerkingsprogramma over publiek private samenwerking (pps) waar de ministeries van Defensie, Financiën, Verkeer en Waterstaat/Rijkswaterstaat en VROM/Rijkswaterstaat aan deelnemen. Het programma heeft als doel de transactiekosten en –tijd van pps-DBFM(O) projecten te verminderen en de consistentie in het pps beleid van het rijk te bevorderen, zodat pps-DBFM(O) als aanbestedingsvorm zich verder kan ontwikkelen. De ministeries dragen daaraan bij door ervaringen uit te wisselen, kennis te delen en door te standaardiseren.

DBFM-HANDBOEK
‘een verkenning van contractonderdelen’

Houthoff Buruma

Mr. J.H.W. Koster

Mr. W.E. Hoge

Nauta Dutilh

Mr. A.H. Geerling

Mr. P.G. Perie

Mr. V.D. van Baasbank

Mr. D.J. Prinsen

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1. Inleiding	4
Hoofdstuk 2. Outputkarakter en sturingsmechanismen	14
Hoofdstuk 3. Contractduur.....	25
Hoofdstuk 4. Wijziging van het contract	28
Hoofdstuk 5. Betalingsmechanisme.....	38
Hoofdstuk 6. Step-in rechten/direct agreements.....	42
Hoofdstuk 7. Indexering, benchmark, market testing	52
Hoofdstuk 8. Financiering	56
Hoofdstuk 9. Financieel model	73
Hoofdstuk 10. Herfinanciering/Benefit Sharing.....	77
Hoofdstuk 11. Garanties.....	80
Hoofdstuk 12. Vergunningen	88
Hoofdstuk 13. Verzekeringen.....	91
Hoofdstuk 14. Overmachtsituaties	99
Hoofdstuk 15. Geschillenbeslechting	103
Hoofdstuk 16. Beëindiging.....	108
Hoofdstuk 17. Overdracht van contract	115
Hoofdstuk 18. Diverse onderwerpen	119
Hoofdstuk 19. Belastingen	124
Hoofdstuk 20. Literatuurlijst	151
Dankwoord	153

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Waarom dit handboek?

DBFM-contracten zijn een betrekkelijk recent verschijnsel in Nederland. In een aantal projecten zijn nu DBFM-contracten tot stand gekomen¹. Daarbij werd aanvankelijk sterk geleund op kennis en ervaring uit Angelsaksische landen. Inmiddels is echter in aanzienlijke mate Nederlandse expertise ten aanzien van dit soort contracten ontwikkeld.

De tijd begint rijp te worden om deze Nederlandse expertise te benutten voor een stroomlijning van het tot standkomingsproces van een DBFM-contract. Vanwege de "nieuwheid" van deze contracten en vanwege hun gecompliceerdheid was het tot stand brengen van een DBFM-contract tot nu toe steeds tijdrovend en (dus) kostbaar. Door gebruik te maken van de kennis en ervaring die in eerdere projecten is opgedaan, kan de efficiency van het proces worden vergroot. Enerzijds omdat in een aantal opzichten contouren zichtbaar beginnen te worden van oplossingen die voor meerdere projecten bruikbaar kunnen zijn, anderzijds omdat tussen de betrokken partijen meer begrip ontstaat over de belangen van waaruit zij een project benaderen.

Dit handboek is bedoeld om bij te dragen aan deze efficiency-slag. Daartoe wil het een beeld geven van de voornaamste onderdelen van een DBFM-contract en de wijze waarop daarmee in de praktijk kan worden omgegaan. Niet wordt ingegaan op de technische aspecten, nu deze sterk per project verschillen ook al vinden deze hun weerslag in het alomvattende fenomeen 'outputspecificaties'; de nadruk ligt op de contractuele mechanismen.

De hoofdstukken 1-5, 7, 10-14, 15-18 beschrijven de belangrijkste bouwstenen van een DBFM-contract. De hoofdstukken 6, 8 en 9 geven een beeld hoe de financiering van een DBFM-contract wordt gestructureerd. Hoofdstuk 19 beschrijft tenslotte de voornaamste fiscale aspecten.

Dit boek hanteert een gecombineerde aanpak. Enerzijds is er sprake van een feitelijke uitleg over de betekenis van de diverse elementen van een DBFM-contract, anderzijds geeft het toelichting op de belangen die de betrokkenen bij het contract kunnen hebben. Vanuit die belangen wordt een doorkijkje gegeven naar discussies die zich in de onderhandelingen over een DBFM-contract kunnen voordoen. Voor zover mogelijk schetst het handboek daarbij tevens - al of niet binnen een bepaalde bandbreedte - een oplossingsrichting voor die onderhandelingen.

¹ Het HSL-infraprovider contract, het contract voor de Afvalwaterzuivering Haagse Regio, de contracten voor de auto(snel-)wegen A59 en N31.

Dit handboek richt zich op de inhoud van het contract. Aanbestedingsrechtelijke aspecten, alsmede de keuze door de opdrachtgever van zijn aanbestedingsbeleid worden buiten beschouwing gelaten.

Het handboek probeert daarmee op diverse manieren bij te dragen aan een vergrote efficiency voor toekomstige projecten. Het kan worden gebruikt als een introductie over DBFM-contracten voor degenen die niet eerder met zo'n contract werkten. Daarnaast kan het een naslag-functie hebben voor personen die al wel ervaring met DBFM-contracten hebben. Tenslotte kan het bijdragen aan efficiëntere onderhandelingen bij de contractsluiting.

Overigens zijn de initiatiefnemers zich ervan bewust dat dit handboek een momentopname betreft. De voortschrijdende ontwikkelingen zullen een regelmatige actualisering nodig maken.

1.2 Wat is DBFM?

Alvorens te spreken over de inhoud van een DBFM-contract is het zinvol de naamgeving te verklaren. De letters "DBFM" staan voor "Design, Build, Finance, Maintain". Daarmee is duidelijk dat een DBFM-contract een geïntegreerde contractvorm is, waarbij diverse onderdelen van de realisatie en exploitatie van een bouwproject door de opdrachtgever aan één opdrachtnemer worden opgedragen.

Dergelijke geïntegreerde contractvormen zijn oorspronkelijk vooral tot ontwikkeling gekomen in de procesindustrie en de energiebranche. In de loop der tijd zijn zij ook voor meer traditionele bouw-, en infrastructuurprojecten in gebruik geraakt.

Daarbij moet aangetekend worden dat geïntegreerde contracten zich in diverse vormen voordoen. Ook figuren als DBFO (Design, Build, Finance, Operate), Turn Key, BOT (Built, Operate, Transfer) of zelfs DBFMO (Design, Build, Finance, Maintain, Operate) worden gebruikt. Ieder van deze vormen heeft zijn eigen karakteristieken; zo heeft het DBFO-contract een zwaarder exploitatierisico (bijvoorbeeld exploitatierisico bij tolwegen of gebouwen) en is bij Turn Key geen sprake van langdurige financiering; bij BOT-contracten berust - anders dan bij DBFM-contracten - gedurende de looptijd van het contract de eigendom van de zaak bij de opdrachtnemer. Dit handboek zal zich richten op DBFM-contracten, waarbij - gezien de huidige Nederlandse praktijk - vooral uitgegaan wordt van een betaling via een beschikbaarheidsvergoeding. Betaling op basis van gebruik (concessiemodel) wordt hier niet uitgebreid besproken.

DBFM-contracten kunnen zowel door publieke- als door private opdrachtgevers worden gesloten. Bij de in Nederland als "pps" aangeduide contracten gaat het steeds om contracten waarbij de overheid opdrachtgever is.

1.3 Waarom geïntegreerde contracten?

Een belangrijke reden om voor DBFM-contracten te kiezen is voor de opdrachtgever gelegen in het benutten van synergievoordelen. Wanneer ontwerp, bouw en onderhoud separaat worden uitbesteed, zullen de desbetreffende opdrachtnemers niet steeds rekening (kunnen) houden met elkaars risico's en kosten. Zo kan bijvoorbeeld een esthetisch optimaal ontwerp tot onevenredig hoge bouwkosten leiden; of omgekeerd: een goedkoop te bouwen ontwerp kan tot verhoogde onderhoudskosten aanleiding geven. Wanneer ontwerp, bouw en onderhoud aan één opdrachtnemer worden toevertrouwd, zal deze een sterke prikkel hebben om ontwerpkosten, bouwkosten en onderhoudskosten optimaal op elkaar af te stemmen. Daarmee zullen uiteindelijk de totale kosten voor de opdrachtgever lager uitvallen.

Een ander - volgens sommigen nog belangrijker - voordeel voor de opdrachtgever is dat hij zich via een DBFM-contract kan ontdoen van een belangrijk deel van de zorg voor de totstandkoming en het onderhoud van een project. De opdrachtgever kan zich daardoor meer op zijn "core-activities" concentreren.

Vaak wordt gezegd dat een opdrachtgever bij een geïntegreerd project een 'dienst' inkoopt in plaats van een object. Hoewel dat economisch gezien niet in alle gevallen juist is, geeft het praktisch gesproken wel goed weer wat het voornaamste verschil is met traditionele contracten.

Voorts is van belang dat de opdrachtgever bij geïntegreerde contracten niet langer het risico van de "raakvlakken" tussen de diverse contractonderdelen draagt. In een traditionele (niet-geïntegreerde) situatie kan bijvoorbeeld een gebrek dat na oplevering van een project geconstateerd wordt, gemakkelijk tot discussie leiden over de vraag of het gebrek het gevolg is van een ontwerpfout, een bouwfout of een onderhoudsfout. Ontwerper, bouwer en onderhoudsbedrijf hebben ieder een aparte rechtsverhouding met de opdrachtgever. Wanneer de opdrachtgever het gebrek wil laten herstellen zal hij derhalve zelf moeten aantonen welke van deze contractpartijen aansprakelijk is.

Een dergelijke situatie kan zich bij een geïntegreerd contract niet voordoen. De onderdelen ontwerp, bouw en onderhoud zijn bij één opdrachtnemer ondergebracht. Deze zal jegens de opdrachtgever voor een gebrek aansprakelijk zijn, ongeacht de vraag of het voortvloeit uit het ontwerp, de bouw of het onderhoud. Deze "risico-verschuiving" vormt voor opdrachtgevers een ander belangrijk argument om voor geïntegreerde contracten te kiezen. Bovendien zal sprake zijn van life cycle management, hetgeen inherent is aan langjarige geïntegreerde contracten, wat kan resulteren in extra kwaliteit voor de opdrachtgever. De keuze voor een duurdere aanleg kan worden gecompenseerd door lagere onderhoudslasten gedurende de looptijd van het

contract, ten gevolge waarvan bovendien bijv. een weg minder vaak voor onderhoud behoeft te worden afgesloten.

Bij een DBFM-contract gaat de integratie van contractonderdelen verder dan integratie van ontwerp, bouw en onderhoud. Ook de financiering van het te realiseren object wordt aan de opdrachtnemer opgedragen. Dit betreft niet een "gewone" voorfinanciering van de bouwkosten, waarbij de bouwsom uiteindelijk bij de oplevering door de opdrachtgever wordt betaald. Het gaat om een financiering met een veel zelfstandiger karakter. De opdrachtgever betaalt bij een DBFM-contract namelijk niet voor een "gereed product", maar voor de beschikbaarheid van het gerealiseerde object gedurende de gehele looptijd van het contract. Die looptijd is meestal aanzienlijk, aangezien hij in belangrijke mate gekoppeld is aan de economische levensduur van het gerealiseerde object. Afhankelijk van de aard van dit object varieert de looptijd van DBFM-contracten dikwijls tussen de 15 en 30 jaren.

De financiering in het kader van een DBFM-contract heeft meestal het karakter van project-financiering. Dit betekent dat de zekerheden van de financiers (vrijwel) uitsluitend gelegen zijn in de inkomsten die door de opdrachtnemer uit het project verkregen kunnen worden. De financiers krijgen daardoor een eigen belang bij het welslagen van het project. Zij worden daardoor als het ware een "bondgenoot" van de opdrachtgever. Dit "bondgenootschap" wordt door opdrachtgevers als een belangrijke reden gezien om ook de financiering deel te laten uitmaken van het geïntegreerde contract.

Wanneer het gaat om door de overheid te sluiten contracten wordt overigens tegen het uitbesteden van de financiering dikwijls aangevoerd dat niemand goedkoper kan financieren dan de overheid zelf. Wanneer uitsluitend naar de kosten van financiering wordt gekeken lijkt dit argument moeilijk weerlegbaar. Er wordt dan echter aan voorbijgegaan dat de kosten van private financiering tevens een risicobeprijzing inhouden voor het project, hetgeen bij overheidsfinanciering niet het geval is. De overheid brengt in zijn financieringstarieven geen risicobeoordeling tot uitdrukking. Daarnaast miskent een eenzijdige focus op financieringskosten het voordeel voor de overheid om de financiers als "bondgenoot" te hebben en de voordelen die via het geïntegreerde contract op het gebied van risico-verdeling en efficiency kunnen worden behaald. Wanneer al deze factoren worden meegewogen zal - mits tevoren een goede afweging van kosten, risico's en baten is gemaakt - een DBFM-contract wel degelijk de aantoonbaar meest economische manier kunnen zijn om een project te realiseren².

² Zie bijvoorbeeld het rapport "PFI: meeting the investment challenge", HM Treasury, July 2003, www.hm-treasury.gov.uk, waarin onder meer wordt geconstateerd dat PFI projecten zich onderscheiden door de tijdige oplevering binnen budget.

1.4 Betalingsmechanismen

Het DBFM-contract beoogt de opdrachtgever de opdrachtnemer op hoofdlijnen te laten aansturen. Niet langer krijgt de opdrachtnemer van de opdrachtgever gedetailleerde instructies over de wijze waarop hij zijn werkzaamheden dient te verrichten; de opdrachtgever wenst van de opdrachtnemer slechts een "dienst" te ontvangen, bestaande uit een product dat voldoet aan door de opdrachtgever op hoofdlijnen opgestelde criteria. Deze criteria hebben zoveel mogelijk betrekking op het door de opdrachtgever gewenste resultaat en niet op de wijze waarop de opdrachtnemer dat resultaat moet bereiken. Er is sprake van een "output gestuurd" proces; de door de opdrachtgever geformuleerde criteria worden daarom "output-specificaties" genoemd.³

Het voordeel hiervan voor de opdrachtnemer is dat hij ruime vrijheid heeft om zelf te bepalen op welke wijze hij het door de opdrachtgever gewenste resultaat zal leveren. Hierdoor ontstaat flexibiliteit en ruimte voor optimalisatie.

De opdrachtgever stuurt de opdrachtnemer in een dergelijke situatie niet aan via het controleren van gedetailleerde bestekspecificaties, maar voornamelijk via financiële prikkels. In het DBFM-contract is een betalingsmechanisme opgenomen dat zodanig is ontworpen, dat de opdrachtnemer erdoor wordt geprikkeld om goed te presteren. Dat gebeurt meestal door financiële sancties te zetten op ondermaatse prestaties.

Het is duidelijk dat de financiers de risico's die met dergelijke sancties samenhangen, zo goed mogelijk willen kunnen managen. De terugbetaling van de door hen verstrekte financiering is daar immers van afhankelijk. Het betalingsmechanisme vormt daarom een van de meest gevoelige onderdelen van het DBFM-contract. De juiste balans moet gevonden worden tussen de wens van de opdrachtgever om op financiële prikkels te sturen en het belang van de opdrachtnemer om niet disproportioneel gestraft te worden.

Naast deze "negatieve" prikkels wordt in de praktijk nog niet vaak gestuurd via positieve prikkels: bonussen voor prestaties die boven het afgesproken niveau liggen. Opdrachtnemers bepleiten dergelijke bonussen wel, omdat zij het aantrekkelijk vinden een "upside" in het contract te hebben. Opdrachtgevers zijn daartegenover vaak afwerend. Zij hebben de contractuele prestatieniveaus vaak zó geformuleerd, dat het benodigde kwaliteitsniveau bereikt wordt. Zij zijn dan niet snel bereid extra te betalen voor kwaliteit die daarboven ligt.

³ Zie hoofdstuk 2.

1.5 Juridische aard van DBFM-contracten

DBFM-contracten zijn vooral tot ontwikkeling gekomen in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Zij hebben daardoor belangrijke wortels in de Angelsaksische rechtscultuur. In die rechtscultuur bestaat geen wettelijk vastgelegd kader voor contracten, zoals het Burgerlijk Wetboek in Nederland.

Deze Angelsaksische contracten hebben in belangrijke mate model gestaan voor de eerste Nederlandse DBFM-contracten. Deze contracten hadden daardoor de structuur en de omvang van een Angelsaksisch contract, ook al was formeel het Nederlands recht en niet het Engelse of Amerikaanse recht van toepassing. Bij latere Pps-projecten zijn pogingen ondernomen de DBFM-contracten meer te laten aansluiten bij de Nederlandse maatstaven. Hoewel daardoor de contracten "Nederlandser" zijn geworden, zal de Angelsaksische invloed in meerdere of mindere mate zichtbaar blijven. Vooral bij projecten met internationale financiering zullen de financiers de voor hen vertrouwde Angelsaksische concepten willen terugzien.

Hoe dient nu een DBFM-contract geduid te worden naar Nederlands recht? Het bevat elementen van contracten waarvoor wij in het Burgerlijk Wetboek speciale regelingen kennen. Daarmee zou artikel 6:215 BW in beeld kunnen komen. Dit artikel bepaalt dat wanneer een overeenkomst aan de karakteristieken voldoet van twee of meer bijzondere wettelijk geregelde vormen van overeenkomsten, de wettelijke regels naast elkaar bestaan, tenzij dat tot niet verenigbare resultaten zou leiden. Het DBFM-contract vertoont kenmerken van een aannemingsovereenkomst, maar ook van opdrachten tot ontwerp en onderhoudsdienstverlening. Het DBFM-contract is echter niet (tevens) een financieringsovereenkomst. De "F" in DBFM leidt er slechts toe dat de opdrachtnemer contractueel de verplichting heeft tot het verkrijgen van financiering. De financiering zelf wordt vervolgens geregeld in tussen de opdrachtnemer en zijn financiers te sluiten aparte contracten⁴.

Toch is het juist het financieringselement dat maakt dat de verhoudingen tussen de contractpartijen bij een DBFM-contract in een aantal opzichten wezenlijk verschillen van de verhoudingen bij andersoortige bouw en/of onderhoudscontracten. Omdat de financiering direct afhankelijk is van de door het project te genereren inkomstenstroom, zullen de financiers op vrijwel alle contractonderdelen een eigen visie hebben. De eisen van de financiers maken dat de opdrachtnemer en de opdrachtgever wezenlijk anders tegenover elkaar staan dan in niet-privaat gefinancierde projecten. Om die reden zal het naast elkaar toepassen van bepalingen omtrent opdracht en aanneming niet tot aanvaardbare resultaten leiden. Het DBFM-contract is "maatwerk". Partijen willen niet voor "verrassingen" komen te staan, doordat op grond van de hoofdregel van artikel 6:215 regels van toepassing zouden worden die partijen niet hebben gewenst.

⁴ Zie hoofdstuk 8.

Het DBFM-contract kan daarom het beste worden beschouwd als een overeenkomst met een geheel eigen karakter ("sui generis"). Voor de diverse aspecten van het DBFM-contract kunnen de verwante titels uit het Burgerlijk Wetboek wel van betekenis zijn, maar daarbij zal steeds de samenhang met de andere contractsonderdelen in het oog gehouden moeten worden. In sommige contracten wordt de toepasselijkheid van in het Burgerlijk Wetboek benoemde bijzondere contractvormen zekerheidshalve zelfs expliciet uitgesloten.

1.6 Structuur gerelateerde contracten

Een DBFM-contract is in de praktijk nooit een op zichzelf staand contract. De partij die zich als opdrachtnemer jegens de opdrachtgever bindt, zal in verband met eisen van zijn financiers de te verrichten ontwerp-, bouw- en onderhoudswerkzaamheden namelijk niet of nauwelijks zelf verrichten. Hij zal daartoe separate onderaannemingscontracten sluiten. Die onderaannemingscontracten worden overigens dikwijls gesloten met partijen die tot het concern van de (hoofd-)opdrachtnemer behoren of die zelf participeren in de (hoofd-)opdrachtnemer. Dikwijls wordt dat zelfs door de (hoofd-)opdrachtgever geëist, omdat deze de zekerheid wil hebben dat de kwaliteit die hij bij zijn (hoofd-) opdrachtnemer beoogde te vinden ook feitelijk bij de uitvoering van het contract beschikbaar is.⁵ Het stellen van een dergelijke eis behoort voor de opdrachtgever overigens geen automatisme te zijn. De daaruit voortvloeiende "gelaagde" relaties tussen de aan opdrachtnemerszijde betrokken partijen en mogelijke competitieve nadelen kunnen contra-argumenten opleveren voor het voorschrijven van "verplichte" onderaannemers. De financiers zullen via een driepartijenovereenkomst tussen henzelf, de opdrachtnemer respectievelijk onderaannemers en de opdrachtgever afspraken willen maken over hun mogelijkheden om in te grijpen in de bedrijfsvoering van de opdrachtnemer indien die in ernstige mate tekortschiet (waardoor de aflossing van de verstrekte financiering in gevaar zou kunnen komen). Deze mogelijkheid tot ingrijpen door de financiers wordt wel aangeduid als "step in rights". De driepartijenovereenkomst waarin die rechten zijn vastgelegd wordt aangeduid als "directe overeenkomst".⁶

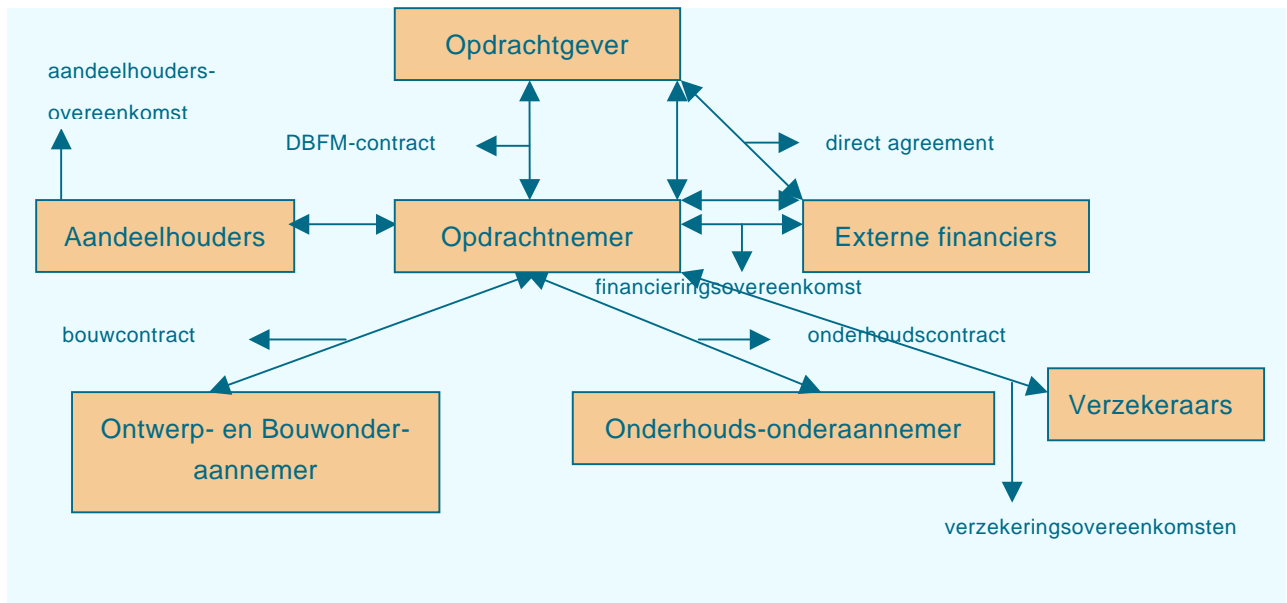
Tenslotte zal de opdrachtnemer (mede op aandrang van zijn financiers) een optimale verzekeringsdekking willen verkrijgen ter dekking van risico's die hij krachtens het DBFM-contract dient te dragen. Daartoe zal hij een uitgebreid pakket verzekeringsovereenkomsten aangaan met verzekeringsmaatschappijen.⁷

Het DBFM-contract maakt aldus deel uit van een nauw-samenhangend stelsel van contracten dat schematisch als volgt kan worden weergegeven:

⁵ Zie hoofdstuk 9.

⁶ Zie hoofdstuk 6.

⁷ Zie hoofdstuk 13.



Op het niveau van de onderaannemers komen in de praktijk meerdere varianten voor, waarbij bijvoorbeeld ook nog een rechtstreekse relatie tussen de ontwerp- en bouwonderaannemer en de onderaannemer kan worden gecreëerd, maar op hoofdlijnen is dit schema de "vaste" structuur die met DBFM-contracten samenhangt.

Overigens is een belangrijk kenmerk van de tussen financiers – althans de vreemd vermogen verschaffers – en opdrachtnemer af te sluiten financiering, dat deze “non-recourse” is. Dat wil zeggen dat de financiers aan zekerheden niet veel meer kunnen verkrijgen dan de “cash flow”, die zal worden gegenereerd uit het DBFM-contract. Omdat de financiers verhoudingsgewijs het grootste bedrag in het project zullen investeren, zullen zij in de financieringscontracten met de opdrachtnemer veel aandacht besteden aan het beheersen van de uit de opdracht voortvloeiende risico’s, zowel op het gebied van ontwerp- en bouw, als op het gebied van de exploitatie. Deze betrokkenheid bij het project – in de praktijk ook wel aangeduid als “de tucht van de banken” – verschaft opdrachtgever in de regel een belangrijke mate van zekerheid dat het project ook daadwerkelijk zal kunnen worden gerealiseerd en geëxploiteerd overeenkomstig de voorwaarden van het DBFM-contract.

Volledigheidshalve wordt hier opgemerkt dat aan opdrachtgeverszijde tevens sprake kan zijn van een voorbereidende “publiek - publieke overeenkomst” waarin afspraken worden neergelegd van de verschillende betrokken overheden met betrekking tot de publieke taakverdeling. Bijvoorbeeld in het A59-project was daarvan sprake. In het Montaigneproject sloten de gemeente Den Haag en het schoolbestuur ook een dergelijke bestuursovereenkomst.⁸ Voor (kostbare) vertraging als gevolg van de totstandkoming van dergelijke overeenkomsten dient te worden gewaakt. Dergelijke overeenkomsten dienen voor aanvang van de aanbesteding tus-

sen de betreffende publieke partijen te worden gesloten, zodat private partijen de publieke kaders kennen waarbinnen het langjarige project zal moeten worden gerealiseerd.

1.7 Identiteit opdrachtnemer

Vanwege de diverse disciplines die voor de uitvoering van een DBFM-contract vereist zijn, is er meestal niet één partij beschikbaar, die volledig zelfstandig de rol van opdrachtnemer kan vervullen. Omdat de opdrachtnemer uit financieringsoverwegingen toch al een projectvennootschap moet zijn, wordt in die projectvennootschap vaak de kennis, ervaring en slagkracht gebundeld van een aantal samenwerkende bedrijven. Het gaat dan bijvoorbeeld om een combinatie van financiële expertise, bouwexpertise en onderhoudsexpertise. Niet zelden zijn dit "gelegenheidscombinaties" die speciaal voor een project de krachten bundelen. Naast de "uitvoeringsdisciplines" (zoals bouw of onderhoud) die zich aldus in de projectvennootschap verenigen, zal de projectvennootschap zich bij zijn totstandkoming ook al willen verzekeren van specialistische kennis en ervaring op deelgebieden. Daartoe kan zij op voorhand reeds een samenwerking aangaan met belangrijke onderaannemers. De feitelijke inbreng van dergelijke partijen kan voor het project van groot belang zijn, maar doordat zij soms slechts een beperkte verantwoordelijkheid hebben op de totale projectschaal, zullen zij niet geïnteresseerd zijn in het aandeelhouderschap in de projectvennootschap. De onderaannemerspositie is dan de meest passende uitkomst. Daarnaast is het aan iedere partij om te bezien of zij bereid is de risico's behorende bij die van een aandeelhouder/ eigen vermogen verschaffer op zich te nemen. Het is zodoende mogelijk dat het eigen vermogen in de projectvennootschap wordt verschaft door één of meer financiële partijen die niet verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van de feitelijke werkzaamheden: hiervoor zijn de onderaannemers gecontracteerd.

1.8 Aanbesteding

Op grond van de Europese aanbestedingsregels dienen DBFM-contracten door overheidsopdrachtgevers te worden aanbesteed. In de praktijk hebben deze aanbestedingsprocedures meestal de vorm gekregen van onderhandelingsprocedures met voorselectie krachtens de Richtlijn Werken. Daardoor bestaat de mogelijkheid om over de inhoud van het DBFM-contract met de geselecteerde gegadigden te onderhandelen. Aldus resulteert per gegadigde een "maatwerk-contract". De winnende inschrijver zal het project uiteindelijk moeten uitvoeren op basis van zijn "eigen" DBFM-contract.

In de nieuwe geïntegreerde Europese aanbestedingsrichtlijn is voor het soort gecompliceerde projecten waarop DBFM-contracten betrekking hebben een nieuwe aanbestedingsprocedure in

⁸ Voor nadere informatie over publiek – publieke overeenkomsten kan worden verwezen naar de website van het Kenniscentrum PPS en de daarop gepubliceerde leidraad; pps.minfin.nl.

het leven geroepen. Het gaat om de zogenaamde "concurrentie gerichte dialoog"⁹. Hoewel deze procedure in een aantal opzichten afwijkt van de onderhandelingsprocedure, blijven individuele onderhandelingen met de gegadigden over de inhoud van het DBFM-contract mogelijk. Naast deze concurrentiegerichte dialoog blijft overigens de onderhandelingsprocedure bestaan. Deze was onder de Richtlijn werken al een "uitzonderingsprocedure"; dat "uitzonderingskarakter" zal onder de nieuwe richtlijn vermoedelijk versterkt worden, nu de concurrentiegerichte dialoog als "standaard" voor dit soort aanbestedingen is bedoeld. Voor de praktijk is niet zeker of die "standaard" ook zal functioneren. Geoorloofde toepassing van de onderhandelingsprocedure zal desondanks moeilijker worden.

⁹ Zie: Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 (Pb.L 134, 30/04/2004, blz. 0114-0240), art. 29. Deze richtlijn moet in Nederland uiterlijk op 31 januari 2006 zijn geïmplementeerd.

Hoofdstuk 2. Outputkarakter en sturingsmechanismen

2.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 is het dienstverleningskarakter van een DBFM-contract uiteengezet. Een opdrachtgever koopt onder een DBFM-contract niet langer een weg, installatie of gebouw maar betaalt gedurende langere tijd voor de beschikbaarheid daarvan mits deze voldoet aan de door opdrachtgever vastgestelde eisen.

Opdrachtnemer heeft daarbij in beginsel een grote vrijheid om de wijze te kiezen waarop aan opdrachtgever de dienst wordt geleverd teneinde hem in staat te stellen op de voor hem zo efficiënt mogelijke wijze de door opdrachtgever verlangde dienst uit te voeren. Aan de keuze voor een DBFM-contract ligt immers ten grondslag dat opdrachtnemer beter dan opdrachtgever (en tegen lagere kosten) in staat is om de dienst te leveren.

De gewenste vrijheid van opdrachtnemer brengt met zich mee dat opdrachtgever de aan de dienst te stellen eisen niet te gedetailleerd zal vormgeven maar op “output” zal sturen. Centraal sturingsmechanisme daarbij is het programma van eisen, ook wel projectspecificaties of outputspecificaties genoemd (hierna “outputspecificaties”).

Opdrachtnemer geeft opdrachtgever door middel van zijn bieding in het kader van de aanbestedingsprocedure aan hoe aan de “output”-eisen van opdrachtgever wordt voldaan. Voor de contractsluiting is dit proces nog niet afgerond. De invulling van de output-eisen zal voor een belangrijk deel ook plaats vinden gedurende de looptijd van het contract.

Opdrachtgever staat daarbij voor de keuze welke mate van toezicht en controle hij daarop wil (en kan) uitoefenen. Opdrachtgever dient immers te weten of opdrachtnemer aan de output-eisen van opdrachtgever voldoet (en blijft voldoen).

Opdrachtnemer en zijn financiers hebben aan de andere kant in het kader van de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding belang bij een heldere afbakening van de eisen die aan de beschikbaarheid van de dienst door opdrachtgever worden gesteld. Opdrachtgever formuleert in dat verband, in samenspraak met opdrachtnemer als een nadere uitwerking van de outputspecificaties, beschikbaarheid- en voltooiingseisen. Ook het betalingsmechanisme wordt nader vormgegeven.

Aangezien opdrachtgever er zeker van wil zijn dat het bouwproject ook na de looptijd van het contract, of wanneer het contract voortijdig wordt beëindigd en het bouwproject aan opdracht-

gever wordt teruggeven, aan de (dan geldende) eisen voldoet, formuleert opdrachtgever in samenspraak met opdrachtnemer tenslotte meestal ook teruggave-eisen.

2.2 Outputkarakter en outputspecificaties

Voorafgaande aan de contractsluiting legt opdrachtgever in het kader van de aanbesteding de randvoorwaarden voor de door opdrachtnemer te leveren dienst vast in de outputspecificaties. Vastgelegd wordt welke dienst van opdrachtnemer wordt verlangd maar niet op welke wijze deze moet worden geleverd; hoe opdrachtnemer ontwerpt, bouwt, financiert en onderhoudt is vanuit opdrachtgever gezien in beperkte mate relevant. De outputspecificaties worden derhalve, anders dan het programma van eisen in de traditionele situatie niet op detailniveau, maar conceptueel vormgegeven: opdrachtgever levert de output, die door opdrachtnemer gedetailleerd wordt ingevuld.

Voor opdrachtgevers en met name publieke opdrachtgevers is outputgericht sturen niet altijd haalbaar. De uitoefening van publieke taken (en het algemeen belang) kan op sommige onderdelen gedetailleerde outputspecificaties met zich meebrengen. Voor opdrachtnemers hoeft dit overigens niet per definitie nadelig uit te werken. Ook zij dienen zich immers te houden aan voor hen geldende wettelijke verplichtingen waaraan mogelijk eveneens het algemeen belang ten grondslag ligt.

Om er voor te waken dat de outputspecificaties in de weg staan aan een efficiënte dienstverlening door opdrachtnemer stelt opdrachtgever opdrachtnemer tijdens de aanbestedingsfase (gedurende de consultatiefase en de onderhandelingen) in de gelegenheid om op- en aanmerkingen of alternatieven terzake van de outputspecificaties aan opdrachtgever kenbaar te maken. Opdrachtgever verkrijgt op deze wijze meer inzicht in de risico-inschatting en kosten van opdrachtnemer en kan een aanpassing van de outputspecificaties overwegen indien blijkt dat het in de voorgeschreven vorm geen “value for money” biedt.

2.3 Uitwerking outputspecificaties door opdrachtnemer

2.3.1 Ontwerpen

Opdrachtnemer heeft onder een DBFM-contract een grote vrijheid om binnen de outputspecificaties die door opdrachtgever worden opgesteld en binnen de wettelijke kaders het betreffende bouwproject zodanig te ontwerpen dat deze naar het oordeel van opdrachtnemer gezien zijn langdurige onderhoudstaak gedurende de looptijd van het contract het meest efficiënt zal zijn.

Het ontwerp van opdrachtnemer wordt gedurende de aanbestedingsfase in verschillende stadia aan opdrachtgever ter beoordeling voorgelegd. Op het moment van contractsluiting is het

ontwerpproces nog niet ten einde. Meestal moet een belangrijk gedeelte daarvan na de contractsluiting nog nader vorm krijgen. Indien opdrachtgever voor het vervolg van het ontwerp-proces niet uitsluitend wil vertrouwen op de kwaliteitsbeheersingssystemen van opdrachtnemer zal hij in het DBFM-contract moeten bedingen dat het definitieve ontwerp van opdrachtnemer aan een beoordelingsprocedure onderhevig zal zijn.

2.3.2 Bouwen

Doordat het ontwerp door opdrachtnemer onder een DBFM-contract ook door opdrachtnemer zal worden gebouwd, ligt het voor de hand dat opdrachtnemer verantwoordelijk wordt gemaakt voor de veiligheid en arbeidsomstandigheden, de kwaliteitsborging, de bouwplanning en het (tijdig) verkrijgen van de vereiste vergunningen.

Met de bouw zelf wordt echter pas gestart als het contract al een aanvang heeft genomen. De nadere uitwerking van de bouwverplichtingen van opdrachtnemer zal derhalve voor een deel ook in deze fase vorm krijgen, behoudens verplichtingen die opdrachtgever van dermate belang acht dat deze al voor de contractsluiting door opdrachtnemer aan opdrachtgever dienen te zijn voorgelegd. Door in het contract te werken met een aanvangsdatum (en een bijbehorend aanvangscertificaat) kan opdrachtgever zich ook na de contractsluiting verzekeren van het feit dat eerst de bouw wordt gestart nadat aan deze verplichtingen, zoals bijvoorbeeld het opstellen van een kwaliteitsborgingsplan is voldaan.¹⁰

Overigens dient in deze paragraaf volledigheidshalve te worden vermeld dat ook opdrachtgever een rol kan spelen in het kader van de bouwplanning. Bijvoorbeeld bij het (tijdig) verkrijgen en bouwrijp maken van de gronden waarop het werk zal worden gerealiseerd, dan wel het aanvragen en verkrijgen van een deel van de voor het project benodigde vergunningen.¹¹ De specifieke rol van opdrachtgever is in dat verband mede afhankelijk van de tussen partijen gekozen risicoverdeling.

Indien de bouwplanning met tijdige grondverwerving en vergunningverlening van cruciale betekenis is voor het welslagen van een project kan worden overwogen een “project development agreement” te sluiten, waarin de wederzijdse rechten en verplichtingen van opdrachtnemer en opdrachtgever na aanwijzing van opdrachtnemer als preferred bidder voorafgaand aan het sluiten van een DBFM-contract worden vastgelegd ter voorbereiding op financial close. De project development agreement is doorgaans niet alleen gericht op bouwplanningsaspecten. De project development agreement beoogt in meer algemene zin te bereiken dat na financial close snel kan worden aangevangen met het werk zonder dat nog allerlei (o.m. vergunningen-)

¹⁰ Zie over het hanteren van een aanvangsdatum nader hoofdstuk 3.

¹¹ Zie over vergunningen nader hoofdstuk 12.

procedures dienen te worden doorlopen, alsmede om zoveel mogelijk te voorkomen dat in de periode tussen aanwijzing preferred bidder en contractsluiten wijzigingen van de bieding van opdrachtnemer nodig zijn. In het project Afvalwaterzuivering Haagse Regio is bijvoorbeeld een project development agreement tussen partijen gesloten.

2.3.3 Beheer en onderhoud

De beheer- en onderhoudsverplichtingen brengen onder een DBFM-contract met zich mee dat opdrachtnemer alles dient te doen om het tot zijn verantwoordelijkheid behorende bouwproject met eventuele bijbehorende faciliteiten na het ontwerpen en bouwen ook te onderhouden en te beheren en beschikbaar te houden voor het beoogde gebruik door opdrachtgever. Onder de beheer- en onderhoudsverplichtingen van opdrachtnemer vallen zowel het reguliere onderhoud, als groot onderhoud en vervangingsinvesteringen.

In een door opdrachtnemer op te stellen (en door opdrachtgever goed te keuren) (beheer- en)onderhoudsplan, dat periodiek wordt herzien werkt opdrachtnemer de verplichtingen nader uit. Omdat de beheer- en onderhoudsverplichtingen van opdrachtnemer in de weg kunnen staan van de beschikbaarheid van de dienst is afstemming met het betalingsmechanisme vereist.¹²

2.4 Toezicht en controle door opdrachtgever

De wijze en het tijdstip waarop de outputspecificaties door opdrachtnemer nader worden uitgewerkt in onder meer een ontwerp (van voorlopig ontwerp (VO), definitief ontwerp (DO) naar bestek), een veiligheids- en gezondheidsplan, een kwaliteitsborgingsplan, een bouwplanning en een beheer- en onderhoudsplan zullen in het DBFM-contract worden vastgelegd, waarbij te allen tijde als uitgangspunt geldt dat de door opdrachtgever opgestelde outputspecificaties prevaleren boven de uitwerking door opdrachtnemer.

Opdrachtgever staat bij DBFM-projecten op enige afstand van de uitwerking van de outputspecificaties, anders dan in de traditionele situaties, waarin doorgaans sprake is van directietoezicht. Of en in hoeverre het te realiseren project aan de outputspecificaties voldoet is uiteraard van belang voor opdrachtgever. Deze zal in dat opzicht een zekere mate van toezicht en controle willen uitoefenen. Opdrachtgever heeft daarbij een keuze ten aanzien van de mate van toezicht en controle die hij daarop wenst uit te oefenen.

Doordat opdrachtgever opdrachtnemer (tijdens de aanbestedingsprocedure en derhalve voor de contractsluiting) verzoekt aan de hand van door opdrachtgever opgestelde selectiecriteria belangrijke onderaannemers aan te wijzen die (belangrijke) projectwerkzaamheden zullen uit-

¹² Zie voor de werking van het betalingsmechanisme nader hoofdstuk 5.

voeren, kan een opdrachtgever in algemene zin enige grip uitoefenen op de uitwerking van de outputspecificaties door opdrachtnemer. Opdrachtgever weet dan immers wie de werkzaamheden in opdracht van opdrachtnemer zal uitvoeren. In het DBFM-contract wordt dan tevens bepaald dat de belangrijke onderaannemers niet zonder toestemming van opdrachtgever door een andere partij vervangen mogen worden.¹³

Ook is in dit opzicht van belang te wijzen op de rol van de financiers, die tevens zullen toezien op de uitwerking van de outputspecificaties door opdrachtnemer. Indien het project bij ingebruikname of gedurende het verrichten van de diensten niet aan de outputspecificaties voldoet wordt de beschikbaarheidsvergoeding immers niet, dan wel verminderd met boetes en/of kortingen, uitbetaald. Uitsluitend indien het project voldoet aan de door opdrachtgever gestelde eisen komt met andere woorden de kasstroom op gang op basis waarvan de financiering door de financiers aan opdrachtnemer is verstrekt.

Belangrijke onderaannemers en financiers brengen nog niet met zich mee dat enige vorm toezicht en controle door opdrachtgever niet noodzakelijk is.

Om in meer algemene zin een voorbeeld te geven: indien opdrachtnemer wordt verplicht tot het opstellen van een kwaliteitsborgingsplan, kan daarmee voor opdrachtgever worden gewaarborgd dat door opdrachtnemer in ieder geval aan bepaalde NEN- of ISO normen of vergelijkbare standaarden wordt voldaan. Dit biedt opdrachtgever reeds in algemene zin enige grip op de uitwerking van de output-eisen door opdrachtnemer. Opdrachtgever is evenwel doorgaans niet inhoudelijk betrokken bij de opstelling van het kwaliteitsborgingsplan en zou er zelfs voor kunnen kiezen om de opstelling daarvan niet aan een beoordelingsprocedure onderhevig te laten zijn. Opdrachtgever heeft dan maar af te wachten of opdrachtnemer ook bij het feitelijk ontwerpen, bouwen en onderhouden het kwaliteitsniveau handhaaft. Indien opdrachtgever daar zeker van wil zijn zal deze daarop derhalve toezicht en controle moeten uitoefenen. Hoewel in de (al dan niet) verstrekking van o.m. de bouwvergunning aan opdrachtnemer reeds een belangrijke waarborg kan liggen, is op termijn, gedurende lange looptijd van het DBFM-contract, de handhaving van het kwaliteitsniveau met name bij de uitvoering van de onderhoudsverplichtingen door opdrachtnemer niet per definitie gewaarborgd. Opdrachtgever staat daarbij voor de keuze of hij vertrouwt op het betalingsmechanisme en de beëindigingssystematiek of dat hij zijn eventuele “ongerustheid” in dat opzicht wegneemt door zijn toezichts- en controlebevoegdheden onder het DBFM-contract uit te breiden. Hoe de toezichts- en controlebevoegdheden van opdrachtnemer onder het DBFM-contract uiteindelijk vormkrijgen is in belangrijke mate afhankelijk van projectspecifieke omstandigheden.

¹³ Dit is doorgaans ook een beëindigingsgrond van het DBFM-contract. Zie daarover nader hoofdstuk 16.

Naarmate de publieke taak gevoeliger is of het werk technisch gecompliceerder zal de behoefte van opdrachtgever aan een vorm van toezicht en controle op de uitwerking van de output-specificaties door opdrachtnemer sterker zijn. Op opdrachtgever kunnen daarnaast wettelijke toezichts- en controle verplichtingen rusten, waarbij steeds de vraag is in hoeverre opdrachtgever dergelijke verplichtingen aan opdrachtnemer kan overdragen.

Hoe meer toezicht en controle opdrachtgever evenwel wenst uit te oefenen, hoe meer het risico bestaat dat opdrachtgever verantwoordelijkheden voor de dienstverlening weer van opdrachtnemer overneemt. Een belangrijke overweging om voor een DBFM-contract te kiezen, is immers dat (overheids-)opdrachtgevers, zich zoveel mogelijk op hun kerntaken kunnen richten en afstand kunnen nemen van de uitvoering van de dienstverlening.

Uitgangspunt zou bovendien moeten zijn dat aan de vrijheid van opdrachtnemer om de dienst te leveren en de daarbij behorende risico-allocatie door toezicht en controle door opdrachtgever geen afbreuk mag worden gedaan. Daarbij is tevens van belang dat hoe meer rapportageverplichtingen voor opdrachtnemer bestaan hoe duurder de dienstverlening door opdrachtnemer wordt, hetgeen als zodanig geen “value for money” biedt. Er zal derhalve binnen de gegeven (wettelijke) kaders zoveel mogelijk een balans gevonden moeten worden tussen enerzijds de vrijheid van opdrachtnemer (met bijbehorende risico- en kostenvoordelen) en anderzijds de uitoefening van controle en toezicht door opdrachtgever.

Een benaderingswijze zou derhalve kunnen zijn dat uit toezichts- en controlebevoegdheden van opdrachtgever geen andere rechten en verplichtingen voortvloeien dan die in het DBFM-contract zijn neergelegd en dat deze derhalve - in de meeste gevallen- geen nadere aansprakelijkheden en/of vrijwaringen met zich mee kunnen brengen. Overigens zijn de toezichts- en controlebevoegdheden van opdrachtgever in deze benadering niet geheel en al zonder gevolgen. In het kader van een eventuele voortijdige beëindiging van het contract kunnen zij wel degelijk een rol spelen.¹⁴

De aard van een DBFM-contract brengt met zich mee dat het primair in het belang is van opdrachtnemer en zijn financiers om zelf een vorm van “toezicht en controle” uit te oefenen op de dienstverlening aan opdrachtgever. Indien immers de dienst door opdrachtgever niet wordt geaccepteerd omdat deze niet aan de eisen voldoet wordt de beschikbaarheidsvergoeding niet uitbetaald, of worden daarop kortingen toegepast.

¹⁴ Zie daarover nader par. 2.5.3.

Voor opdrachtnemers en financiers is in dit verband van belang duidelijkheid te verkrijgen over:

- de vereisten waaraan moet worden voldaan om de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding een aanvang te laten nemen, als zijnde het moment waarop de door opdrachtnemer aan opdrachtgever te verlenen dienst “beschikbaar” is en kan worden opgeleverd;
- de vereisten waaraan moet worden voldaan om er voor te zorgen dat de dienst ook gedurende de looptijd van het DBFM-contract “beschikbaar” blijft, zodat geen kortingen op de uitbetaling van de beschikbaarheidsvergoeding worden opgelopen.

Opdrachtnemer en zijn financiers hebben belang bij heldere, objectieve criteria waarop zij hun opleveringsplanning en dienstverlening kunnen afstemmen. Zij zijn er immers bij gebaat er voor te kunnen zorgdragen dat de dienst beschikbaar is, om als zodanig geen kortingen op de beschikbaarheidsvergoeding en daarmee de terugverdiencapaciteit te riskeren.

Aan de hand van de invulling van de outputspecificaties door opdrachtnemer (en derhalve mede in samenspraak met opdrachtnemer) worden door opdrachtgever enerzijds beschikbaarheidseisen, voltooiingseisen en teruggave-eisen opgesteld en wordt door opdrachtgever anderzijds het betalingsmechanisme nader vormgegeven.¹⁵

2.5 Beschikbaarheid-, voltooiings- en teruggave-eisen

2.5.1 Beschikbaarheidseisen

De beschikbaarheidseisen richten zich op de fase waarin het bouwproject fysiek wordt gerealiseerd. Opdrachtgever zal aan de hand van de beschikbaarheidseisen beoordelen of het bouwproject ook daadwerkelijk door opdrachtgever (of een derde) kan worden gebruikt en of opdrachtnemer gerechtvaardigd aanspraak kan maken op betaling van de beschikbaarheidsvergoeding. De belangen voor zowel opdrachtgever als opdrachtnemer (en zijn financiers) zijn groot. In het DBFM-contract wordt derhalve een gedetailleerde procedure neergelegd waarin wordt gedefinieerd wanneer enerzijds in technische zin sprake is van beschikbaarheid voor het beoogde gebruik en anderzijds welke stappen daartoe in de tijd moeten worden gezet. Daarbij wordt wel aansluiting gezocht bij standaard opleveringsprocedures in de bouw. Opdrachtgever zal doorgaans opnames uitvoeren waarbij opdrachtnemer in de gelegenheid wordt gesteld voor de eindoplevering geconstateerde gebreken te repareren. Het overleggen van testrapportages ten aanzien van in het bouwproject aanwezige installaties kan daarvan eveneens deel uitmaken. Doordat na het doorlopen van de procedure een beschikbaarheidscertificaat wordt afgegeven aan opdrachtnemer is voor alle partijen helder wanneer de beschikbaarheid en daarmee de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding een aanvang neemt.

¹⁵ Zie voor de werking van het betalingsmechanisme nader hoofdstuk 10.

Om het moment helder te markeren waarop de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding start, wordt in het DBFM-contract met een beschikbaarheidsdatum gewerkt. Dit is de door opdrachtgever gewenste datum waarop het bouwproject bruikbaar (“beschikbaar”) moet zijn en de dienstverlening door opdrachtnemer zou moeten beginnen.

Om een voorbeeld te geven: bij de bouw (en herhuisvesting) van een school zal de school er belang bij hebben dat de school zowel beschikbaar is op een moment dat nieuwe huisvesting is vereist als op een moment waarop de verhuizing in het schooljaar gemakkelijk kan plaatsvinden (bijvoorbeeld tijdens de schoolvakanties).

Op de beschikbaarheidsdatum dient derhalve door opdrachtnemer aan de beschikbaarheidseisen te zijn voldaan. Is dat het geval dan wordt aan opdrachtnemer een beschikbaarheidscertificaat verstrekt en zal de betaling van de beschikbaarheidsvergoeding kunnen beginnen. Voldoet opdrachtnemer niet aan de beschikbaarheidseisen dan wordt de beschikbaarheidsvergoeding niet uitbetaald. Opdrachtgever kan er daarbij voor kiezen om een aanvullende boete op niet-beschikbaarheid op de beoogde beschikbaarheidsdatum vast te stellen. E.e.a. is afhankelijk van de “hardheid” van de eigen planning van de opdrachtgever (alsmede de structurering van het betalingsmechanisme). Doorgaans wordt de niet uitbetaling van de beschikbaarheidsvergoeding reeds als een voldoende prikkel gezien voor opdrachtnemer om de planning te halen. Door opdrachtnemers wordt wel betoogd dat voor een aanvullende boete alleen ruimte is indien opdrachtgever daadwerkelijk schade lijdt. Opdrachtgevers stellen daartegenover dat bij de enkele niet uitbetaling van de beschikbaarheidsvergoeding de vraag is of voor opdrachtnemer voldoende prikkels overblijven om te sturen op de beoogde beschikbaarheidsdatum indien de einddatum van het DBFM-contract evenredig opschuift met de periode, die ligt tussen de beoogde beschikbaarheidsdatum en de uiteindelijke feitelijke beschikbaarheidsdatum. De verdien capaciteit van het contract blijft dan immers - behoudens aanvullende financieringslasten - in tact.

Gedurende de looptijd van het contract dient opdrachtnemer uiteraard te blijven voldoen aan de beschikbaarheidseisen. Het betalingsmechanisme dient mede om de beschikbaarheid gedurende de looptijd van het contract in dat opzicht te sturen.¹⁶

2.5.2 Voltooiingseisen

Tussen beschikbaarheidseisen en voltooiingseisen wordt niet in alle projecten een onderscheid gemaakt. Van belang is om te onderkennen dat het hierbij gaat om een technisch onderscheid dat enerzijds kan bijdragen aan het verminderen van de tijdsdruk voor opdrachtnemer en anderzijds aan het verlagen van de financieringslasten voor opdrachtnemer.

¹⁶ Zie voor het betalingsmechanisme nader hoofdstuk 15.

Beschikbaarheid impliceert dat het werk beschikbaar is en kan worden gebruikt waarvoor het is bestemd. Een werk kan echter ook beschikbaar zijn indien dit bijvoorbeeld nog niet aan de buitenzijde is geverfd of als de omliggende percelen nog niet zijn ingericht (te denken valt bijvoorbeeld aan groenvoorzieningen).

Indien projectspecifieke omstandigheden daartoe aanleiding geven kan in het DBFM-contract daarom tevens met voltooiingseisen worden gewerkt. In dat geval zal ook een voltooiingsdatum worden gehanteerd, welke in tijd later wordt vastgesteld dan de beschikbaarheidsdatum. Op de beschikbaarheidsdatum dient aan de beschikbaarheidseisen te zijn voldaan. Op de voltooiingsdatum aan de voltooiingseisen, in welk geval een voltooiingscertificaat zal worden verstrekt. Als zodanig kan aan opdrachtnemer enige ruimte in de planning worden geboden.

Het opstellen van voltooiingseisen biedt daarnaast een mogelijkheid om de financieringslasten van opdrachtnemer te beperken doordat opdrachtgever vanaf beschikbaarheid van het bouwproject al een (percentage van de) beschikbaarheidsvergoeding betaalt voor de door opdrachtnemer onder het DBFM-contract te leveren dienst, terwijl opdrachtnemer daarna nog gedurende een bepaalde periode in de gelegenheid is het bouwproject te voltooien. Een systeem is denkbaar waarbij opdrachtgever ten tijde van beschikbaarheid een percentage (bijvoorbeeld 80%) van de beschikbaarheidsvergoeding aan opdrachtnemer uitkeert en bij voltooiing overgaat tot betaling van de volledige beschikbaarheidsvergoeding. De resterende 20% wordt als een prikkel gehanteerd om opdrachtnemer er toe te bewegen op de voltooiingsdatum ook aan de voltooiingseisen te voldoen.

Een andere mogelijkheid is om bij beschikbaarheid reeds 100% van de beschikbaarheidsvergoeding aan opdrachtnemer uit te keren en op niet-voltooiing voor een bepaalde door opdrachtgever vast te stellen datum een boete te stellen, die opdrachtnemer een incentive geeft om het bouwproject tijdig te voltooien. De voltooiingsgarantie kan daarbij eveneens een rol spelen.¹⁷

2.5.3 Teruggave-eisen

2.5.3.1 Teruggave-eisen bij einde overeengekomen duur DBFM-contract

Teruggave-eisen worden geformuleerd teneinde te waarborgen dat opdrachtnemer nadat het contract is geëindigd een bouwproject aan opdrachtgever “teruggeeft” dat voldoet aan de daaraan op dat moment te stellen beheer- en onderhoudseisen en aldus bruikbaar blijft voor opdrachtgever (of een derde). De overeengekomen contractsduur sluit immers niet uit dat het bouwproject nadien voor opdrachtgever nog een restwaarde behoudt.

¹⁷ Zie daarover nader hoofdstuk 11.

Opdrachtgever beoogt door middel van het stellen van teruggave-eisen te voorkomen dat het werk wordt verwaarloosd doordat opdrachtnemer wanneer deze zijn rendement op het project eenmaal heeft behaald kortingen uit hoofde van het betalingsmechanisme of eventueel andere door opdrachtgever in het vooruitzicht gestelde boetes voor lief neemt en niet langer aan zijn beheer- en onderhoudsverplichtingen voldoet. Opdrachtgever beoogt daarmee tevens te voorkomen dat hij op het einde van de rit voor financiële verrassingen komt te staan doordat hij zich aldus geconfronteerd ziet met achterstallig (groot) onderhoud.

In de teruggave-eisen wordt zo nauwkeurig mogelijk vastgelegd waaraan het bouwproject in technische zin moet voldoen bij beëindiging van het contract. Voorzien wordt daarbij in een procedure met tussentijdse opnames door opdrachtgever, die doorgaans enkele jaren voor het beoogde einde van het DBFM-contract een aanvang nemen. De tussentijdse opnames beogen in een zo vroeg mogelijk stadium eventuele gebreken en achterstallig onderhoud aan het licht te brengen. Opdrachtnemer wordt daarbij in de gelegenheid gesteld de benodigde “reparaties” uit te voeren. Voor het geval dat opdrachtnemer daaraan niet of niet tijdig voldoet kan in het DBFM-contract worden bepaald dat opdrachtgever gerechtigd is de door opdrachtnemer bij aanvang van de tussentijdse opnames gestelde bankgarantie in te roepen.¹⁸ Voor zover opdrachtnemer geen bankgarantie stelt kan opdrachtgever tevens gerechtigd zijn als aanvullende zekerheid betaling van de beschikbaarheidsvergoeding in te houden teneinde daaruit de betaling van de benodigde reparaties te kunnen bekostigen.

2.5.3.2 Teruggave-eisen bij voortijdige beëindiging van het contract

Teruggave-eisen kunnen daarnaast een rol spelen indien het contract tussentijds wordt beëindigd. Een tussentijdse beëindiging van het contract heeft een onverwacht karakter. Maar ook dan is van belang dat een bouwproject wordt teruggegeven aan opdrachtgever dat aan de eisen van opdrachtgever voldoet. Het onverwachte karakter maakt het evenwel lastig om voor alle verschillende situaties - het kan daarbij immers op ieder willekeurig moment gaan om zowel vrijwillige als onvrijwillige tussentijdse beëindiging, waarvan bijvoorbeeld ook een faillissementssituatie kan deel uitmaken - teruggave-eisen te formuleren. In het contract wordt daarom in algemene zin bepaald dat opdrachtnemer bij een tussentijdse beëindiging al datgene dient te doen dat nodig is om er voor te zorgen dat het bouwproject op dat moment voldoet aan de eisen die daaraan op dat moment redelijkerwijze kunnen worden gesteld.

¹⁸ Zie voor deze teruggave-garantie nader hoofdstuk 11.

Belangenoverzicht

Belangenschets

Teneinde de voordelen van een DBFM-contract optimaal te benutten dient opdrachtgever de dienst, die hij van opdrachtnemer wenst te ontvangen niet gedetailleerd voor te schrijven maar zoveel mogelijk op outputniveau te sturen. De outputspecificaties, die opdrachtgever in dat verband opstelt, zullen door opdrachtnemer nader worden uitgewerkt, niet alleen tijdens de aanbestedingsfase maar ook gedurende de looptijd van het contract. De outputspecificaties dienen evenwel te allen tijde te prevaleren boven de nadere uitwerking door opdrachtnemer.

Opdrachtgever staat voor de keuze welke mate van toezicht en controle hij op de uitwerking wil (en kan) uitoefenen. Uitgangspunt van een DBFM-contract is dat opdrachtgever zich zoveel mogelijk op zijn kerntaken richt en afstand neemt van de uitvoering van de dienst door opdrachtnemer. Aan de vrijheid van opdrachtnemer om de dienst te leveren en de daarbij behorende risico-allocatie zou evenwel geen afbreuk mogen worden gedaan. Toezicht en controle door opdrachtnemer zelf kan de dienstverlening duurder maken.

Oplossingsrichting

Zowel opdrachtgever als opdrachtnemer dienen te waken voor onnodige gedetailleerde sturing. Opdrachtnemer dient daartoe door opdrachtgever gedurende de aanbestedingsprocedure in de gelegenheid te worden gesteld. Dit brengt in beginsel met zich mee dat toezicht en controle in beginsel zoveel mogelijk door opdrachtnemer zelf dient te worden uitgevoerd met in achtname van het “value for money” principe. Opdrachtgever dient daarbij oog te hebben voor het belang dat opdrachtnemer en zijn financiers hebben bij een dienstverlening, welke aan de eisen van opdrachtgever voldoet, gelet op de uitbetaling van de beschikbaarheidsvergoeding.

De mate van toezicht en controle die opdrachtgever wenst uit te oefenen zal afhankelijk zijn van de omvang en gecompliceerdheid van het project, alsmede eventuele wettelijke taken die opdrachtgever heeft te vervullen. Een algemene bevoegdheid tot toezicht en controle in het DBFM-contract voor opdrachtgever ligt in dat opzicht voor de hand waarbij wordt bepaald dat daaruit geen andere rechten en verplichtingen voortvloeien dan die welke in het DBFM-contract zijn neergelegd.

Hoofdstuk 3. Contractduur

3.1 Inleiding

In het DBFM-contract wordt de contractduur vastgelegd. De keuze voor de contractduur wordt bepaald door de “life cycle” benadering¹⁹ en is mede afhankelijk van projectspecifieke omstandigheden. Daarnaast wordt ook wel een aanvangsdatum bepaald waarop opdrachtnemer met de werkzaamheden in het project mag aanvangen. Tussen de datum waarop het contract wordt ondertekend en de aanvang van de werkzaamheden door opdrachtnemer kan als zodanig enige ruimte liggen.

3.2 Keuze voor contractduur

Opdrachtgevers zullen doorgaans een contractsperiode willen overeenkomen die hen een “value for money” oplossing biedt.

De keuze voor de duur van het DBFM-contract wordt beheerst door het “whole life costing” principe. DBFM-contracten worden vaak over een periode van 25-30 jaar aanbesteed. Alleen op deze wijze kunnen private partijen in hun bieding rekening houden met de verwachte (economische) levensduur en onderhoudscycli van een bouwproject. Aangezien het bij deze bouwprojecten gaat om wegen, scholen, ziekenhuizen en gevangenissen (etc.) is de economische levensduur daarvan in het algemeen langer dan 10 jaar en wordt het eerste grote onderhoud pas rond die periode gepleegd, zodat met een concessie-periode van 25-30 jaar een optimale invulling kan worden gegeven aan de life-cycle benadering.

Naast de economische levensduur en de planning van groot onderhoud dienen opdrachtgevers in hun afwegingen omtrent de duur van de contractperiode eveneens mee te nemen de aard en omvang van de door hen aan de dienst te stellen eisen, de mogelijkheden van alternatief gebruik na de looptijd van het contract door opdrachtgever of door opdrachtnemer indien sprake kan zijn van een restwaarde, de financieringsmogelijkheden voor opdrachtnemer, de mogelijkheid van contractverlenging en in de nabije toekomst mogelijk te verwachten technologische veranderingen en/of beleidsdoelstellingen welke maken dat ondanks de wijzigingenprocedure in het contract een korte contractsperiode gewenst is.

In de aanbestedingsprocedure kan ruimte worden gelaten voor een nadere invulling van de contractduur door opdrachtnemer op basis van vorenvermelde principes. Duidelijk dient dan

¹⁹ Zie hoofdstuk 1.

wel te zijn (en te worden gemaakt door opdrachtgever) hoe de biedingen van opdrachtnemers waarin verschillende contractduren worden gehanteerd (aanbestedingsrechtelijk) tegen elkaar zullen worden afgewogen. Een langere contractduur zou een hogere netto contante waarde met zich mee kunnen brengen maar een lagere beschikbaarheidsvergoeding. Technische aspecten zijn daarbij -gelet op de langere gebruiksperiode - tevens van belang

Indien het DBFM-contract is geëindigd dient het bouwproject aan opdrachtgever te worden terugggegeven aan de hand van vooraf door opdrachtgever gespecificeerde teruggave-eisen.²⁰

3.3 Aanvangsdatum

Tussen de datum waarop het contract wordt ondertekend en de aanvangsdatum kan enige ruimte liggen teneinde opdrachtnemer in de gelegenheid te stellen aan nader te bepalen verplichtingen te voldoen. Het gaat daarbij om verplichtingen die voor de contractsluiting zelf niet van doorslaggevend belang zijn maar wel voor de daadwerkelijke aanvang van de werkzaamheden door opdrachtnemer. In het contract wordt dan bepaald dat opdrachtnemer bijvoorbeeld niet eerder met de werkzaamheden mag aanvangen dan nadat het ontwerp tot een bestek is uitgewerkt, een kwaliteitsborgingsplan is opgesteld en aantoonbaar is voldaan aan de verzekeringsplicht uit hoofde van het contract.

Het niet voldoen aan deze aanvangsvoorwaarden binnen een bepaalde termijn na de ondertekening van het contract levert een beëindigingsgrond op van het DBFM-contract in aanvulling waarop door opdrachtgever een boete kan worden gesteld teneinde de kosten te verhalen van het - in de meeste gevallen - doorlopen van een volledige aanbestedingsprocedure indien de vergoeding, die bij beëindiging door opdrachtnemer aan opdrachtgever dient te worden betaald daarin niet volledig voorziet.

²⁰ Zie hoofdstuk 2.

Belangenoverzicht

Belangschets

Ten tijde van de contractsluiting is het niet noodzakelijk dat opdrachtnemer reeds aan alle uit het DBFM-contract voortvloeiende verplichtingen voldoet, aan sommige verplichtingen zal opdrachtnemer op dat moment ook nog niet kunnen voldoen. Opdrachtgever heeft er belang bij dat voor opdrachtnemer daadwerkelijk met de werkzaamheden aanvangt door opdrachtnemer aan deze verplichtingen is voldaan.

Oplossingsrichting

In het DBFM-contract kan worden gewerkt met een aanvangsdatum op welke datum door opdrachtnemer aan de verplichtingen dient te zijn voldaan waaraan opdrachtnemer op de contractdatum nog niet behoefde te voldoen. Indien op de aanvangsdatum door opdrachtnemer nog niet aan deze verplichtingen is voldaan, wordt het aan opdrachtnemer niet toegestaan om met de feitelijke werkzaamheden aan te vangen. Teneinde opdrachtnemer voldoende incentive te geven om de aanvangsdatum te halen wordt het niet halen daarvan aangemerkt als een beëindigingsgrond van het DBFM-contract, in sommige gevallen aan te vullen met een boete.

Hoofdstuk 4. Wijziging van het contract

4.1 Inleiding

DBFM-contracten worden gesloten voor een lange termijn (15 tot 25 jaren). Het is aannemelijk dat zich in die periode ontwikkelingen zullen voordoen die voor de uitvoering van het contract van belang zijn. Het kan daarbij gaan om veranderingen van feitelijke aard, die inhoud en omvang van de door de opdrachtnemer te verrichten werkzaamheden kunnen beïnvloeden. Een voorbeeld is de realisatie van een nieuwe woonwijk langs een via een DBFM-contract geëxploiteerde snelweg, waarvoor door de opdrachtnemer een nieuwe toe- en afrit op die snelweg moet worden gemaakt. Naast dergelijke feitelijke wijzigingen kunnen zich ook in juridische zin wijzigingen voordoen. Een voorbeeld is de totstandkoming van een wet die nieuwe veiligheidsvoorzieningen vereist voor een via een DBFM-contract geëxploiteerde school.

Het is in het belang van alle bij het DBFM-contract betrokken partijen, dat op voorhand procedurele afspraken worden vastgelegd over de wijze waarop partijen met dergelijke situaties zullen omgaan. Het gaat daarbij om vragen als: wie is gerechtigd een wijziging van het contract voor te stellen, welke informatie dient bij een wijzigingsvoorstel te worden verstrekt, mag een wijzigingsvoorstel worden geweigerd? Naast deze procedurele afspraken dient voorts een helder kader te worden geschapen om de financiële consequentie van een wijzigingsvoorstel vast te stellen.

In dit hoofdstuk zullen deze vragen afzonderlijk worden besproken voor feitelijke wijzigingen en wetswijzigingen. Tenslotte zal bezien worden hoe de aldus besproken wijzigingssystematieken in een DBFM-contract zich verhouden tot de regeling onvoorzienne omstandigheden van artikel 6:258 BW.

4.2 Feitelijke wijzigingen

Feitelijke wijzigingen kunnen zowel voor de opdrachtgever als voor de opdrachtnemer reden zijn om wijziging van het contract na te streven. Een door de opdrachtgever gewenste wijziging zal aan de orde zijn in het hierboven beschreven voorbeeld, waarbij in afwijking van de opgestelde outputspecificaties een extra toe- en afrit voor een snelweg dient te worden gerealiseerd. Een door de opdrachtnemer gewenste wijziging kan bijvoorbeeld aan de orde zijn, indien hij door een aanpassing in het ontwerp van een door hem te exploiteren gebouw een besparing in onderhoudskosten kan realiseren. Beide situaties zullen hierna aan de orde komen.

4.2.1 Feitelijke wijziging op voorstel opdrachtgever

De opdrachtgever zal in het DBFM-contract zoveel mogelijk het principe willen vastleggen dat een door hem (of zijn politieke omgeving) gewenste wijziging ook door de opdrachtnemer dient te worden uitgevoerd. Een dergelijke wijzigingen zal - gezien het karakter van het DBFM-contract - steeds de vorm hebben van een wijziging van de outputspecificatie. Een rechtstreekse wijziging van door de opdrachtnemer gemaakte uitvoeringsstukken (bijvoorbeeld bestek, onderhoudsplan) past niet bij deze contractvorm.

In de meeste situaties zal de opdrachtnemer tegen een wijzigingsvoorstel van de opdrachtgever geen bezwaar hebben, mits hij voor eventuele meerkosten in financiële zin voldoende wordt gecompenseerd. Vanzelfsprekend zal de opdrachtgever ervan uitgaan dat een eventuele kostenverlaging voor de opdrachtnemer als gevolg van de wijziging ook volledig aan hem (opdrachtgever) ten goede komt.

Er kunnen echter redenen zijn waarom de opdrachtnemer zich tegen een door de opdrachtgever beoogde wijziging wenst te verzetten. De voornaamste redenen daarvoor bij de opdrachtnemer zijn:

- a) de gewenste wijziging is technisch niet realiseerbaar;
- b) de gewenste wijziging noopt de opdrachtnemer tot handelen in strijd met de wet;
- c) de gewenste wijziging leidt tot een verhoogd risico voor de opdrachtnemer om beneden met de opdrachtgever overeengekomen kwaliteitsniveaus te presteren, waardoor hij een verhoogd risico loopt van betalingskortingen;

Hierbij moet bedacht worden dat deze bezwaren zelden "rechtstreeks" bij de opdrachtnemer zullen bestaan. De opdrachtnemer laat immers (vrijwel) het gehele contract uitvoeren door zijn onderaannemers. Bezwaren tegen een door de opdrachtgever gewenste wijziging zullen daarom meestal uiteindelijk afkomstig zijn van de onderaannemers of de financiers.

De eerste twee genoemde redenen geven normaal gesproken geen probleem bij de onderhandelingen over het DBFM-contract. Zij worden meestal als gerechtvaardigde gronden voor weigering van een wijzigingsvoorstel van de opdrachtgever aanvaard.

De derde genoemde grond is in de praktijk problematischer. Het is immers niet steeds eenvoudig om vast te stellen of, en zo ja in welke mate, een wijzigingsvoorstel leidt tot wijziging van het risicoprofiel van het project. Vooropgesteld moet worden dat het risicoprofiel van een project op twee manieren van belang kan zijn. In de meest vergaande vorm kan een bepaald risicoprofiel ertoe leiden dat het project als gevolg van de wijziging niet (meer) gefinancierd wordt door externe financiers. In een minder vergaande vorm kan een bepaald risicoprofiel ertoe leiden dat de externe financiers een hogere risicopremie op hun financieringstarieven zullen wensen, waardoor de financieringslasten van de opdrachtnemer toenemen. In beide situa-

ties zal het risicoprofiel en de daarmee samenhangende kans op betalingskortingen tevens van belang kunnen zijn voor de verschaffers van eigen vermogen. Ook zij kunnen het onaanvaardbaar vinden dat het door hen aan te houden vermogen wordt blootgesteld aan bepaalde risico's, of in ieder geval kunnen zij de rendementseisen ten aanzien van het eigen vermogen vergroten.

De situatie waarin het risicoprofiel van een project door een wijziging zodanig zou verslechteren dat er geen externe financiering meer te verkrijgen is, is van al deze mogelijkheden de meest heldere. Of financiering al of niet beschikbaar kan zijn, kan met een gedegen marktuitvraag betrekkelijk eenvoudig worden gesteld. Zijn er geen externe financiers (van voldoende soliditeit en tegen aanvaardbare tarieven) bereid de benodigde financiering te verstrekken, dan wordt daardoor de uitvoering van de desbetreffende wijziging door de opdrachtnemer praktisch onmogelijk. De opdrachtgever heeft dan in feite geen andere keuze dan af te zien van de door hem gewenste wijziging, tenzij hij de financiering (al of niet via een betaling ineens) zelf verstrekt.

Lastiger te hanteren is de discussie over hogere financieringskosten of hogere rendementseisen op eigen vermogen als gevolg van een gewijzigd risicoprofiel. Niet steeds zal gemakkelijk kunnen worden vastgesteld of een wijzigingsvoorstel überhaupt dergelijke hoge lasten rechtvaardigt. En als al aannemelijk is dat enige verhoging gerechtvaardigd is, kan nog discussie ontstaan over de omvang van die verhoging. Hierbij is voor de opdrachtgever een compliceerende factor dat de onderhandelingen over de financiële gevolgen van een wijzigingsvoorstel worden gevoerd in een "één op één-situatie", derhalve zonder de competitieve druk die in een aanbestedingssituatie geldt. Een oplossing voor deze discussie is niet gemakkelijk te geven. Een mogelijkheid is om van de opdrachtnemer te verlangen dat hij financieringsoffertes vraagt van meerdere banken. Aldus zou toch getracht kunnen worden een zekere mate van competitieve spanning te creëren. Gegeven de reeds voor het project bestaande financieringsstructuren zal dat echter niet altijd soelaas bieden. Daarom wordt dikwijls gekozen voor een andere oplossing: de door de opdrachtnemer opgegeven extra kosten als gevolg van het wijzigende risicoprofiel worden desgewenst bindend getoetst door één (of meer) onafhankelijke deskundige(n).

In andere dan de drie hier genoemde situaties ligt het niet voor de hand dat de opdrachtnemer een door de opdrachtgever gewenste wijziging kan tegenhouden. Het gaat er dan vooral om dat hij een toereikende financiële compensatie krijgt voor de financiële gevolgen van de wijziging. In de verschillende DBFM-contracten die in Nederland tot nu toe zijn gesloten zijn diverse manieren beschreven voor het berekenen van de aan de opdrachtnemer te betalen compensatie. In de kern komt het er echter steeds op neer dat een adequate berekening wordt gemaakt van enerzijds (de contante waarde van) de extra kosten voor de opdrachtnemer als gevolg van de wijziging en anderzijds de (contante waarde van de) eventueel verminderde

kosten en extra inkomsten voor de opdrachtnemer als gevolg van de wijziging. Desgewenst kan bij de berekening van extra kosten voor sommige kostenposten gebruik gemaakt worden van tevoren vast te leggen forfaitaire bedragen of tevoren vast te leggen eenheidsprijzen. Uiteindelijk zal het resultaat van de uit te voeren berekeningen ertoe moeten leiden dat de opdrachtnemer er als gevolg van de wijziging niet slechter, maar ook niet beter van wordt.

Ook bij de berekening van de kosten van een wijziging doet zich het probleem voor dat de onderhandelingen gevoerd worden zonder concurrentie. Dit probleem is soms te ondervangen door te werken met eenheidsprijzen en vaste opslagen voor winst, overhead en eventueel risico.

Dat brengt echter niet altijd de oplossing. De mogelijkheid van een "echte" marktvraag is beperkt, omdat de opdrachtnemer meestal geen andere aannemer aanvaardt op "zijn" project²¹. Voor dat dilemma wordt wel eens gedacht aan het werken door de opdrachtnemer met een "verplichte" onderaannemer, namelijk degene die de beste aanbieder deed, maar ook dat is niet altijd haalbaar. Kostenbepaling door een onafhankelijke deskundige is dan meestal de enige oplossing.

Bij de berekening van de kosten van de wijziging verdienen ook aandacht de kosten die de opdrachtnemer moet maken om de "wijzigingswens" van de opdrachtgever "te vertalen" in uitgewerkte tekeningen, berekeningen etc. Het is logisch dat de opdrachtnemer deze kosten zoveel mogelijk vergoed wil zien. Anderzijds is ook begrijpelijk dat de opdrachtgever binnen de bestaande contractuele relatie de mogelijkheid wil hebben om laagdrempelig en tegen beperkte kosten de "haalbaarheid" van bepaalde wijzigingsmogelijkheden te kunnen toetsen bij de opdrachtnemer. Om deze niet geheel synchrone uitgangspunten te verenigen wordt in DBFM-contracten wel afgesproken dat de opdrachtgever een eerste globale uitwerking ("op schetsniveau") kosteloos van de opdrachtnemer kan verlangen. De kosten van een verdere uitwerking dienen dan wel integraal aan de opdrachtnemer vergoed te worden. Ook wordt wel gewerkt met een "cap" op bijvoorbeeld het aantal verzoeken om een "schets-uitwerking" dat een opdrachtgever kosteloos kan doen en/of de omvang van het bedrag dat met een dergelijk verzoek voor de opdrachtnemer gemoeid mag zijn. Voor zover de opdrachtnemer in dergelijke afspraken nog een risico onderkent, zal hij proberen dat risico in zijn oorspronkelijke bieding voor het DBFM-contract te "prijzen".

Als de financiële gevolgen van een wijziging tussen partijen zijn overeengekomen en de wijziging (dus) wordt uitgevoerd, dient nog de vraag aan de orde te komen op welke wijze deze

²¹ Zie omtrent dit probleem ook hoofdstuk 7: benchmark en market testing. De onderwerpen zijn verwant, omdat de opdrachtgever ook buiten situaties van benchmarking of market testing via een wijziging zal willen ingrijpen indien een duidelijke kostenbesparing bereikt kan worden en de opdrachtnemer daartoe niet zelf via een wijzigingsvoorstel het initiatief neemt.

kosten door de opdrachtgever aan de opdrachtnemer worden betaald. Grofweg zijn daarbij drie betalingswijzen te onderscheiden, namelijk betaling ineens, betaling in termijnen en betaling via aanpassing van de krachtens het DBFM-contract te betalen (beschikbaarheids-) vergoeding. De keuze welke betalingswijze gehanteerd wordt, wordt meestal aan de opdrachtgever overgelaten, zij het dat ter bescherming van de belangen van de opdrachtnemer daarbij soms "randvoorwaarden" worden geformuleerd, bijvoorbeeld samenhangend met het tijdstip van de wijziging of de omvang van de betaling. In algemene zin kan gezegd worden dat betaling in ééns aantrekkelijk kan zijn voor niet-omvangrijke wijzigingen die slechts een eenmalige uitgave van de opdrachtnemer vereisen (bijvoorbeeld: beperkte bouwkundige aanpassingen). Betaling in termijnen kan aantrekkelijk zijn bij niet-omvangrijke terugkerende kostenposten voor de opdrachtnemer (bijvoorbeeld: reguliere onderhoudskosten). Betaling via de (beschikbaarheids-)vergoeding kan voor de opdrachtgever aantrekkelijk zijn omdat daardoor ook voor de wijziging de prikkels tot presteren relevant worden, die voortvloeien uit de mogelijkheid om de betalingen te korten bij onvoldoende prestaties van de opdrachtnemer²².

4.2.2 Feitelijke wijziging op verzoek van opdrachtnemer

Vanzelfsprekend kan ook de opdrachtnemer een wijzigingsverzoek indienen. Daarbij kan nog onderscheiden worden tussen wijzigingsvoorstellen van ondergeschikte aard, die niet leiden tot nadelige (financiële) gevolgen voor het project en ook overigens in overeenstemming zijn met het DBFM-contract en meer omvattende wijzigingsvoorstellen die daadwerkelijk een afwijking van het DBFM-contract met zich meebrengen.

Met betrekking tot de eerste categorie wijzigingen (wellicht beter aanpassingen genoemd) geldt dat opdrachtnemer deze te allen tijde aan opdrachtgever kan voorstellen, zonder dat daartoe doorgaans een afzonderlijke te volgen procedure in het DBFM-contract is opgenomen - e.e.a. is uiteraard afhankelijk van projectspecifieke omstandigheden - behoudens waarborgen met betrekking tot door opdrachtnemer te verstrekken gewijzigde contractdocumentatie. Met betrekking tot de tweede categorie wijzigingen kan het volgende worden opgemerkt.

Aangenomen mag worden dat opdrachtnemer daartoe slechts zal overgaan indien hij daarbij (financieel) belang heeft, hetzij doordat hij als gevolg van de wijziging minder kosten denkt te kunnen maken of extra inkomsten denkt te kunnen genereren, hetzij omdat hij verwacht het risicoprofiel van het project gunstig te kunnen beïnvloeden (en daardoor indirect meer inkomsten te genereren).

²² Hierbij zal echter tussen partijen overeenstemming bereikt moeten worden over de benodigde aanpassing van de beschikbaarheidsvergoeding. Dit kan, mede gezien de implicaties van het werken met het Financieel Model, een tijdrovende en kostbare exercitie zijn.

Van opdrachtgeverszijde zou betoogd kunnen worden dat financiële voordelen als gevolg van een door de opdrachtgever voorgestelde wijziging direct "vertaald" behoren te worden in een verlaging van de beschikbaarheidsvergoeding. Wanneer echter het DBFM-contract alle aldus te realiseren voordelen van de opdrachtnemer zou "afromen", zou er geen prikkel zijn voor de opdrachtnemer om zelf wijzigingsvoorstellen te doen. Dat zou ongunstig kunnen zijn voor het project. De opdrachtnemer zal immers meestal beter dan de opdrachtgever zicht hebben op besparingsmogelijkheden. In veel contracten wordt daarom via een "benefit sharing-mechanisme" een prikkel ingebouwd voor de opdrachtnemer om zelf met wijzigingsvoorstellen te komen. Een dergelijk mechanisme bevat een verdeelsleutel om de te behalen voordelen over opdrachtgever en opdrachtnemer te verdelen. Aldus kan de opdrachtnemer via een wijzigingsvoorstel zijn marges vergroten, terwijl de opdrachtgever een besparing kan realiseren.

Langs deze weg bevatten DBFM-contracten een recht voor de opdrachtnemer om wijzigingsvoorstellen te doen. Er bestaat echter meestal geen plicht voor de opdrachtgever om een dergelijk wijzigingsvoorstel te aanvaarden. De opdrachtgever komt meestal de vrijheid toe om al of niet met een wijzigingsvoorstel van de opdrachtnemer akkoord te gaan, zelfs indien het voorstel aanzienlijke besparingen met zich meebrengt. De gedachte hierbij is dat het uiteindelijk aan de opdrachtgever is om te bepalen op welke wijze het door hem opgedragen project wordt uitgevoerd.

Overigens kan geconstateerd worden dat bij DBFM-contracten voor gebouwen inmiddels ook een "lichte" wijzigingsprocedure ingang heeft gevonden, voor kleine wijzigingen, die geen impact hebben op de kwaliteit van de dienstverlening. Aldus wordt voor de opdrachtnemer flexibiliteit gecreëerd zonder dat hij genoodzaakt is de "zware" wijzigingsprocedure te doorlopen.

4.3 Wetswijziging

Ook een wetswijziging kan zowel opdrachtgever, als opdrachtnemer nopen tot wijziging van het DBFM-contract. Het gaat hier echter, anders dan bij een feitelijke wijziging, niet om een "vrijblijvende" situatie, waarin partijen in beginsel vrijelijk kunnen bepalen of zij al of niet met een wijzigingsvoorstel komen. Een wetswijziging kan leiden tot een situatie waarin het project zonder wijziging van het contract niet langer in overeenstemming is met wet- en regelgeving. In die situatie is het in het belang van beide partijen dat een wijziging van het contract - afdwingbaar - kan worden doorgevoerd. Daarnaast kan een wetswijziging ertoe leiden dat de opdrachtnemer voor hogere lasten komt te staan bij de uitvoering van het contract, hoewel de wetswijziging niet noopt tot wijziging van het contract (bijvoorbeeld: er wordt een belasting ingevoerd op de prijs van asphalt, waardoor de DBFM-exploitant van een weg hogere onderhoudslasten krijgt). De vraag in die situatie is of de opdrachtnemer ook zonder wijziging van het contract aanspraak kan maken op vergoeding van de hogere kosten.

4.3.1 Wetswijziging die noopt tot wijziging van het contract

Wanneer een wetswijziging noopt tot wijziging van het contract ligt het voor de hand die wijziging in procedurele zin te laten verlopen volgens de regels voor een feitelijke wijziging: De stappen die gezet moeten worden om tot een door beide partijen aanvaarde wijziging te komen zijn immers dezelfde. Omdat het de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer is om het contract uit te voeren in overeenstemming met alle geldende wet- en regelgeving pleegt de opdrachtnemer ook de verantwoordelijkheid te hebben om bij een wetswijziging het eventueel noodzakelijke wijzigingsvoorstel te doen. De opdrachtgever behoeft in die systematiek derhalve bij een wetswijziging de opdrachtnemer niet te "waarschuwen".

Gegeven het feit dat in een dergelijke situatie het wijzigingsvoorstel voortvloeit uit de noodzaak om te blijven voldoen aan wet- en regelgeving heeft de opdrachtgever echter - anders dan bij feitelijke wijzigingen - niet het recht om het wijzigingsvoorstel geheel af te wijzen. Wél heeft hij de mogelijkheid om tegenvoorstellen te doen. Mochten opdrachtgever en opdrachtnemer geen overeenstemming kunnen bereiken over een adequate wijziging om aan de wetswijziging te voldoen, dan dient de opdrachtgever het DBFM-contract te beëindigen. Soms wordt die beëindigingsgrondslag expliciet benoemd. In andere situaties wordt teruggevallen op de mogelijkheid van de opdrachtgever om het contract te beëindigen "for convenience" ('omdat hij dat nodig vindt'). Bij een dergelijke beëindiging dient aan de opdrachtnemer een integrale vergoeding van gemaakte kosten en gedeelde winst te worden betaald.

Voor wat betreft de financiële consequenties van het wijzigingsvoorstel is het van belang onderscheid te maken tussen kosten in de kapitaalsfeer en kosten in de exploitatiesfeer. Of kosten in de kapitaalsfeer moeten worden vergoed, is afhankelijk van het soort wetswijziging. Hier zullen de hierna onder 4.3.2 te bespreken uitgangspunten kunnen worden toegepast. Voor kosten in de exploitatiesfeer is niet alleen het soort wetswijziging van belang, maar ook de overige in het DBFM-contract voorkomende prijsaanpassings-mechanismen, zoals indexeringsclausules en mogelijkheden voor bench-marking. Voor zover die mechanismen reeds voor "absorptie" van de financiële gevolgen van een wetswijziging zorgen, behoeft in het kader van die wetswijziging zelf niet nogmaals in compensatie van die kosten voorzien te worden.

Voor mogelijke invloed van een wijziging als gevolg van een wetswijziging op het risico-profiel van het project geldt hetgeen hierboven reeds is opgemerkt inzake feitelijke wijzigingen.

4.3.2 Financiële compensatie voor gevolgen van een wetswijziging

Of de opdrachtnemer ook zonder wijziging van het contract compensatie dient te krijgen voor de gevolgen van een wetswijziging is een vraag die voor aanzienlijke discussie kan zorgen bij de totstandkoming van een DBFM-contract. Het antwoord hangt af van diverse factoren.

In algemene zin kan als uitgangspunt gelden dat alleen compensatie dient te worden verstrekt indien de opdrachtnemer de desbetreffende wetswijziging niet behoefde te voorzien (bijvoorbeeld omdat er al een wetsvoorstel aanhangig was bij de tot stand koming van het DBFM-contract), indien hij er niet reeds langs andere weg voor wordt gecompenseerd (bijvoorbeeld doordat de kostenstijging als gevolg van de wetswijziging geabsorbeerd wordt door een toepasselijke index of via een benchmark procedure) en indien de gevolgen van de wetswijziging niet voor zijn risico behoren te komen (bijvoorbeeld omdat de opdrachtnemer zelf aanleiding heeft gegeven voor de wetswijziging).

Voorts kan in algemene zin worden opgemerkt dat opdrachtnemers - anders dan zij wel eens betogen - er niet vanuit kunnen gaan dat opdrachtgevers (deel uitmakend van de publieke sector) steeds bepalende invloed hebben op het wetgevingsproces en dat zij dus steeds compensatie dienen te verstrekken als dit wetgevingsproces leidt tot nadeel voor de opdrachtnemer. In ieder geval voor lagere overheden geldt dat hun invloed op wetgeving van hogere bestuurslagen beperkt is. Voor hen gaat een dergelijke gedachtengang derhalve reeds om die reden niet op. Echter, ook op rijksniveau is een dergelijke redenering te kort door de bocht. Niet alleen vanwege de competenties van de verschillende vakdepartementen, maar ook vanwege de invloed van Europese regelgeving. Vanuit de optiek van de opdrachtnemer zullen dit soort overwegingen meestal weinig uitmaken. De gedachte dat alle wetswijzigingen hem "opgelegd" worden zal bij hem al spoedig op de voorgrond staan. Vanuit het perspectief van de opdrachtgever kan dit soort verschillen echter toch aanleiding zijn tot nuancering en/of risico-verdeling.

Bij het bepalen van aanspraken op compensatie bij wetswijziging wordt wel onderscheid gemaakt tussen algemeen werkende wetgeving en specifieke wetgeving. Bijvoorbeeld voor het soort project dat onderwerp is van het DBFM-contract of voor een bepaalde vorm van activiteiten die onder dat contract moeten worden uitgevoerd.

Voor algemeen geldende wetgeving wordt aangenomen dat deze in beginsel voor risico van de opdrachtnemer komt, tenzij sprake is van onaanvaardbare consequenties. De gedachte hierbij is dat wetswijzigingen die de gehele economie raken meestal wel in algemeen werkende indexen worden gereflecteerd. Van onaanvaardbare consequenties zou dan bijvoorbeeld sprake kunnen zijn bij niet-voorziene forse kapitaalsinvesteringen of niet-voorziene stijgingen van exploitatielasten die niet via indexerings- of benchmark-mechanismes worden gecompenseerd. In dergelijke gevallen kan bijvoorbeeld gewerkt worden met drempelbedragen, waarboven een recht op compensatie bestaat. In sommige contracten worden ook de aanspraken op een dergelijke compensatie nog gestaffeld, teneinde een prikkel voor de opdrachtnemer in te bouwen voor een zo efficiënt mogelijke beheersing van de consequenties van de wetswijziging.

Bij specifieke wetswijzigingen in de hierboven bedoelde zin wordt eerder een aanspraak op compensatie aan de opdrachtnemer toegekend. Ook hier gelden de randvoorwaarden dat de

desbetreffende wetswijziging niet voorzienbaar moet zijn geweest en dat de gevolgen zo efficiënt mogelijk moeten worden beheerst. Binnen die grenzen pleegt de opdrachtnemer in beginsel een aanspraak op compensatie te verkrijgen, zij het dat ook daarbij nog wel met drempelbedragen en/of staffels gewerkt kan worden, terwijl het aggregaat van eventuele claims meestal wordt gemaximeerd tot een zogenaamde “cap”.

4.4 Rol Financieel Model

Wanneer (wets-) wijzigingen in de hierboven besproken zin voor de opdrachtnemer gecompenseerd worden via een wijziging van de beschikbaarheidsvergoeding, rijst de vraag in hoeverre bij de berekening van die wijziging van de beschikbaarheidsvergoeding betekenis toekomt aan het Financieel Model. Deze vraag wordt besproken in hoofdstuk 9.

4.5 Onvoorziene omstandigheden in het Burgerlijk Wetboek

Door middel van de wijzigingsregeling in het DBFM-contract, alsmede door de diverse andere risico-verdelingsbepalingen in dat contract beogen partijen dikwijls toereikende mechanismes te creëren om onvoorziene omstandigheden op te vangen. Als gevolg daarvan wordt in het DBFM-contract wel bepaald dat er voor toepassing van de onvoorziene omstandighedenregeling van artikel 6:258 BW geen plaats meer is. Daarmee is niet beoogd, artikel 6:258 BW "weg te contracteren". Dat is immers niet mogelijk, omdat dit artikel van dwingend recht is. Partijen beogen uitsluitend te voorkomen dat de rechter buiten de bepalingen van het contract ook ingrijpt in de verhoudingen tussen partijen. Overigens zijn er ook contracten die weliswaar vastleggen dat zij uitputtend bedoeld zijn, maar die toch een "noodvoorziening" mogelijk maken voor gevallen waarin het contract ondanks alle specifieke regelingen niet voorziet.

Belangenoverzicht

Belangenschets

In situaties van wetswijziging of feitelijke wijziging wenst de opdrachtnemer zo breed mogelijke financiële bescherming. Wanneer de opdrachtgever een wijziging voorstelt wil de opdrachtnemer niet verplicht zijn tot medewerking, tenzij gewaarborgd is dat zijn risico's niet toenemen en zijn financiële lasten gecompenseerd worden.

De opdrachtgever streeft via de wijzigingsprocedure een optimale flexibiliteit van het DBFM-contract na. Bij onderhandelingen over financiële gevolgen van wijzigingen wil hij ondanks het ontbreken van competitieve spanning, zoveel mogelijk grip op de opdrachtnemer hebben.

Oplossingsrichting

De opdrachtnemer heeft een aanspraak op financiële compensatie indien hij in preventieve en creatieve zin al het mogelijke heeft gedaan een kostenstijging te voorkomen en de schade niet tot zijn risico-sfeer behoort. De opdrachtgever mag via vormen van "eigen risico" van de opdrachtnemer prikkels inbouwen om de effecten van een wijziging zo efficiënt mogelijk te managen. Deze prikkels moeten niet tot een onevenredige beprijzing door de opdrachtnemer leiden. Door objectivering van kostenberekening (bijvoorbeeld via eenheidsprijzen), of benchmarking kan het ontbreken van competitieve spanning (gedeeltelijk) worden gecompenseerd.

Hoofdstuk 5. Betalingsmechanisme

5.1 Hoofdvormen van betaling

De opdrachtnemer, die krachtens de "F" in het DBFM-contract de financiering van het project verzorgt, dient uiteindelijk uit de exploitatie van het te realiseren object zijn investeringen terug te kunnen verdienen. De inkomstenstroom die door de exploitatie van het object kan worden gegenereerd vormt de basis voor de projectfinanciering. De vergoeding die de opdrachtgever voor de prestaties van de opdrachtnemer betaalt, kan onderscheiden worden in twee hoofdvormen.

Bij de ene hoofdvorm is vergoeding gerelateerd aan de mate van beschikbaarheid van het object, ongeacht het daadwerkelijke gebruik van het object. Deze vorm is tot 2005 toe gebruikelijk voor de door de Nederlandse overheid gesloten DBFM-contracten bij pps-projecten. De opdrachtgever is degene die dergelijke beschikbaarheidsvergoedingen aan de opdrachtnemer betaalt. Gebruikers van het gerealiseerde object betalen geen vergoeding aan de exploitant (de opdrachtnemer).

Bij de andere hoofdvorm hangt de vergoeding voor de opdrachtnemer juist wel af van het feitelijk gebruik dat van het object gemaakt wordt (bijvoorbeeld: het aantal auto's dat over een weg rijdt of het aantal leerlingen dat op een school zit). Het contract kan dan het karakter hebben van een concessie, waarbij de opdrachtnemer van de opdrachtgever het recht krijgt om voor het gebruik van het gerealiseerde object (al of niet binnen bepaalde grenzen) direct een vergoeding te vragen van de feitelijke gebruikers ervan. Ook is een gebruiksgerelateerde vorm mogelijk waarbij niet de feitelijke gebruikers, maar de opdrachtgever op basis van gebruik door derden de vergoeding van de opdrachtnemer betaalt. De hoogte van de door de opdrachtgever te betalen vergoeding wordt dan dus bepaald door het feitelijk gebruik (en niet, zoals bij de andere hoofdvorm van betaling, de mate van beschikbaarheid). Een voorbeeld van een dergelijk systeem is het heffen van zogenaamde "schaduwto". Het aantal auto's op een weg wordt geteld en is bepalend voor de door de opdrachtgever te betalen vergoeding. Dit systeem is gehanteerd voor de financiering van de Wijkertunnel.

In beide hoofdvormen zal de opdrachtgever een prikkel wensen voor de opdrachtnemer om goed te presteren. Bij systemen van tol of schaduwto zal die prikkel er voornamelijk in gelegen zijn dat bij een goede dienstverlening door de opdrachtnemer zijn "klandizie" (het aantal gebruikers van zijn dienst) zal toenemen, hetgeen ook de inkomsten voor de opdrachtnemer zal doen toenemen. De opdrachtgever behoeft daar niet veel verdere prikkels aan toe te voegen. Veelal zal de opdrachtnemer juist bepaalde minimumwaarborgen van de opdrachtgever ver-

langen ter beheersing van het volumerisico. Het verkeersaanbod op een weg zal immers niet alleen beïnvloed worden door de kwaliteit van die weg, maar ook door de (door de opdrachtgever vastgestelde) hoogte van de tol-tarieven of het mobiliteitsbeleid van de overheid. Die factoren zijn voor de opdrachtnemer moeilijk te beïnvloeden en hij zal daaromtrent dan ook bepaalde garanties vragen van de opdrachtgever.

Nu deze betalingsvormen in Nederlandse DBFM-contracten niet zijn toegepast, zal hier niet nader op volume gerelateerde vergoedingen worden ingegaan. Hierna zal verder uitsluitend aandacht worden besteed aan beschikbaarheidsgerelateerde vergoedingen.

5.2 Boetes en Kortingen

De prikkels die de opdrachtgever inbouwt bij een systeem van beschikbaarheidsbetalingen hebben in de praktijk dikwijls de vorm van financiële sancties. Is de dienstverlening "onder de maat" dan legt de opdrachtgever boetes op of houdt hij kortingen in. De opdrachtnemer verdient dan minder met de exploitatie van het object dan het geval zou zijn geweest bij een dienstverlening conform de afgesproken kwaliteitsnormen.

Prikkels zouden natuurlijk ook kunnen uitgaan van een door de opdrachtnemer te verdienen bonus bij een dienstverlening boven het overeengekomen kwaliteitsniveau. Daarmee is in de Nederlandse praktijk nog weinig ervaring opgedaan.

Het ontwerpen van een goed functionerend systeem van boetes en kortingen is een gecompliceerd onderdeel van het DBFM-contract. De prikkels die ervan uitgaan moeten zodanig zijn dat zij voor de opdrachtnemer daadwerkelijk functioneren als "stok achter de deur". Zij moeten echter niet zodanig streng zijn dat de inkomsten van opdrachtnemer disproportioneel zouden aantasten. Dat zou tot een zeker defaitisme bij de opdrachtnemer kunnen leiden, maar zal in ieder geval de financiers van het project reden tot zorg geven. Hun financiering zal immers met de exploitatie van het project moeten worden terugverdiend. Als het risico van boetes en korting te groot wordt geacht, zullen financiers geen financiering meer verstrekken of in ieder geval een extra risicotoeslag in hun rentemarges opnemen. De boetes en kortingen zullen daarom het juiste midden moeten houden tussen "te soft" en "te streng". Daarbij kunnen mitigerende instrumenten een rol spelen, zoals een "gewenningsperiode" aan het begin van de exploitatie, en de mogelijkheid om eenmaal verbeurde kortingen door "goed gedrag" terug te verdienen.

Hoewel de systematiek van boetes en kortingen als snel een relatief grote plaats opeist in een DBFM-contract, kan deze systematiek bij infrastructuurprojecten nog relatief beperkt zijn. De mate van beschikbaarheid van een spoorweg of een weg kan betrekkelijk gemakkelijk worden beschreven en - in ieder geval in Nederland - zijn de categorieën van gedragingen waarvoor

een boete kan worden opgelegd in algemene kwalificaties vastgelegd. Daarbij hoeft niet iedere individuele schending van de afgesproken kwaliteitscriteria een korting tot gevolg te hebben. Vaak wordt een systeem gehanteerd waarbij "boetepunten" worden opgelegd. Pas bij overschrijding van een bepaald aantal boetepunten volgt een daadwerkelijke korting. Boetepunten kunnen worden opgelegd vanuit de opdrachtgever mits overeengekomen, hebben vooral een belangrijke signaalfunctie en kunnen gemotiveerd worden betwist vanuit de opdrachtnemer. Boetepunten maken het mogelijk voor de publieke opdrachtgever om in het kader van haar publieke taak een signaal af te geven wanneer de opdrachtnemer in onvoldoende mate aan bepaalde verplichtingen voldoet.

Onderkend wordt dat dergelijke "brede" omschrijvingen het risico van interpretatiegeschillen in zich dragen, maar dat risico is in Nederlandse projecten tot nu toe meestal geprefereerd boven de soms vuistdikke gedetailleerde omschrijvingen van boeteplichtige gedragingen die in het Verenigd Koninkrijk wel worden gehanteerd.

Voor huisvestingsprojecten wordt een boete- en kortingssysteem al snel gecompliceerder. Zaken als verlichtingsniveau, klimaatbeheersingsniveau en schoonmaakeisen dwingen vaak tot gedetailleerde beschrijvingen. Bovendien moet in de sanctieniveaus gedifferentieerd worden tussen schendingen van kwaliteitsnormen die tot daadwerkelijke onbruikbaarheid van de huisvesting leiden en schendingen die weliswaar tot hinder leiden, maar het gebruik van de huisvesting niet onmogelijk maken.

Met de wijze waarop in de praktijk met boetesystemen wordt omgegaan zal in Nederland nog ervaring moeten worden opgedaan. Alle tot nu toe in Nederland tot stand gebrachte DBFM-contracten hebben "op papier" een dergelijk systeem, maar slechts een zeer gering aantal functioneert inmiddels ook feitelijk. In de onderhandelingen over de sanctiesystemen is door opdrachtnemers wel eens de zorg geuit dat opdrachtgevers in de verleiding zouden komen om de sanctiesystemen zeer strikt toe te passen, uitsluitend met als oogmerk het behalen van financieel voordeel. Van opdrachtgeverszijde wordt daarop geantwoord "dat wij in Nederland zo niet met elkaar omgaan". Het zou wenselijk zijn als in de praktijk inderdaad een zeker pragmatisme bij sanctieoplegging zou blijven prevaleren.

5.3 Eenmalige betaling

In veel Nederlandse DBFM-contracten is het uitgangspunt dat de opdrachtnemer zijn investeringen in het project volledig dient terug te verdienen uit de exploitatie daarvan gemitigeerd. Er wordt dan gewerkt met een eenmalige betaling van de opdrachtgever aan de opdrachtnemer bij voltooiing van het te realiseren object. Het voordeel van een dergelijke eenmalige betaling is dat de financieringskosten van de opdrachtnemer beperkt worden, zodat de opdrachtgever een lagere beschikbaarheidsvergoeding hoeft te betalen. Door de eenmalige betaling te

koppelen aan het moment van voltooiing van het te realiseren object wordt bereikt dat de financiële prikkel om tijdig en deugdelijk op te leveren zo groot mogelijk is. Immers, gedurende de bouwfase, die meestal als de meest riskante projectfase wordt beschouwd, is de financiële exposure van de opdrachtnemer maximaal. Als eenmaal voltooid is zijn de projectrisico's meestal kleiner en is een beperktere financiële prikkel voor de opdrachtnemer als gevolg van de eenmalige betaling aanvaardbaar. De hoogte van die som moet zo gekozen worden dat ook na betaling voldoende prikkels overblijven om de opdrachtnemer deugdelijk te laten presteren.

5.4 Solvabiliteitsvrije financiering

Een andere methode om de kosten van financiering door de private opdrachtnemer te beperken is het structureren van (een deel van) de door hem te sluiten financiering als een zogenaamde solvabiliteitsvrije lening. Bij een dergelijke financiering wordt het solvabiliteitsrisico van de private partij geëcarteerd, doordat de publieke opdrachtgever de terugbetaling van (een deel van) de financiering garandeert. Die garantie impliceert tevens dat ook bij beëindiging van het contract wegens wanprestatie door de opdrachtnemer of bij het opleggen van boetes of kortingen de terugbetaling door de opdrachtnemer aan de financiers niet in gevaar zal komen. Een dergelijke vorm van financieren kan dus de prikkels tot presteren voor de opdrachtnemer beperken, maar in een aantal Nederlandse DBFM-projecten is toch voor deze financieringsvorm gekozen, omdat de financieringsvoordelen aantrekkelijk worden en de resterende financiële prikkels toereikend worden geacht.

Belangenoverzicht

Belangenschets

Bij betaling op basis van beschikbaarheidsvergoedingen wenst de opdrachtnemer een voorstelbaar systeem dat weliswaar prikkelt tot goed presteren, maar geen onevenredige kortingen kent. De opdrachtgever wil een systeem dat de opdrachtnemer prikkelt tot goede prestaties, zijn financiers prikkelt tot goed toezicht op de bedrijfsvoering van de projectvennootschap en dat de component "financieringslasten" in de beschikbaarheidsvergoeding zo laag mogelijk houdt.

Oplossingsrichting

Een toegankelijk systeem, dat in de praktijk eenvoudig en eenduidig is toe te passen. Focus van de prikkels meer op het in stand houden van adequate organisatorische processen, dan op het "afstraffen" van individuele fouten. Naast de uitwerking van een dergelijk systeem in het DBFM-contract is ook een realistische toepassing in de praktijk van groot belang.

Hoofdstuk 6. Step-in rechten/direct agreements

6.1 Inleiding

Bij de uitvoering van een project moet rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat de opdrachtnemer tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen zowel naar de opdrachtgever (onder het DBFM-contract) als naar de banken (onder de financieringsovereenkomst). Naast het evidente nadeel voor de contractpartijen van de opdrachtnemer, is de beëindiging van het DBFM-contract ook vanuit maatschappelijk oogpunt zeer ongewenst. Deze projecten zullen immers altijd een publiek karakter hebben. Voorkomen moet worden dat ziekenhuizen, wegen, spoorlijnen, ministeries en scholen als gevolg hiervan uitvallen.

In de Engelse praktijk kent men al jaren de mogelijkheid om gebruik te maken van step-in rechten, meestal vastgelegd in "direct agreements"²³ als middel zowel voor de opdrachtgever om in geval van calamiteiten zelf (een aantal) verplichtingen uit te voeren, als voor de banken om bij tekortkoming van de opdrachtnemer controle over het project te krijgen teneinde daarmee de continuïteit te waarborgen. In Nederland heeft men deze structuur gevolgd met aanpassingen voorzover nodig naar Nederlands recht. Omdat de aandeelhouders van de opdrachtnemer controle over de opdrachtnemer en daarmee over het project hebben, zullen de step-in rechten van de opdrachtgever en de banken alleen als laatste redmiddel worden gebruikt. Het voordeel daarvan is dat deze aandeelhouders, nog meer dan zij gewend zijn, de opdrachtnemer dienen te volgen indien zij de werking van de step-in rechten willen vermijden. Een botsing tussen step-in rechten van de opdrachtgever uit hoofde van het DBFM-contract en de step-in rechten van de banken uit hoofde van direct agreements doet zich niet voor. Immers, in de direct agreement tussen de banken, opdrachtnemer en opdrachtgever wordt het DBFM-contract inhoudelijk niet gewijzigd en zullen daaruit voortvloeiende rechten, zoals step-in rechten voor opdrachtgever, worden gerespecteerd.

Door het bedingen van step-in rechten in het DBFM-contract kan de opdrachtgever, in geval van calamiteiten verplichtingen van de opdrachtnemer zelf uitvoeren. De banken zijn door de

²³ Het Engelse recht geeft de mogelijkheid in geval van uitwinning van bedongen zekerheden effectief controle te krijgen over de vermogensbestanddelen van de vennootschap of meer in het bijzonder het de facto controleren en voortzetten van de ondernemingsactiviteiten door middel van het aanstellen van een soort bewindvoerder ("receiver"). Aangezien het gebruik van projectfinancieringen ook werd toegepast in jurisdicties waar deze "receivership" bij het uitwinnen van zekerheden niet mogelijk is, zoals in Nederland, werd de techniek van direct agreements ontwikkeld teneinde alsnog effectief controle te krijgen over het voortzetten van het project.

bepalingen in de direct agreements in de gelegenheid het project te continueren. In beginsel zullen er bij een project de volgende step-in rechtsverhoudingen²⁴ zijn:

- (i) de opdrachtgever met de opdrachtnemer, meestal uitgewerkt in het DBFM-contract;
- (ii) de banken met de onderaannemers ten aanzien van de project-overeenkomsten, uitgewerkt in direct agreements; en
- (iii) de banken met de opdrachtgever ten aanzien van het DBFM-contract, uitgewerkt in een direct agreement.

Een voordeel van de step-in rechtsverhouding is dat de opdrachtgever en de banken direct betrokken zijn bij de ontwikkelingen van de opdrachtnemer. Dat is met name in het geval van tekortkoming in de nakoming van de projectovereenkomsten of het DBFM-contract, dan wel een dreigend faillissement van de opdrachtnemer.

In dit hoofdstuk zullen achtereenvolgens de step-in rechten ten behoeve van de opdrachtgever en de banken worden besproken.

6.2 Step-in rechten van de opdrachtgever jegens de opdrachtnemer

Gedurende de looptijd van het project kunnen zich omstandigheden voordoen waarbij de opdrachtgever het wenselijk acht om de verplichtingen die de opdrachtnemer onder het DBFM-contract heeft, zelf te (doen) vervullen. Het betreft omstandigheden die bijvoorbeeld een gevaar vormen voor gezondheid en/of veiligheid, ofwel van dringende politieke of bestuurlijke aard zijn. Deze omstandigheden kunnen veroorzaakt worden door: (i) toedoen van de opdrachtnemer of (ii) externe factoren. In laatstgenoemd geval valt te denken aan de dreiging van een terroristische aanslag waardoor de in het DBFM-contract overeengekomen beveiligingseisen niet (meer) voldoende zijn. Het DBFM-contract voorziet voor die omstandigheden in step-in rechten voor de opdrachtgever. De opdrachtgever stapt als het ware in de plaats van de opdrachtnemer voor de tijd dat het "probleem" bestaat. Dit betekent dat een aantal of alle rechten en verplichtingen van de opdrachtnemer worden opgeschort. Daar step-in rechten voor de opdrachtgever gezien worden als een ingrijpend middel zal het DBFM-contract precies dienen te beschrijven onder welke omstandigheden de opdrachtgever hiervan gebruik mag maken. De opdrachtgever zal overigens niet gedwongen kunnen worden om zijn step-in rechten uit te oefenen. Het betreft een recht en geen verplichting. Voorts doen de step-in rechten uiteindelijk niet af aan het recht van de opdrachtgever om het DBFM-contract te beëindigen. De schade die daaruit voortvloeit, zal worden verwerkt in een vergoeding die de opdrachtnemer krijgt bij beëindiging van de overeenkomst.

²⁴ Naast de hier genoemde step-in rechtsverhoudingen kan bij beëindiging van het DBFM-contract ook nog gedacht worden aan step-in rechten voor de opdrachtgever jegens de onderaannemers en andere derden.

Het DBFM-contract omschrijft in welke gevallen en binnen welke termijnen de opdrachtgever de opdrachtnemer dient te informeren dat hij gebruik wenst te maken van zijn step-in rechten, de redenen hiervan, vanaf welk moment de step-in rechten worden gebruikt, de duur waarvoor deze zullen worden uitgeoefend alsmede aanvullende regelingen in verband met het uitoefenen van de step-in rechten (bijvoorbeeld toegang tot het gebouw ten behoeve van de opdrachtgever). Verder zullen de resterende rechten en verplichtingen van de opdrachtnemer dienen te worden vastgesteld. Het moge duidelijk zijn dat de opdrachtnemer rekening dient te houden met deze step-in rechten bij het aangaan van de projectovereenkomsten met de onderaannemers en bij het aangaan van de leningovereenkomst met de banken, in die zin dat de onderaannemers en de banken deze rechten zullen respecteren.

In geval de opdrachtnemer zijn verplichtingen onder het DBFM-contract nakomt, maar het vanwege externe omstandigheden desondanks noodzakelijk is dat de opdrachtgever zijn step-in rechten uitoefent, is het gebruikelijk dat partijen afspreken dat de verplichtingen van de opdrachtnemer onder de overeenkomst geheel of gedeeltelijk tijdelijk worden opgeschort. Gedurende deze periode dient de opdrachtgever wel volledig aan zijn betalingsverplichting onder het DBFM-contract te blijven voldoen. De vergoeding voor de door de opdrachtnemer nog te leveren diensten zullen op de overeengekomen wijze worden berekend en voldaan.

Het is ook mogelijk dat de opdrachtnemer zijn verplichtingen onder het DBFM-contract niet (voldoende) nakomt en deze niet-nakoming een omstandigheid vormt op grond waarvan de opdrachtgever gebruik wenst te maken van zijn step-in rechten. Het is in de praktijk gebruikelijk om de opdrachtnemer een periode te gunnen om deze niet-nakoming te herstellen. Na het verstrijken van deze periode mag de opdrachtgever zelf deze verplichtingen nakomen voor rekening van de opdrachtnemer, desnoods door het inschakelen van een derde. Partijen spreken dan gewoonlijk af dat de door de opdrachtgever te betalen vergoedingen onder het DBFM-contract worden verminderd met de kosten van het door de opdrachtgever zelf verrichte gedeelte van de verplichtingen. Ook hier zullen partijen dienen af te spreken dat de verplichting van de opdrachtnemer om zijn verplichtingen onder het DBFM-contract na te komen, tijdelijk (gedeeltelijk) wordt opgeschort. Deze verplichtingen zullen weer voor rekening van de opdrachtnemer komen zodra de opdrachtgever zijn step-in rechten heeft beëindigd. Gedurende de uitoefening van zijn step-in rechten zal de opdrachtgever het DBFM-contract niet beëindigen.

6.3 Direct agreements ten behoeve van de banken

6.3.1 Algemeen

Zoals eerder uiteengezet zijn de banken bij een projectfinanciering voor de aflossing van de lening en het betalen van de rente in zeer grote mate afhankelijk van de vergoedingen die de opdrachtgever aan de opdrachtnemer betaalt. Deze vergoedingen worden alleen voldaan in-

dien de opdrachtnemer zijn verplichtingen onder het DBFM-contract nakomt. Bij DBFM-contracten worden de diensten vaak geleverd door (door de opdrachtnemer) gecontracteerde onderaannemers. Hierbij kan men denken aan aannemers, adviseurs, schoonmaakbedrijven, beveiliging, catering etc. Derhalve hebben banken zowel groot belang bij het nakomen van de verplichtingen van de opdrachtnemer uit hoofde van het DBFM-contract als bij het nakomen van de verplichtingen van de onderaannemers uit hoofde van de projectovereenkomsten. De banken zullen dus omwille van de beperkte verhaalbaarheid van hun vordering op de opdrachtnemer naast de bedongen zekerheden ook de mogelijkheid willen hebben om de voortgang van het project te controleren indien de opdrachtnemer in zijn nakoming tekort schiet. Voortzetting van het project is de enige mogelijkheid om de geprognoseerde inkomsten ook daadwerkelijk te ontvangen. De wijze waarop dit veelal wordt gedaan is door middel van het aangaan van direct agreements met de onderaannemers, alsook met de opdrachtgever. Op basis van deze overeenkomsten kunnen de banken contractuele relaties bestendigen en het project dus continueren buiten de opdrachtnemer om.

Direct agreements lopen parallel met de door de opdrachtnemer aangegane projectovereenkomsten en vormen hierop een aanvulling. Het voornaamste doel is om de banken, indien de opdrachtgever tekort schiet bij de nakoming van zijn verplichtingen onder de projectovereenkomsten, de mogelijkheid te bieden om te voorkomen dat de projectovereenkomsten en uiteindelijk het DBFM-contract worden beëindigd. De projectovereenkomsten zullen immers vrijwel altijd eindigen indien de opdrachtnemer zijn verplichtingen jegens de onderaannemers niet of niet tijdig nakomt. Te denken valt voornamelijk aan het niet nakomen van een betalingsverplichting aan de onderaannemers. Daarnaast verschaft het de mogelijkheid voor de banken om het project voort te zetten en kunnen derhalve de verplichtingen onder de leningen blijven worden voldaan. Ook voor onderaannemers is het een gunstig mechanisme omdat de projectovereenkomsten die zij met de opdrachtnemer zijn aangegaan niet hoeven te worden beëindigd. Een nadeel kan zijn dat de direct agreements uitonderhandeld dienen te worden met de onderaannemers, hetgeen de nodige tijd in beslag kan nemen en dus ook kosten met zich mee kan brengen.

Direct agreements zijn ook een nuttig instrument voor de opdrachtgever. Indien de banken gebruik maken van de direct agreements blijft de afgesproken dienstverlening plaatsvinden. De kernclausules van de direct agreements zijn de condities waaronder de banken gebruik mogen maken van de rechten uit hoofde van de direct agreements, op welke wijze de banken de projectovereenkomsten met de onderaannemers overnemen van de opdrachtnemer en de juridische uitvoering van de direct agreements. Ook zal worden bepaald welke entiteit namens de banken de step-in rechten zal uitoefenen. Dit zal een door de banken aan te wijzen derde zijn.

Ook is het van belang om te regelen hoe lang de rechten van de banken doorlopen en welke de beëindigingsgronden zijn voor de direct agreements. Voorts dient er geregeld te worden dat de opdrachtgever in het DBFM-contract en de onderaannemers in de projectovereenkomsten bij voorbaat instemmen met ofwel hun medewerking verlenen aan het gebruik maken van en uitwerking geven aan de direct agreements door de banken of een door hun aan te wijzen derde.

6.3.2 Mechanisme

Het is belangrijk vast te stellen op welk moment de banken gebruik mogen maken van de rechten uit hoofde van de direct agreements en op welke wijze de banken op de hoogte worden gesteld van een zodanig moment. De banken krijgen vanaf dat moment een periode om te beslissen welke acties zullen worden ondernomen.

De volgende fasen dienen daarbij in de direct agreements te worden onderscheiden:

1. Kennisgeving van beëindiging respectievelijk van voornemen tot aanvraag faillissement en kennisgeving vervroegde opeisbaarheid;
2. Interim Periode;
3. Instapperiode; en
4. Contractoverneming of het aangaan van nieuwe overeenkomsten.

1. *Kennisgevingen*

In de direct agreements zullen bepalingen worden opgenomen waarbij de opdrachtgever voor wat betreft het DBFM-contract en de onderaannemers voor wat betreft de projectovereenkomsten, verklaren dat zij het DBFM-contract respectievelijk de andere projectovereenkomsten niet zullen beëindigen of het faillissement van de opdrachtnemer zullen aanvragen dan nadat zij de banken hieromtrent hebben geïnformeerd middels een kennisgeving van beëindiging respectievelijk van voornemen tot aanvraag faillissement. Daarnaast zullen de banken indien er sprake is van vervroegde opeising van de verschuldigde bedragen uit hoofde van de financieringsovereenkomsten de opdrachtgever hiervan op de hoogte stellen middels een kennisgeving van vervroegde opeisbaarheid.

2. *Interim Periode*

Vanaf het moment van voornoemde kennisgevingen vangt de zogenaamde Interim Periode aan. De onderaannemers en de opdrachtgever zullen een lijst overleggen van alle tot dat moment door de opdrachtnemer niet nagekomen verplichtingen. Op deze wijze kunnen de banken zich een beeld vormen van de eventuele verplichtingen en aansprakelijkheden van de opdrachtnemer. Gedurende deze Interim Periode blijft het DBFM-contract onverminderd van kracht.

Gedurende de Interim Periode kunnen de banken de opdrachtgever verzoeken in overleg te treden over te verrichten werkzaamheden om de niet nagekomen verplichtingen te her-

stellen ("Kennisgeving van Herstructurering") teneinde een herstelprogramma overeen te komen uit te voeren door de opdrachtnemer. De opdrachtgever zal gedurende deze periode het DBFM-contract niet mogen beëindigen, tenzij de Kennisgeving van Herstructurering niet wordt gegeven of er geen herstelprogramma wordt overeengekomen. Hetzelfde geldt voor de onderaannemers voor wat betreft de andere projectovereenkomsten.

3. *Instap Periode*

Na ontvangst van het Herstelrapport kunnen de banken binnen een bepaalde tevoren overeengekomen periode besluiten in het project te stappen. Daarbij voert de opdrachtnemer de verplichtingen van het DBFM-contract uit en:

- zullen de banken het project beheren en waar nodig reorganiseren;
- mogen de opdrachtgever respectievelijk de onderaannemers gedurende de step-in periode het DBFM-contract respectievelijk de projectovereenkomsten niet beëindigen voor in het verleden ontstane tekortkomingen in de nakoming van de verplichtingen van de opdrachtnemer, uiteraard kunnen bepaalde tekortkomingen hiervan worden uitgesloten;
- mogen de opdrachtgever en onderaannemers het DBFM-contract respectievelijk de projectovereenkomsten wél beëindigen indien er zich gedurende de Instap Periode tekortkomingen voordoen in de nakoming van de verplichtingen uit de overeenkomsten.

Tijdens de Instap Periode zal bepaald worden of er zicht is op herstel van de tekortkomingen van de opdrachtnemer. De volgende situaties kunnen zich voordoen:

1. de tekortkomingen worden hersteld en de banken "stappen uit", in welk geval de opdrachtnemer het project continueert; of
2. er is geen zicht op herstel van de tekortkomingen in welk geval de banken:
 - (i) ofwel hun step-in rechten beëindigen, als gevolg waarvan de toestand van ingebrekestelling herleeft;
 - (ii) ofwel een nieuw vehikel nomineren om in de plaats van de opdrachtnemer te treden door gebruikmaking van contractoverneming (buiten faillissement) of door gebruikmaking van "novatie", dat wil zeggen het beëindigen van de lopende projectovereenkomsten en het tegelijk onder dezelfde voorwaarden en bepalingen aangaan van nieuwe projectovereenkomsten door de nieuwe opdrachtnemer;
 - (iii) ofwel de aandelen in het kapitaal van de opdrachtnemer aan een door hem genomineerd nieuw vehikel overdragen of op andere wijze ingrijpen in de contractuele of vennootschappelijke structuur van de opdrachtnemer.

De opdrachtnemer zal voor opties 2 (ii) en (iii) een instemmingsrecht verkrijgen met betrekking tot de identiteit van de nieuwe entiteit.

De nieuwe entiteit zal alleen instaan voor verplichtingen na datum Contractoverneming of het aangaan van een nieuw contract. De nieuwe entiteit zal aan de opdrachtgever een vergoeding verschuldigd zijn.

4. *Contractoverneming of het aangaan van nieuwe overeenkomsten*

Zoals gezegd zijn er twee manieren waarop een door de banken aangewezen vehikel in de plaats van de opdrachtnemer kan treden:

- a) Contractoverneming (6:159 BW); of
- b) beëindiging van projectovereenkomsten onder de voorwaarde dat de onderaannemers nieuwe projectovereenkomsten direct met de nieuwe opdrachtnemer sluiten onder dezelfde condities als de bestaande overeenkomsten.

a) Contractoverneming (artikel 6:159 BW)

Naar Nederlands recht draagt men alle rechten en verplichtingen uit een bepaalde rechtsverhouding aan een derde over door de juridische figuur van contractsoverneming. In de praktijk worden de projectovereenkomsten en het DBFM-contract voorwaardelijk overgedragen door separate overeenkomsten tussen de banken en de opdrachtnemer, waaraan de onderaannemers en de opdrachtgever meewerken. Indien de in de direct agreement beschreven voorwaarde wordt vervuld, gaan alle rechten en verplichtingen automatisch over. Enkele aandachtspunten bij de redactie van de direct agreements indien gekozen wordt voor het mechanisme van Contractoverneming zijn:

- Het is mogelijk sommige rechten/verplichtingen niet over te laten gaan (6:150 lid 2 BW) bijvoorbeeld verplichtingen van de opdrachtnemer om schadevergoeding te betalen aan zijn voormalige contractpartijen.
- In de direct agreements zal aangegeven moeten worden wanneer er tot Contractoverneming zal worden overgegaan. De vervulling van de aan de Contractoverneming ten grondslag liggende voorwaarden mag niet slechts afhankelijk zijn van de enkele wil van de banken. Contractoverneming "indien de banken dit willen" doet namelijk noch een voorwaardelijke, noch een onvoorwaardelijke verbintenis tot stand komen. Dergelijke voorwaarden, die potestatieve voorwaarden worden genoemd, doen dus geen verbintenis tot stand komen. Om dit te voorkomen zullen de voorwaarden die aan de Contractoverneming ten grondslag worden gelegd dan ook een objectief element dienen te bevatten. Contractoverneming kan dus afhankelijk worden gesteld van een onzekere, toekomstige gebeurtenis, mits het intreden van deze gebeurtenis niet afhankelijk is van de willekeur van de banken.
- Bij Contractoverneming dient men zich er verder van bewust te zijn dat rechten van pand of -hypotheek die verstrekt zijn door derden ter securering van de verplichtingen van de opdrachtnemer niet over zullen gaan op de banken die in diens plaats treden. Dit geldt eveneens voor borgtochten of garanties die door een derde ten behoeve van de opdrachtgever zijn gesteld. Deze zekerheidsrechten gaan alleen over bij Contractoverneming als de derde die de betreffende ze-

kerheid heeft verstrekt daarmee voorafgaand aan die Contractoverneming uitdrukkelijk heeft ingestemd. Het is dus nodig om ten tijde van het aangaan van de direct agreement de instemming van de derde te verkrijgen. Indien van voorafgaande instemming door de derde geen sprake is, zal het betreffende zekerheidsrecht door Contractoverneming komen te vervallen. Zo zal de garantie die door een sponsor van de opdrachtnemer ten gunste van de opdrachtgever is gesteld als gevolg van de Contractoverneming komen te vervallen, indien een sponsor niet vóór de Contractoverneming heeft ingestemd met handhaving van deze garantie. De achtergrond van deze regeling is dat een derde die zich borg stelt voor de oorspronkelijke schuldenaar (de opdrachtnemer) of op wiens goed een pandrecht of een hypotheek voor diens schuld rust, kan worden benadeeld doordat de schuld wordt overgenomen door een schuldenaar die minder solvent is dan de oorspronkelijke schuldenaar. In dat geval is het risico voor de derde dat zijn goederen uitgewonnen worden of dat hij als borg of garant wordt aangesproken, immers groter.

- De Contractoverneming (en hetzelfde geldt voor novatie) zal gepaard gaan met overdracht van goederen van de opdrachtnemer aan de door de banken aan te wijzen entiteit. Hierbij dient ervoor gewaakt te worden dat het naar Nederlands recht niet is toegestaan om goederen over te dragen indien daarbij niet daadwerkelijk de rechtsovergang van het betreffende goed in het vermogen van de verkrijger (de banken) is beoogd, maar in feite wordt beoogd de banken zekerheid of een andere minder omvattend recht dan de eigendom te verschaffen. De overdracht van een goed in strijd met dit zogenaamde "fiducia verbod" (artikel 3:84 lid 3 BW) is nietig. De intentie van partijen moet er daadwerkelijk op gericht zijn dat de goederen in eigendom overgaan in het vermogen van de banken, die deze goederen zullen aanwenden om het project voort te zetten. De ratio van deze regeling is erin gelegen dat Nederlands recht voorziet in een gesloten stelsel van beperkte rechten (zoals pand en hypotheek) en het niet is toegestaan om eigendomsbevoegdheden met betrekking tot een goed door middel van een geclausuleerde overdracht te verdelen en op die wijze buiten de wet om nieuwe "beperkte" rechten in het leven te roepen. Voorwaarden in de direct agreements die tot gevolg hebben dat de banken niet de volledige eigendom over de aan het project gelieerde en aan de opdrachtnemer in eigendom toebehorende goederen in zijn vermogen verkrijgt, dienen dan ook vermeden te worden.
- Verder dient men alert te zijn op eventuele rechten van pand en hypotheek die ten gunste van de banken op de goederen van de opdrachtnemer zijn gevestigd. Bij het in eigendom overdragen van die betreffende goederen aan de banken schuilt namelijk het gevaar dat er in strijd wordt gehandeld met het zogenaamde "toe-eigeningsverbod" (artikel 3:235 BW). Deze wettelijke regeling houdt in dat het een houder van een pand- of hypotheekrecht (de banken) niet is toegestaan

zich te verhalen door middel van het zich toe-eigenen van het bezwaarde goed. In geval er een reële tegenprestatie wordt vergoed, zal niet snel worden geoordeeld dat er sprake is van toe-eigening. Teneinde toepasselijkheid van het verbod van toe-eigening te voorkomen zal er dan ook in de voorwaarden van de direct agreements dienen te worden opgenomen dat er een reële vergoeding voor de betreffende goederen aan de opdrachtnemer voldaan zal worden.

- In het geval de opdrachtnemer roerende of onroerende zaken in eigendom heeft, zullen ook deze voorwaardelijk overgedragen dienen te worden volgens de daartoe geldende overdrachtseisen. Een dergelijke bepaling kan in de direct agreement opgenomen worden. Voor roerende zaken is dat veelal bezitsverschaffing. Voor onroerende zaken is een notariële akte vereist. De bovengenoemde aandachtspunten gelden ook voor deze overdracht.²⁵

b) Beëindiging overeenkomsten en aangaan nieuwe overeenkomsten

Indien de voorwaarde zich voordoet waaronder de door de banken te nomineren nieuwe entiteit het project wil overnemen, dienen alle projectovereenkomsten te eindigen onder de voorwaarde dat de onderaannemers c.q. de opdrachtgever nieuwe overeenkomsten met de nieuwe opdrachtnemer aangaan. Het is daarbij van belang dat in de direct agreement is bepaald dat de nieuwe overeenkomsten onder dezelfde voorwaarden en bepalingen worden aangegaan. Het is ter vrije keuze van partijen of de variant van de hiervoor omschreven Contractoverneming wordt gekozen dan wel de variant waarbij de projectovereenkomsten eindigen en nieuwe worden aangegaan. Echter in verband met de onzekerheden omtrent de voorwaardelijke Contractoverneming in geval van faillissement van de opdrachtnemer, kan het de voorkeur hebben om de laatstgenoemde variant te kiezen.

In alle gevallen waarbij de banken step-in rechten krijgen, mogen de andere schuldeisers van de opdrachtnemer niet worden benadeeld, omdat de step-in rechten anders kunnen worden vernietigd op grond van "pauliana". Van benadeling zal niet snel sprake zijn indien de banken een redelijke prijs voor de over te nemen overeenkomsten of zaken zullen betalen aan de opdrachtnemer of dat al hetgeen overblijft na aflossing van de lening aan de opdrachtnemer zal worden betaald.

²⁵ In geval bepaalde schulden van de opdrachtnemer dienen te worden overgenomen door de banken kan gedacht worden aan de figuur van schuldoverneming (6:155 BW).

Belangenoverzicht

Belangschets

De opdrachtgever heeft zowel belang bij het bedingen van eigen step-in rechten in het DBFM-contract in verband met de mogelijkheid zelf in te grijpen bij calamiteiten, alsook bij het aangaan van direct agreements door banken als middel om het project te continueren.

De opdrachtnemer heeft slechts belang bij step-in rechten uit hoofde van de direct agreements teneinde de financiering voor zichzelf mogelijk te maken.

Het belang van de banken is gelegen in het ten behoeve van zichzelf vastleggen van step-in rechten in direct agreements zowel jegens de opdrachtgever als jegens de onderaannemers in verband met de mogelijkheid tot voortzetting van de contractuele relaties en daarmee de continuering van het project (om daarmee voldoende inkomsten te genereren om rente en aflossing te voldoen).

Oplossingsoprichting

In het DBFM-contract zullen step-in rechten ten behoeve van de opdrachtgever worden bedongen terzake van het ingrijpen bij calamiteiten. Daar step-in rechten voor opdrachtgever als gevolg van het geheel of gedeeltelijk tijdelijk opschorten van de verplichtingen van de opdrachtnemer onder de overeenkomst, een ingrijpend middel zijn voor de opdrachtnemer, is het in het belang van de opdrachtnemer dat het DBFM-contract precies beschrijft onder welke omstandigheden de opdrachtgever hiervan gebruik mag maken. De banken zullen uit hoofde van de financiering direct agreements aangaan met de opdrachtgever terzake van het DBFM-contract en de onderaannemers terzake van de projectovereenkomsten teneinde de mogelijkheid te behouden het project te continueren. Een tijdelijke onderbreking van (een minimale) beschikbaarheid dient daarbij ten behoeve van opdrachtgever te worden vermeden.

Hoofdstuk 7. Indexering, benchmark, market testing

7.1 Inleiding

De lange looptijd van een DBFM-contract noopt ertoe mechanismen af te spreken voor aanpassing van de door de opdrachtgever aan de opdrachtnemer te betalen (beschikbaarheids-)vergoeding. Dergelijke aanpassingen kunnen aan de orde zijn bij wijzigingen van het contract²⁶, maar ook op reguliere basis om de effecten van markt- en prijsontwikkelingen in de beschikbaarheidsvergoeding te verdisconteren. Voor dit laatste is de meest voor de hand liggende methode het opnemen van een indexeringsformule. Niet in alle gevallen is een dergelijke formule echter "passend". Bij wijziging van het contract is een indexering sowieso niet bruikbaar om de gevolgen van de wijziging te verdisconteren. Dan kan overwogen worden te werken met "benchmarking" of met "market testing". Deze instrumenten worden vooral bij de zogenaamde "soft services" (bijvoorbeeld catering, schoonmaak, facility management) en bij huisvestingsprojecten (bijvoorbeeld scholen of ziekenhuizen) dikwijls toegepast in plaats van of als aanvulling op een index.

7.2 Indexering

De eenvoudigste manier om de vergoeding van de opdrachtnemer aan de loon- en prijsontwikkelingen aan te passen is het toepassen van een indexeringsformule. Een dergelijke formule dient bij voorkeur gebaseerd te worden op een index die gemakkelijk kenbaar is en naar verwachting gedurende de looptijd van het contract gepubliceerd zal worden. In Nederland zijn de CBS-indexen daarvan goede voorbeelden.

De index kan door de opdrachtgever eenzijdig in het DBFM-contract worden bepaald. Het is echter ook mogelijk om in het kader van de aanbesteding de gegadigden de mogelijkheid te geven om - binnen bepaalde kaders - een eigen voorstel te doen voor een indexeringsformule. In het algemeen ligt het voor de hand om niet de hele (beschikbaarheids-)vergoeding te indexeren. De in die vergoeding opgenomen component ter dekking van de bouwkosten zal namelijk meestal niet gevoelig zijn voor inflatie, omdat de opdrachtgever met zijn bouwonderaannemer(s) een "fixed price" bouwcontract pleegt af te sluiten. De indexeringsformule zal daarom slechts op een daarin te bepalen deel van de (beschikbaarheids-)vergoeding worden toegepast.

²⁶ Zie hoofdstuk 4.

7.3 Benchmarking

Voor aanpassing van de vergoeding ten behoeve van kosten waarvan geen geschikte index beschikbaar is, kan benchmarking een geschikt middel zijn. Benchmarking onderscheidt zich van market testing doordat geen daadwerkelijke marktvraag wordt gedaan. Daardoor is benchmarking een gemakkelijker te hanteren instrument. In de Nederlandse DBFM-contracten is noch met benchmarking, noch met market testing reeds praktische ervaring opgedaan. Het in deze paragrafen gestelde is daarom gebaseerd op ervaringen in het Verenigd Koninkrijk.

Bij de keuze tussen benchmarking of market testing wordt om de hiervoor genoemde reden meestal de voorkeur gegeven aan benchmarking. Market testing wordt dan slechts toegepast als partijen over een uitkomst van de benchmarking geen overeenstemming kunnen bereiken.

Bij het vastleggen van een benchmark mechanisme dient allereerst zo nauwkeurig mogelijk te worden omschreven welke dienst gebenchmarkt zal worden. Gaat het om een individuele dienst, zoals bijvoorbeeld schoonmaken, of gaat het om een pakket diensten? Ook is van belang hoe de bestaande kosten van de te benchmarken dienst worden vastgesteld. Moeten die afgeleid worden uit een opsplitsing van de (beschikbaarheids-)vergoeding aan de opdrachtgever of kan worden aangesloten bij de in een onderaannemingscontract vastgelegde prijs?

Bepaald zal moeten worden wie de benchmark-test uitvoert. In Engeland is dat vaak de opdrachtnemer, maar het is ook denkbaar dat een onafhankelijke derde (met relevante marktkennis) daarmee belast wordt. Ongeacht wie uiteindelijk wordt aangewezen, zal ook vastgelegd moeten zijn hoe tot de voor de benchmark benodigde representatieve steekproef moet worden gekomen.

Daarnaast is de frequentie van de benchmark van belang. Er zal in ieder geval een materiële periode moeten verstrijken na de contractsluiting voordat de eerste benchmark test wordt uitgevoerd. Zou die periode kort zijn, dan zou een gegadigde in de aanbesteding in de verleiding kunnen komen om de desbetreffende kosten laag in te schrijven in het vertrouwen dit via een snelle benchmark test te kunnen "herstellen".

Gedurende de looptijd van het contract kan op reguliere basis (bijvoorbeeld eens in de vijf jaren) een "verplichte" test worden uitgevoerd. Het is echter ook mogelijk af te spreken dat op bepaalde momenten (eens in de vijf jaren) alleen een test wordt uitgevoerd indien één van de partijen daartoe aanleiding ziet.

Tenslotte moet natuurlijk ook een regeling worden getroffen voor de verdiscontering van de uitkomst van de test in de nieuwe vergoeding. Indien de test uitwijst dat de bestaande prijs te

hoog is, dient - ervan uitgaande dat van een volledig vergelijkbaar dienstenniveau sprake is - de prijs tot marktniveau te worden aangepast, al of niet onder vervanging van de desbetreffende onderaannemer.

Als de test uitwijst dat het marktniveau hoger is dan de bestaande prijs, behoeft echter niet zonder meer de vergoeding te worden verhoogd. Denkbaar is immers dat de bestaande contractpartij efficiënter is dan het gemiddelde in de markt. Er is dan geen strikte noodzaak om hem voor die efficiency extra te belonen tot het volle niveau van het verschil met het marktniveau. Indien de lage prijs echter het gevolg is van een onvoldoende prijsaanpassing onder het indexeringsmechanisme, zodat de oorspronkelijke "business case" van de opdrachtnemer in dat opzicht niet meer klopt, dan zal het, al of niet onder toepassing van een zeker "demping-mechanisme" gerechtvaardigd zijn om de vergoeding te verhogen.

7.4 Market testing

De market testing is, zoals gezegd, gecompliceerder dan de benchmarking en daarom een lastiger toe te passen instrument. De reden hiervoor is dat het hierbij normaal gesproken gaat om een daadwerkelijke nieuwe uitvraag aan onderaannemers krachtens het DBFM te verrichten diensten.

Soms wordt gesuggereerd dat de market testing alleen maar gebruikt zou moeten worden om het prijsniveau in de markt vast te stellen, maar zonder mogelijkheid om de bestaande contractpartij te vervangen. Dat is in de praktijk niet goed denkbaar, omdat de markt niet erg zal meewerken aan een dergelijke test. Het is dan beter een benchmark test te doen.

Bij market testing spelen in ieder geval dezelfde aandachtspunten als bij benchmarking, zoals bijvoorbeeld het omschrijven van het object van de test, de organisatie van het proces en de frequentie van het onderzoek.

Daarnaast dient in ieder geval goede aandacht besteed te worden aan de identiteit van de partijen die bij de market test zullen kunnen meedingen. De opdrachtgever heeft een belang bij dat een minimum niveau van deskundigheid en solvabiliteit gewaarborgd is.

Belangenoverzicht

Belangenschets

De opdrachtnemer wil zo goed mogelijk beschermd worden tegen kostenstijging gedurende de looptijd van het contract.

De opdrachtgever wenst transparante en objectieve methoden om kostenontwikkelingen te verdisconteren in de beschikbaarheidsvergoeding. Deze methoden moeten eenvoudig hanteerbaar en niet gecompliceerd zijn.

Oplossingsrichting

Waar mogelijk moeten kostenstijgingen via een indexeringsmechanisme vertaald worden in de beschikbaarheidsvergoeding. Alleen als een bepaalde kostenpost niet adequaat via een index te beheersen is, kan overwogen worden een benchmarking of market testing toe te passen. Het structureren van dergelijke operaties vereist grote betrokkenheid en deskundigheid.

Hoofdstuk 8. Financiering

8.1 Inleiding

Een kenmerkend onderdeel van een DBFM-contract betreft de F-component. Immers, het integreren van een financiering in een DBFM-contract heeft als kenmerk dat de investeringskosten van de overheid (opdrachtgever) bij de private partijen (opdrachtnemer) komen te liggen. De opdrachtgever betaalt, zoals gezegd, niet voor een "gereed product", maar voor de beschikbaarheid van het gerealiseerde object gedurende de gehele looptijd van het contract.

De private partijen zullen dus naast kapitaal ook commerciële financiering, meestal in de vorm van projectfinanciering, van banken²⁷ moeten aantrekken.

In nagenoeg alle projecten richt de opdrachtnemer een schone "Special Purpose Vehicle" ("SPV") of "Special Purpose Company" ("SPC") op. Schone- wil hier zeggen, zonder eventuele aansprakelijkheden en verplichtingen als gevolg van activiteiten uit het verleden. De SPV neemt een centrale positie in binnen het project. Enerzijds gaat de SPV een langlopende verplichting (15-30 jaar) aan met de overheid in de vorm van een DBFM-contract en anderzijds gaat het ter uitvoering van het project zoveel mogelijk op een "back-to-back" wijze overeenkomsten aan met (onder-) aannemers en andere gecontracteerde derden.

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de wijze waarop DBFM-projecten worden gefinancierd, alsmede welke partijen hierbij een rol spelen. Afgesloten wordt met een overzicht van de voor projectfinancieringen gebruikelijke leningdocumentatie.

8.2 Vormen van financiering

In het geval van integratie van financieringen is afgezien van de klassieke goedkope – maar budgetruimte beslaande – publieke financiering²⁸. De opdrachtnemer zorgt voor het aantrekken van de financiering van het project door middel van eigen en vreemd vermogen. In dit

²⁷ De Europese Investeringsbank, tot stand gekomen in 1958 bij het Verdrag van Rome en in handen van de lidstaten van de Europese Unie, neemt bij projectfinancieringen een bijzondere plaats in. Immers, ter stimulering van projecten in diverse sectoren van de economie, verstrekt het leningen en garanties op non-profitbasis. Het feit dat geen onderscheid wordt aangebracht ten aanzien van het type project, locatie en status van leningnemers bij het vaststellen van de - gesubsidieerde - rente, geeft grote voordelen voor de sponsors van een project. Hoewel de Europese Investeringsbank een uitvoerig en langdurig besluitvormings- en due diligence proces kent, zal een onderzoek naar de mogelijkheid - zeker bij grote projecten - van een (deel-)financiering door de Europese Investeringsbank niet mogen ontbreken.

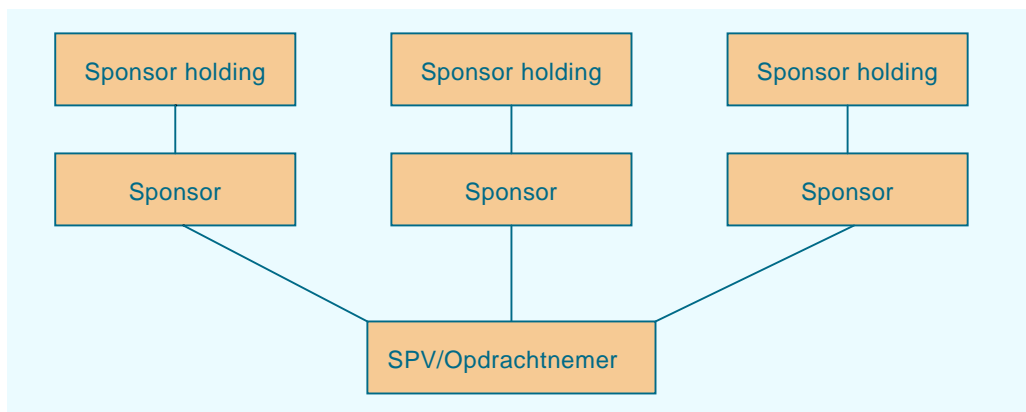
²⁸ Het nut van het integreren van een financiering in een DBFM-contract wordt door sommige schrijvers betwijfeld. Zie voor een kritische uiteenzetting het rapport opgesteld voor de IPPR Commission on Public Private Partnerships door Keith Palmer, voorzitter van de Cambridge Economic Policy Associates Ltd in 2000.

hoofdstuk zal er van uit worden gegaan dat de opdrachtnemer een SPV is, opgericht als besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.²⁹

Achtereenvolgens zullen ter sprake komen eigen vermogen, mezzanine leningen en commerciële leningen, de laatste in de vorm van projectfinanciering. Andere vormen van financiering, zoals obligatieleningen in al haar facetten, gaan het bestek van dit handboek te buiten.

8.2.1 Eigen vermogen

Eigen vermogen bestaat uit aandelenkapitaal, maar ook achtergestelde leningen kunnen als risicodragend tot het eigen vermogen worden gerekend. De aandeelhouders van de opdrachtnemer zullen meestal de sponsors zijn in een tussen hen afgesproken verhouding. Er kan ook gedacht worden aan institutionele beleggers en overheden. Bedacht moet daarbij wel worden dat de overheid als opdrachtgever daarmee een deel van het uitbestede risico terug haalt. Een typische vennootschapsstructuur is als volgt:



De aanwezigheid van eigen vermogen is van wezenlijk belang zowel voor de opdrachtgever als voor banken en andere financiers. Hiermee wordt immers duidelijk aangegeven dat de sponsors vertrouwen hebben in het project en commitment tonen ten aanzien van de uitvoerbaarheid van het project.

Factoren die van invloed zijn op de hoogte van het eigen vermogen, maar ook op het percentage van het eigen vermogen ten opzichte van het vreemd vermogen, zijn:

- **Marktperceptie:** Als vuistregel geldt dat hoe hoger de risico's volgens de markt, hoe groter het procentuele aandeel eigen vermogen in de totale financieringsbehoefte.
- **Kosten van eigen vermogen:** In het algemeen zullen eigen vermogensverstrekkers een hogere "return on investment" verlangen dan vreemd vermogensverstrekkers. Een gevolg

²⁹ Hoewel de meeste opdrachtnemers worden opgericht als besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid kan ook gedacht worden aan naamloze vennootschappen, coöperaties en personenvennootschappen zoals een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap. De keuze voor de rechtsvorm is afhankelijk van een aantal juridische (mate van aansprakelijkheid, d.w.z.: beperkt tot inbreng van vermogen of hoofdelijke aansprakelijkheid), fiscale (bijvoorbeeld het direct meenemen van financiële resultaten in eigen belastingaangifte) en jaarrekeningtechnische (al of niet off balance houden respectievelijk consolideren) factoren.

hiervan is dat bij een hoger percentage eigen vermogen de projectkosten zullen toenemen. De rendementseisen van private partijen verschillen niet alleen per sector, maar ook per onderneming en per project en zijn eveneens afhankelijk van de tijd en algemene economische omstandigheden. Door deze verschillen is het niet mogelijk om een eenduidige rendementseis voor het eigen vermogen van private partijen te formuleren.

- Vereisten banken: De banken zullen bepaalde financiële uitgangspunten ten aanzien van het eigen vermogen hanteren bij het berekenen van de financierbaarheid van het project.
- Invloed opdrachtgever: De opdrachtgever heeft er belang bij dat een zeker minimumbedrag aan eigen vermogen door de sponsors ter beschikking wordt gesteld teneinde de betrokkenheid van de sponsors bij het succesvol uitvoeren van het project te waarborgen. De opdrachtgever heeft hier overigens een gedeeld belang met de commerciële banken die eenzelfde standpunt zullen innemen.
- Overwegingen sponsors: De sponsors zullen het bijeenbrengen van eigen vermogen in de vorm van kapitaal of achtergestelde leningen willen beperken. Redenen daarvoor zijn:
 - Het project legt een te groot beslag op het vermogen van de sponsors en wordt als zodanig onacceptabel. Denk hierbij niet alleen aan de liquiditeit van de sponsors, maar ook aan de eventuele onmogelijkheid om geld te lenen voor het bijeenbrengen van kapitaal. Deze onmogelijkheid komt dan voort uit het feit dat een dergelijke aanvullende financiering contractueel vastgelegde ratio's in bestaande financieringen doorbreekt, met als gevolg dat de sponsor geherfinancierd zou moeten worden. Al met al factoren die het voor de sponsors onaantrekkelijk maken om in een project te stappen waar een groot eigen vermogen vereist wordt.
 - Een begrijpelijke terughoudendheid van de sponsors om de omvang van het aansprakelijk vermogen in de vorm van kapitaal of achtergestelde leningen te beperken in verband met projectaansprakelijkheden.
 - De sponsors in staat te stellen een zo gunstig mogelijke verhouding te creëren tussen omvang eigen vermogen en verwachte winst ofwel een acceptabele "return on investment", rekening houdend met de te nemen risico's en de gedane aannames. Immers, eigen vermogensverschaffers zijn de grootste risiconemers in een project en zullen daarom een hoge "return rate" vragen;
 - Liquiditeit en solvabiliteit te reserveren voor andere projecten en werkzaamheden, met name die, die zich minder lenen voor projectfinanciering.

Hoewel er geen vaste regel is voor de verhouding eigen en vreemd vermogen in de context van de gehele financieringsbehoefte, heeft een analyse van een aantal PFI projecten met beschikbaarheidsvergoeding in Engeland over de periode 1995-2001 aangetoond dat de gemiddelde vermogensverhouding 90% vreemd vermogen en 10% eigen vermogen belooft. Hierbij dient bedacht te worden dat onder eigen vermogen niet alleen storting op aandelen, maar ook achtergestelde leningen kunnen worden verstaan en dat vreemd vermogen wordt verschaft in de vorm van projectfinanciering.

De documentatie die betrekking heeft op het ter beschikking stellen van eigen vermogen zal voornamelijk de volgende documenten omvatten:

- Allereerst de oprichtingsdocumenten van de opdrachtnemer, zijnde, afhankelijk van de gekozen rechtsvorm door de opdrachtnemer, de notariële akte van oprichting bij een besloten of naamloze vennootschap of de overeenkomst tot het aangaan van een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma. De keuze voor de rechtsvorm is voornamelijk gelegen in fiscale overwegingen en beperking van aansprakelijkheid.
- In geval van een besloten of naamloze vennootschap zal er naast een oprichtingsovereenkomst meestal eveneens een aandeelhoudersovereenkomst worden aangegaan waarin de verhoudingen tussen de aandeelhouders (sponsors) nader wordt uitgewerkt. Gedacht moet daarbij worden aan regelingen en aanvullingen op de statuten terzake van de overdraagbaarheid van aandelen en het voorkeursrecht bij uitgifte van aandelen, concurrentie- en geheimhoudingsverklaringen, dividend- en investeringsbeleid en zeggenschap. Daarenboven zullen ook de onderlinge verhoudingen tussen de sponsors worden beschreven, meer in het bijzonder een ieders verplichtingen omtrent onder meer de ontwikkeling en de realisatie, de uitvoering, het beheer en het management van het project.
- In het geval dat eigen vermogen ter beschikking wordt gesteld in de vorm van een achtergestelde lening, hetgeen heeft te gelden als semi-permanent vermogen, zullen tussen de opdrachtnemer, de sponsors en de banken achterstellingsovereenkomsten worden aangegaan.

8.2.2 Mezzanine Financiering

Deze vorm van financiering heeft karakteristieken van zowel lening als kapitaal. Voorbeelden van mezzanine financiering zijn achtergestelde leningen en preferente aandelen. Hoewel de door de sponsors verstrekte achtergestelde leningen strikt genomen eveneens mezzanine financieringen zijn, wordt in dit onderdeel meer ingegaan op deze vorm van financiering door derden, zoals participatie-maatschappijen. Derden dus die uitsluitend een vergoeding ontvangen voor deze financiering zonder verdere betrokkenheid. Net als bij een commerciële lening zullen onder normale omstandigheden betalingen verschuldigd zijn terzake van rente (preferente aandelen en achtergestelde leningen) en terugbetaling (achtergestelde leningen). Deze betalingen zijn naar hun aard (preferente aandelen) of contractueel (achtergestelde lening) achtergesteld bij de commerciële leningen, ook wel aangeduid als "senior debt". De voorwaarden waaronder genoemde betalingen onder achtergestelde leningen mogen plaatsvinden zijn contractueel vastgelegd tussen de opdrachtnemer, mezzanine financiers en banken in de achterstellingsovereenkomst en zullen afhankelijk zijn van de beschikbaarheid van fondsen. Het moge duidelijk zijn dat de positie van de mezzanine financier bij het ontbreken van voldoende fondsen zeer dicht bij de positie van eigen vermogensverschaffers komt. In de onderlinge verhouding zal een mezzanine financier, in het geval van een (achtergestelde) lening, als vreemd vermogensverschaffer overigens verhaalsvoorrang hebben boven de eigen vermogensver-

schaffers. Een preferente aandeelhouder, weliswaar ook een eigen vermogensverschaffer, heeft recht op een bepaald percentage van de nominale waarde ten laste van de winst vóóordat enige uitkering aan de gewone aandeelhouder wordt gedaan.

Wat betreft de financieringsrisico's bevindt dit type financiering zich tussen kapitaal en commerciële leningen in. De risico's voor mezzanine financiers zijn groter dan die van banken, waardoor de mezzanine financier een hogere rate of return zal verwachten. Bij verschaffing van mezzanine financiering in de vorm van een achtergestelde lening kan deze rate of return zowel in de vorm van rente als in de vorm van winstdeling of een combinatie daarvan worden gevonden. Ook kan gedacht worden aan aandelenopties of warrants teneinde mezzanine financiers in staat te stellen aandelen te nemen in de opdrachtnemer. Dit gebeurt meestal tegen een lage of nominale prijs, zodat naast de hen toekomende dividenden de eventuele waardevermeerdering van de aandelen volledig toekomt aan de mezzanine financier. De overheid als opdrachtgever zal hier een zekere invloed op willen hebben, aangezien de verwatering van het kapitaal tevens kan inhouden verwatering van zeggenschap, hetgeen in strijd kan zijn met de uitgangspunten van het DBFM-contract.

Mezzanine financiering komt (vooralsnog) in Nederland bij projecten niet veel voor, maar kan de eigen vermogensverschaffers de mogelijkheid geven hun procentuele aandeel in de vermogensbehoefte te verminderen. Anderzijds blijft een zeker percentage eigen vermogen in de totale financieringsbehoefte noodzakelijk voor zowel de overheid (als opdrachtgever) als voor banken omwille van redenen als hiervoor vermeld.

De documentatie die betrekking heeft op mezzanine financiering zal zich in geval van preferente aandelen beperken tot de inhoud van de statuten van de besloten of naamloze vennootschap. In het geval van een lening zal de documentatie zich beperken tot een leningovereenkomst waarin een aantal kenmerken van de financiering ten aanzien van rente en/of winstdeling zijn opgenomen. De samenhang tussen mezzanine financiering en financiering door banken zal eveneens inhouden dat er achterstellingsbepalingen worden opgenomen in een aparte achterstellingsovereenkomst en/of intercreditor overeenkomst³⁰.

³⁰ Zie voor een beschrijving van intercreditor overeenkomst hoofdstuk 8.3

8.2.3 Projectfinanciering door banken

Financiering door banken gebeurt op verschillende wijzen, uiteenlopend van de gebruikelijke projectfinanciering tot een corporate financiering via de balans. Projectfinanciering kan omwille van het hoge risicoprofiel duurder zijn dan corporate financiering. Bovendien kost het veel meer tijd om te structureren vanwege de benodigde managementtijd, expertise, monitoring en administratie gedurende de looptijd van de lening. Niettemin zijn er goede redenen om via een opdrachtnemer voor financiering in de vorm van projectfinanciering te kiezen.

Te denken valt daarbij ondermeer aan het volgende:

- De sponsors zullen zo min mogelijk aansprakelijk willen zijn voor projectschulden, noch direct als geldnemer noch indirect door inbreng van een verhoudingsgewijs groot aandeelkapitaal in de opdrachtnemer.
- De wens van (een aantal van) de sponsors de projectfinancieringsschuld niet op hun balans op te nemen. Dit is uiteraard niet een geheel vrije keuze aangezien de mate van deelneming in de opdrachtnemer bepalend is voor het al of niet consolideren van de jaarrekening van de opdrachtnemer in de jaarrekening van de sponsor.
- De wens van één of meer sponsors de risico's in een groot project te delen met anderen. Immers, de omvang van het project kan een zodanig beslag leggen op de vermogenspositie van één of meer van de sponsors dat hiermee het aantrekken van financiering in het geheel niet mogelijk is.

Bovenstaande lijst is uiteraard niet uitputtend en zal van geval tot geval moeten worden bekeken. Het geeft wel een goede indruk waarom sponsors meestal een voorkeur hebben voor een projectfinanciering.

Projectfinanciering heeft overigens ook voordelen voor de opdrachtgever. Allereerst ligt bij deze vorm van financiering de nadruk op continuering van het project. Daarnaast wordt ook expertise binnengehaald. Dit houdt onder andere in dat er tijdens de looptijd van het project extra externe controle wordt uitgeoefend.

8.2.4 Algemeen

Projectfinanciering laat zich omschrijven als het verkrijgen van financiering op een "non recourse" of "limited recourse" basis voor het tot stand komen van een object waarmee, eenmaal tot stand gekomen, de benodigde inkomsten – bij DBFM-contract in de vorm van periodieke vergoedingen – worden gegenereerd. Het betreft een financiering gebaseerd op een inkomstenstroom, waarvoor in vergelijking met andere typen financiering een relatief gering eigen

vermogen benodigd is. Wanneer het werk gereed is, zal het de inkomsten genereren waarmee de financiering kan worden afgelost³¹.

Voorwaarden voor zuivere non-recourse financiering zijn:

- De ‘performance’ (zekerheid van prestatie) is direct gerelateerd aan de door het project gecreëerde kasstroom en bestaat dus niet uit (aanvullende) garanties zoals moedermaatschappijgarantie en/of prestatiegaranties van de aandeelhouders van de projectvennootschap aan de opdrachtgever;
- Limitering/maximering van aansprakelijkheid van de projectvennootschap zodat deze geen onbeperkte risico’s kent (aansprakelijkheidsbeperking in het contract tussen opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen dit ondervangen);
- Geen onverzekerbare risico’s en onbeheersbare risico’s bij de projectvennootschap.
- In de projectvennootschap bevinden zich onder deze voorwaarden geen risico’s meer die niet onbepaalbaar zijn waardoor aanvullende garanties, die het non-recourse karakter doorbreken, nodig zijn.

In de definitie wordt gesproken over "non recourse" of "limited recourse" hetgeen zoveel inhoudt dat verhaal op vermogensobjecten of de aandeelhouders van de opdrachtnemer niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk is. De opdrachtnemer vormt de kern van het project en zal alle werkzaamheden doen uitvoeren door onderaannemers en adviseurs voor wat betreft het ontwerp, de bouw en het onderhoud en andere derden voor de bijkomende diensten zoals schoonmaak, beveiligingen catering. Verhaalbaarheid is dus slechts mogelijk op inkomsten gegenereerd uit door de opdrachtnemer gesloten contracten. Banken zullen om onzekerheden in de financiële uitgangspunten weg te nemen niettemin soms aanvullende zekerheden willen hebben, bijvoorbeeld in de vorm van (bepaalde) garanties van de sponsors. Deze garanties kunnen er toe leiden dat het karakter van de projectfinanciering verschuift naar corporate financiering. De karakteristieken van dit type financiering zijn in het kort dat gefinancierd wordt op basis van de vermogenspositie van de sponsors, meestal aangevuld met zekerheden op vermogensbestanddelen van de leningnemer. Zoals in de paragraaf Eigen Vermogen reeds beschreven, verdient deze vorm van financiering geen voorkeur, aangezien het project een te grote wissel zou kunnen trekken op de vermogenspositie van de sponsors, alsook dat het mogelijk inbreuk maakt op lopende (corporate) financieringen.

³¹ In hoofdstuk 5 werd reeds beschreven dat in de inkomsten van de vennootschap in de vorm van vergoedingen afhankelijk zijn van de mate van prestatie. Het is zelfs mogelijk dat de opdrachtnemer bij prestaties beneden het overeengekomen niveau boetes oplegt of kortingen toepast. De differentiatie in beloning dient uiteraard zodanig gebalanceerd te zijn dat het niet ten koste van de financierbaarheid gaat.

Het moge duidelijk zijn dat het onderscheid tussen projectfinanciering en corporate financieringen niet heel hard is en dat het zeer wel mogelijk is dat een financiering opgezet als projectfinanciering niettemin (beperkte) garantie van de sponsors behoeft teneinde het project financierbaar te maken. Hoewel banken vanwege hun van nature behoudende karakter altijd zullen proberen zoveel mogelijk aanvullende zekerheden te vragen, is een gezond project (d.w.z. een economisch haalbaar project) als pure projectfinanciering te financieren.

Zoals eerder aangegeven, is voor de opdrachtgever de vorm van financiering relevant, omdat projectfinanciering een grotere betrokkenheid van de banken geeft. Dit heeft duidelijk voordelen omwille van het toezien op de kwaliteit van de onderaannemers en andere gecontracteerde derden, alsook de nadruk op de continuïteit van het project en het binnenhalen van expertise en controle.

De vraag of en op welk moment de vreemd vermogenverschaffers betrokken worden bij de onderhandelingen over het DBFM-contract is in beginsel een vraag van praktische aard. De opdrachtgever kan er evenwel belang bij hebben dat de vreemd vermogenverschaffers in een zo vroeg mogelijk stadium bij de onderhandelingen worden betrokken. In het normale geval zal de opdrachtnemer de bank tijdens de biedingsfase er wel bij betrekken doch de onderhandelingen en uitwerkingen met de vreemd vermogenverschaffers pas na gunning aangaan. Teneinde de opdrachtgever enige zekerheid te geven dat een financiering binnen een bepaalde tijd tot stand komt, bevat het DBFM-contract meestal een bepaling dat "financial close" - (het moment waarop alle voorafgaande voorwaarden zijn vervuld voor het uitbetalen onder de lening) uiterlijk op een bepaald tijdstip dient plaats te vinden. Blijft opdrachtnemer in gebreke dan is hij aan de opdrachtgever een boete (meestal afgedekt door een bankgarantie) verschuldigd (ten bedrage van tenminste de kosten die de overheid heeft gemaakt bij de aanbestedingsprocedure en voor de vertraging in het project). Een nadeel hierbij is dat hoezeer de datum ook als fatale termijn geldt, de opdrachtgever meestal toch in het onderhandelingsproces omtrent de financiering betrokken raakt - teneinde de financierbaarheid groter of in het uiterste geval zelfs mogelijk te maken - om het DBFM-contract op een aantal onderdelen bij te stellen.

Ook de opdrachtgever kan er dus belang bij hebben de vreemd vermogenverschaffers in een zo vroeg mogelijk stadium bij de onderhandelingen te betrekken en kan hieraan zelfs richting geven door bij de biedingsvoorwaarden te stellen dat het tekenen van het DBFM-contract zal samenvallen met financial close. Of de markt hier ook positief naar kijkt, is de vraag, aangezien de biedende consortia daarmee gedwongen worden tijdens de biedingsfase de vreemd vermogenverschaffers reeds een due diligence te laten uitvoeren, waarmee substantiële kosten gemoeid zijn, hetgeen de kosten van het biedingsproces verhoogt.

Een alternatief kan zijn dat direct of indirect commitment van de vreemd vermogenverschaffers wordt gevraagd. Een indirecte commitment kan zijn dat de bieder verplicht wordt bij de bieding een termsheet van de vreemd vermogenverschaffers bij te voegen. Een meer directe variant is

dat de vreemd vermogenverschaffers zich bij de bieding jegens de opdrachtgever rechtstreeks committeren voor een financiering eveneens onder bijvoeging van een termsheet. Overigens moet wel bedacht worden dat de termsheet weliswaar de voorwaarden en bepalingen van de projectfinanciering in hoofdlijnen weergeeft, doch voorwaardelijk is met betrekking tot de uitwerking van leningdocumentatie, zekerheden en acceptabele projectovereenkomsten met onderaannemers en andere derden.

Voor de opdrachtnemer is het omwille van uiteenlopende redenen eveneens raadzaam de vreemd vermogenverschaffers in een zo'n vroeg mogelijk stadium bij de onderhandelingen omtrent het DBFM-contract te betrekken, bij voorkeur reeds in de biedingsfase, maar in elk geval in de gunningsfase. Immers, de opdrachtnemer zal de "costs of funding" moeten verwerken in zijn financieel model, hetgeen bepalend is voor de uiteindelijke bieding. Daarenboven kan bij de bieding respectievelijk onderhandelingen rekening gehouden worden met de eisen van de vreemd vermogenverschaffers en uiteindelijk of de zij tot financiering bereid zijn.

8.2.4.1 Inkomstenafhankelijkheid

Een kenmerk van een projectfinanciering is dat de financiering sterk afhankelijk is van de inkomsten in de vorm van een vergoeding die pas beschikbaar komt na het tot stand komen van het werk. Het behoeft geen betoog dat de inkomstenstroom voorspelbaar en solide moet zijn omdat banken in het meest gunstige geval slechts een beperkt aantal verhaalsmogelijkheden hebben op de opdrachtnemer. Voorts zal een project dat niet in staat is voldoende inkomsten te genereren om kosten en uitgaven te dekken, geen winst en dus dividend opleveren voor de aandeelhouders. Kortom, een stabiele en voorspelbare "cash flow" is van groot belang voor projectfinancieringen. De doorslaggevende factor voor de financierbaarheid ligt dus besloten in de verwachting dat het project voldoende inkomsten zal genereren om alle ontwerp-, bouw-, onderhouds- en/of operatingkosten alsook rente en aflossing, financieringskosten, belastingen, royalties, adviseurs- en verzekeringskosten en onvoorziene risico's te dekken.

8.2.4.2 Base case/Ratio's

Het financieel model³² speelt bij de economische analyse van het project een belangrijke rol. Zoals aangegeven betreft het in essentie een spreadsheet waarin de verwachte kosten, inkomsten en diverse aannames met betrekking tot inflatie, belasting en andere macro-economische factoren zijn verwerkt. Voor de levensvatbaarheid van het project zal het model moeten aantonen dat de gegenereerde inkomsten voldoende zijn om alle voorzienbare kosten te dekken, met inbegrip van rente- en aflossingsverplichtingen. Uiteraard is er altijd het risico dat aannames onjuist blijken te zijn op grond van moeilijk te voorspellen factoren. Bij het verzoek om financiering van een project zullen banken dus zelf nogmaals onderzoeken of het project economisch haalbaar is.

³² Zie voor een beschrijving hoofdstuk 9

Hiervoor kan afgeleid van het financieel model een voor de banken op de financiering toegespitst model worden gemaakt. Dit financiële model wordt meestal aangeduid als "base case" of "banking case".

De base case omvat alle relevante financiële informatie benodigd voor het berekenen van de cover ratio's als ook de overige informatie omtrent het project. Het model geldt derhalve als uitgangspunt bij "financial close". De base case geeft aan dat de cover ratio's tijdens het project worden gehaald en is de resultante van afspraken tussen de banken, de opdrachtnemer als geldnemer en adviseurs. Het is vanzelfsprekend dat een aantal aannames in de base case gedurende de looptijd van het project wijzigt. In aanvulling op de base case zullen de banken derhalve casussen opstellen waarin de houdbaarheid van de base case wordt getest bij gewijzigde economische omstandigheden. Te denken valt hierbij aan wijzigingen in inflatie, funding kosten, indien van toepassing wisselkoersen, operationele kosten en salarissen, alsook kostenoverschrijdingen, vertragingen en wijzigingen in belastingen. Bij het testen van de houdbaarheid in de base case waarin de variabelen verdisconteerd zijn, kijken de banken of niettemin de cover ratio's houdbaar blijken te zijn. In de omstandigheden waarin dit niet het geval blijkt te zijn, kan dat tot een aanpassing leiden van de verhouding van eigen vermogen tot vreemd vermogen. De wijziging van deze verhouding kan gezocht worden in aanvullende kapitaalstortingen, het verstrekken van achtergestelde leningen of "support guarantees".

Het zal duidelijk zijn dat de aannames verdisconteerd in de base case van groot belang zijn en dus de nodige verschillen in opvatting geven tussen de meer behoudende banken en de meer optimistisch gestemde opdrachtnemer. Meestal worden deze, gelijk het financieel model van de opdrachtgever, onderscheiden in financiële aannames en technische aannames. Voor wat betreft de financiële aannames zullen banken vanwege hun expertise op dit terrein zelf de berekeningen uitvoeren. Voor de technische aannames waarbij te denken valt aan operationele kosten, zal in eerste instantie de opdrachtnemer berekeningen (afgeleid uit het financiële model) aanleveren aangezien zij in de beste positie verkeert deze te berekenen. Het is niet waarschijnlijk dat de opdrachtnemer de vrije hand krijgt bij het vaststellen van de technische aannames, daar de banken deze aannames zullen laten toetsen door ingeschakelde experts.

Eenmaal vastgesteld zullen de berekeningen van de cover ratio's een rekenkundige exercitie zijn. Het is gebruikelijk dat de base case periodiek (meestal halfjaarlijks) zal worden getoetst gedurende de looptijd van het project alsook op de tijdstippen dat er geld getrokken wordt onder de faciliteit.

Partijen zullen derhalve vertrouwen moeten hebben dat de base case voldoende solide is ten aanzien van gevoeligheden bij de voorspellingen. Indien afwijkingen zich niettemin voordoen, zal er voldoende aansprakelijk vermogen aanwezig moeten zijn om deze tekorten op te vangen teneinde binnen de afgesproken marges te blijven. Dit is waar de "cover ratio's" voor geschreven zijn.

De belangrijkste ratio's zijn:

- De "Annual Debt Service Cover Ratio" ("ADSCR") geeft de mogelijkheid weer om uit de

project "cashflows", de rente en aflossing ("debt service") jaarlijks te voldoen.

- De "Loan Life Cover" Ratio ("LLCR") en de Project Life Cover Ratio ("PLCR") geven de mogelijkheid weer om uit de project cashflows de debt service te voldoen voor de duur van de lening respectievelijk het project.

Één van de elementaire berekeningsfactoren bij de cover ratio's is het gebruik van de "discount rate". Zowel de Loan Life Cover Ratio als de Project Life Cover Ratio gaan uit van deze factor bij het maken van aannames terzake van toekomstige kosten en ontvangsten teneinde de netto contante waarde van deze bedragen te berekenen met als doel het op een bepaald moment berekenen van de cover ratio. Uiteraard zal in de ratio's een zekere marge zijn verwerkt, welke kleiner wordt naarmate een project meer stabiele fundamenten kent, teneinde de banken enige ruimte te bieden in geval van tegenslag. Het principiële verschil tussen de berekening van de Loan Life Cover Ratio en de Project Life Cover Ratio ligt in de periode waarover de geprojecteerde projectinkomsten worden berekend. Geen enkele bank zal een projectfinanciering willen construeren waarbij de laatste terugbetalingstermijn samen valt met het einde van het project; de projectfinanciering zal enige jaren voor het einde van het project dienen te zijn afgelost. Bij de berekening van de Loan Life Cover Ratio worden de geprojecteerde projectinkomsten voor de duur van de lening berekend terwijl bij de Project Life Cover Ratio de geprojecteerde projectinkomsten voor de duur van het project worden berekend.

8.2.4.3 Monitoring

In verband met het hoge risicoprofiel van een projectfinanciering zullen banken, vaak via de agent, tijdens de looptijd van de lening op basis van door de opdrachtnemer ter beschikking gestelde begrotingen en jaar- en managementcijfers, het project op de financiële uitgangspunten monitoren. Dit gebeurt door de financiële gegevens telkens af te zetten tegen de base case. De ratio's dienen daarbij als parameters voor de banken bij het monitoren van de "project economics" gedurende de looptijd van het project.

Gezien de aannames in de base case die zich dus niet allemaal even zuiver laten voorspellen is het niet ongebruikelijk dat de base case gedurende de lening meerdere malen wordt bijgesteld. Een gevolg hiervan kan zijn dat omwille van het bijstellen van de base case, heronderhandeld dient te worden met de opdrachtgever over risicoallocatie en/of de betalingsmechanismen in het DBFM-contract. Uiteraard dient de opdrachtgever alleen te overwegen hier op in te gaan indien omwille van opeisbaarheid van de lening de continuïteit van het project gevaar loopt.

Naast financiële monitoring zullen de banken tevens toezien op de realisatie van de bouw en het management van het project en na oplevering op de kwaliteit, het onderhoud, de verdere dienstverlening en/of operationeel in stand houden van het project. Meestal gebeurt dit met gebruikmaking van deskundigen, die tussentijdse rapportages verzorgen. De banken zullen

wanneer nodig telkens proberen tijdig bij te sturen hetgeen de kwaliteit van het project ten goede komt. Het behoeft geen nadere toelichting dat de opdrachtgever baat heeft bij deze monitoring door de banken.

8.3 Leningdocumentatie

Bij de meeste projecten zal er sprake zijn van een gesyndiceerde leningovereenkomst. De omvang van de projecten wil namelijk dat de meeste financieringen door een aantal banken gezamenlijk worden verstrekt.³³ In het geval dat er sprake is van een relatief omvangrijke syndicaatslening zullen één of meer banken optreden als "arranger" teneinde de financiering te structureren en daarna te "verkopen". De arrangers kunnen zich committeren voor de volledige lening of voor slechts een deel van de lening. De arrangers zullen zich in elk geval moeten inspannen om delen van de lening, waarvoor ze zich zelf al of niet reeds committeerden, te verkopen aan andere banken.

In het geval dat zij zich slechts deels committeren, bestaat het risico dat voor het interesseren van andere banken om deel te nemen in het restant van de financiering, het reeds bestaande DBFM-contract op een aantal essentiële onderdelen - denk aan risicoverdeling en vergoedingsmechanismen - dient te worden heronderhandeld. Het moge duidelijk zijn dat gezien het belang van een financiering de banken, of in het geval van de grotere syndicaatsleningen de arrangers, van stonde af aan bij de onderhandelingen omtrent het DBFM-contract betrokken zullen zijn.

De leningovereenkomst regelt de voorwaarden waaronder de lening, meestal in tranches, kan worden getrokken en voor welk doeleinden de lening ten aanzien van projectuitgaven kan worden gebruikt. De overeenkomst zal de gebruikelijke bepalingen en bedingen bevatten zoals bij andere gesyndiceerde leningen, maar kan uitgebreid zijn met bepalingen die betrekking hebben op het project, de projectdocumenten en andere gerelateerde zaken. De bepalingen terzake van rente zullen niet afwijken van andere euro-currency leningen, anders dan dat de rente gedurende de bouwperiode meestal wordt gekapitaliseerd - en soms een toeslag kent voor de grotere risico's tijdens deze fase - teneinde betaalbaar te worden nadat vergoedingen uit hoofde van het DBFM-contract worden ontvangen. Ook terugbetalingen – hoewel variërend van project tot project – zullen eerst betaalbaar worden nadat uit het project de nodige inkomsten kunnen worden gegenereerd. Verder bepaalt de overeenkomst dat alle cashflow via speciaal daarvoor aangewezen bankrekeningen zullen lopen, teneinde hierop maximale controle te kunnen uitoefenen.

³³ Deze banken gezamenlijk (zij vormen een syndicaat) zullen meestal een agent kiezen die als woordvoerder naar de leningnemer optreedt. Deze agent zal in het algemeen slechts een beperkte verantwoordelijkheid willen nemen zodat voor de meer wezenlijke beslissingen meestal een meerderheidstoestemming van de deelnemende banken benodigd is.

Tevens zullen in de leningovereenkomst de nodige zekerheden worden bedongen, waarbij gedacht moet worden aan verpanding van aandelen, bankrekeningen en inkomsten uit diverse projectcontracten.

Enkele met het project en de projectdocumenten verband houdende kenmerkende bepalingen zijn:

- Trekkingsvoorwaarden

De voorwaarden voor trekking omvatten naast de gebruikelijke voorwaarden met betrekking tot de vennootschap en zekerheden tevens projectspecifieke voorwaarden als ratio's, getekende – en voor de bank acceptabele – projectdocumenten (waaronder het DBFM contract), afgifte vergunningen en onder het DBFM-contract benodigde certificaten.

- Due diligence:

De bank zal ten aanzien van het project een uitgebreide due diligence wensen ten einde op minutieuze wijze de risico's - met name die bij de opdrachtnemer achterblijven - en financiën van het project in kaart te brengen. Allereerst zal het DBFM-contract worden geanalyseerd ten aanzien van risico's voor opdrachtnemer, vergoedingsmechanisme, mogelijke boetes en/of kortingen en vergoedingen bij de verschillende soorten beëindigingen. Dit alles mede gespiegeld aan de uitgangspunten van het financiële model.

Vervolgens worden de projectovereenkomsten bestudeerd op inhoud, onderlinge samenhang en risicoallocatie en gespiegeld aan de uitgangspunten van het financieel model. Ten slotte zullen de (technische) output-specificaties worden geanalyseerd en de projectverzekeringen.

- Bankrekeningen:

Ten einde de betaalstromen van het project beheersbaar te houden voor de banken zal in de leningovereenkomst worden bedongen dat alle inkomsten en uitgaven lopen via een speciaal daartoe - meestal bij de agent - aan te houden bankrekening. Met dit "operating account" is de bank in de gelegenheid de kasstromen te controleren.

In het algemeen zal de opdrachtnemer beperkt kunnen beschikken over haar liquiditeit aangezien banken niet alleen de inkomsten willen beheersen ten behoeve van op dat moment verschuldigde rente en aflossingen, maar ook ten behoeve van de toekomstige rente en aflossingen. Meestal zal hiervoor een retentierekening worden geopend, waar per maand of per kwartaal een bedrag uit het surplus van de "operating account" zal worden overgemaakt ter reservering van de eerstvolgende rente- en aflossingsverplichtingen.

Andere deposito- en/of retentierekeningen zijn de "maintenance reserve account" en de "compensation account". De "maintenance reserve account" wordt gebruikt om voorzienbare kosten ter zake van onderhoud tijdig uit de vrije cashflow te reserveren. De "compensation account" wordt bijvoorbeeld gebruikt voor het ontvangen van verzekeringsuitke-

ringen of schadevergoedingen, waarvan niet direct vaststaat op welke wijze deze zullen worden aangewend³⁴.

De mechanismen van de deposito- en/of retentierekeningen worden vaak in hoofdlijnen vastgelegd in de leningovereenkomst met een gedetailleerdere uitwerking in een aparte "escrow" overeenkomst. Uiteraard zullen de aangehouden bankrekeningen worden verpand als onderdeel van het zekerheidspakket van de bank.

- Base case/Ratio's:

De base case is dus het rekenkundig uitgangspunt voor de financiële aannames door de banken. De leningovereenkomst zal bepalen dat de geldnemer de ratio's niet mag doorbreken op straffe van opeisbaarheid van de lening. Denkbaar is overigens dat niet direct tot opeisbaarheid wordt overgegaan, maar herstelmogelijkheden worden geboden, bijvoorbeeld via de direct agreements. De ratio's zullen ook worden gebruikt als voorwaarde bij het tussentijds doen van opnames onder de lening, alsook bij het prijzen van de lening.

- Financiële en overige informatie:

De opdrachtnemer dient als leningnemer uitgebreide financiële rapportages uit te brengen. Naast de uiteraard gebruikelijke jaarcijfers dienen halfjaarlijks en/of driemaandelijks interne verslaggevingen te worden overhandigd, vergezeld van begrotingen.

Ook op het technische gedeelte zullen via monitoring door experts tussentijds rapporten worden uitgebracht. Indien geconstateerd wordt dat geldnemer in gebreke is, kan de lening worden opgeëist. Ook hier kan de mogelijkheid van herstel worden gegeven, bijvoorbeeld door direct agreements.

- Experts:

Gezien de complexiteit van de meeste projecten zal het bankconsortium experts aanwijken die zich bezighouden met - naast een rol in het due diligence proces - het toezien op de voortgang en de uitvoering van het project. Bovendien zullen de experts ook een rol spelen bij het vaststellen van de verschillende stadia tijdens de realisatie van het project, die meestal gerelateerd zijn aan het trekken van tranches onder de lening. Voorts spelen de experts ook een rol - zij het bescheiden omdat de banken zichzelf expert achten op dit gebied - bij het bewaken van de financiële uitgangspunten in de base case.

- Verzekeringen:

In de meeste projecten, met name infrastructurele projecten, spelen verzekeringen een belangrijke rol bij de zekerheidspositie van de banken. Immers, indien zich een calamiteit voordoet die resulteert in total loss van het project of één van de essentiële onderdelen van het project, zal het enige substantiële vermogensbestanddeel, beschikbaar voor de banken om de lening af te lossen, bestaan uit de verzekeringsuitkering. De geldnemer zal daarom verplicht worden verzekeringen aan te gaan en in stand te houden voor de gehele

³⁴ Zie ook hoofdstuk 13.

duur van de lening. Daarenboven zullen banken in de vorm van een pandrecht, zekerheid bedingen op eventuele verzekeringsuitkeringen teneinde zich daarop bij voorrang te kunnen verhalen en de verzekeringsuitkeringen faillissementsproof te maken.

De verzekeringen³⁵ vormen een onderwerp op zich waarvoor de banken meestal consultants inhuren om hen hierover advies te geven. De banken zullen zich eveneens willen beschermen tegen het risico dat onder polissen om uiteenlopende redenen niet of minder dan overeengekomen, zal worden uitgekeerd, bijvoorbeeld als gevolg van "non-disclosure" door verzekeringnemer. Een uitgebreid overzicht van aandachtspunten voor banken is opgenomen in hoofdstuk 13.

De zekerheden die bedongen worden, zullen uiteraard van project tot project variëren en afhankelijk zijn van beschikbare vermogensbestanddelen en projectstructuur. Gebruikelijke zekerheden zijn pand en hypotheek. De hypotheekvariant zal vanzelfsprekend alleen gebruikt worden indien er bij een project sprake is van (tijdelijk) eigendom van project onroerende zaken. Dit is in Nederland bij DBFM-project niet gebruikelijk. Pandrechten zullen bedongen worden op de aandelen in de opdrachtnemer en op de rechten uit de belangrijkste projectovereenkomsten, niet in de laatste plaats de vergoedingen uit hoofde van het DBFM-project. Het vestigen van een pandrecht op aandelen in de opdrachtnemer gebeurt meestal met overdracht van stemrecht onder de opschortende voorwaarde van in gebreke blijven van de opdrachtnemer. De pandnemer kan in zo'n geval als zeggenschapsgerechtigde het bestuur benoemen en ontslaan en heeft derhalve een zekere mogelijkheid tot controle over de opdrachtnemer. Deze controle beperkt zich tot de kwaliteit van het management van het project. Bij tekorten in de opdrachtnemer kan worden teruggevallen op direct agreements.³⁶ Ook zullen alle projectbankrekeningen worden verpand om de banken de mogelijkheid te bieden ingeval van opeisbaarheid, zich bij voorrang te verhalen op aanwezige creditsaldi. Hoewel in strikte zin niet gebruikelijk bij projectfinancieringen, kan het voorkomen dat banken een (beperkte) borgstelling vragen van de sponsors.

Het betreft strikt genomen geen zekerheidsdocument maar de intercreditor overeenkomst kan hier niet onvermeld blijven. Partijen bij de intercreditor overeenkomst zijn de syndicaatsbanken en, indien van toepassing, de arrangers, de agent, mezzanine financiers, verstrekkers van achtergestelde geldleningen en de opdrachtnemer. De inhoud van de overeenkomst is afgestemd op de concrete financieringssituatie in een bepaald project. De meest voorkomende bepalingen in de overeenkomst zijn:

- De volgorde van betalingen, ook wel aangeduid als "cascade" of "waterfall". De commerciële banken als senior geldgevers zullen meestal via hun (zekerheids-)agent de regie in

³⁵ Zie hoofdstuk 13

³⁶ Zie hoofdstuk 6

handen hebben. Een typische volgorde van betaling is dat beschikbare fondsen eerst worden aangewend voor operationele kosten van het project, vervolgens voor rente en aflossing van de senior geldgevers, vervolgens voor rente en aflossing van mezzanine financiers, vervolgens voor rente- en aflossingsverplichtingen van de overige (dus achtergestelde) geldgevers en ten slotte voor dividend. Deze opsomming is enigszins te simpel voorgesteld aangezien nog rekening moet worden gehouden met het overeengekomene ter zake van het aanhouden van bepaalde depot- en/of retentierekeningen. Zo zal bijvoorbeeld een betaling naar de retentie account voor toekomstige rente- en aflossingsverplichtingen van de commerciële banken meestal weer voorrang hebben boven rente- en aflossingsbetalingen aan mezzanine financiers.

- Bepalingen ter zake van het ter beschikking stellen van geld aangezien hiermee extra schuld wordt gecreëerd.
- (Beperking van) zeggenschapsrecht van de crediteuren in geval van het uitwinnen van zekerheden, als ook de volgorde waarin een ieder gerechtigd is tot de opbrengsten bij uitwinning van de zekerheden. Meestal zullen alleen de commerciële banken via hun (zekerheids-)agent het recht hebben de lening op te eisen en de zekerheden uit te winnen omdat de mogelijkheid dat andere geldverstrekkers zekerheden zouden gaan uitwinnen de commerciële banken in een nadeliger positie kunnen brengen.

Belangenoverzicht

Belangenschets

De opdrachtgever verlegt met het aangaan van een DBFM-contract de investeringskosten naar opdrachtnemer. Voor wat betreft het aantrekken van vreemd vermogen door de opdrachtnemer zal opdrachtgever een voorkeur hebben voor projectfinanciering, zonder overigens bij de onderhandelingen betrokken te willen raken. Immers, met projectfinanciering wordt expertise van en monitoring door de banken verkregen met nadruk op de continuering van het project. De prikkel tot continueren van het project zal in het geval van projectfinanciering met name bij de banken liggen teneinde voldoende inkomsten te kunnen genereren voor rente en aflossing. Dit in tegenstelling tot corporate financiering waarbij het belang voor de continuering van het project ligt bij de sponsors in verband met het afwenden van de uitwinning door banken van de door de sponsors gestelde zekerheden en garanties. Opdrachtgever zal voorts een zekere betrokkenheid in de vorm van eigen vermogen en/of zeggenschap van de opdrachtnemer en de sponsors willen zien.

De opdrachtnemer zal zijn eigen vermogen in omvang zo beperkt mogelijk willen houden, maar wel voldoende om financiering door de banken aan te kunnen trekken. Bij het verwerven van financiering zal de opdrachtnemer soms het DBFM-contract op bepaalde onderdelen met de opdrachtgever willen heronderhandelen teneinde de financierbaarheid te vergroten respectievelijk goedkoper te maken. De opdrachtnemer zal soms voorkeur hebben voor een projectfinanciering, omdat hiermee een al te groot vermogensbeslag wordt vermeden en een zekere expertise wordt binnengehaald en soms voorkeur hebben voor een corporate financiering.

Oplossingsrichting

Het DBFM-contract zal meestal een bepaling bevatten, variërend van project tot project, waarin bepalingen zijn opgenomen ter waarborging van de betrokkenheid van de sponsors in de vorm van behoud van zeggenschap. Voor wat betreft een eis omtrent de omvang van het eigen vermogen kan opdrachtgever meestal volstaan met het laten formuleren van deze eis door de banken.

De opdrachtnemer zal bij het aantrekken van financiering tijdig commitment moeten vragen aan de banken. Zo wordt voorkomen dat heronderhandeld moet worden met de opdrachtgever over het DBFM-contract. De opdrachtgever kan daarbij sturend optreden door banken reeds tijdens de biedingsfase om commitment te vragen. De voorkeur gaat uit naar het opnemen van een beëindigingsgrond in het DBFM-contract in geval van het niet bereiken van financial close op een bepaalde datum.

Hoofdstuk 9. Financieel model

Een Financieel Model wordt gebruikt door de (potentiële) opdrachtnemer om de economische haalbaarheid van het project door te rekenen. Het Financieel Model is een dynamisch rekenmodel en is samengesteld uit formules waarin aannames en veronderstellingen met betrekking tot verschillende macro- en micro-economische grootheden zijn verwerkt. Naast de begrote investeringen, kosten en opbrengsten dient daarbij gedacht te worden aan de verwachte ontwikkeling van de inflatie, belastingheffingen, renteontwikkeling en andere macro-economische grootheden die gedurende de looptijd op het project van invloed zijn. Door het invullen van de verschillende formules worden de verwachte inkomsten en uitgaven van het project gedurende de looptijd berekend. De economische haalbaarheid van een project kan vervolgens beoordeeld worden door de contante waarden van deze uitkomsten tegen elkaar af te zetten.

De in het Financieel Model gehanteerde grootheden hebben betrekking op ontwikkelingen in de toekomst en zijn derhalve niet met zekerheid vast te stellen. Het is om die reden dat er bepaalde, specifieke aannames gehanteerd worden. Meestal betreffen dit aannames op het financiële vlak, zoals wisselkoersen, inflatie of belastingniveaus, en aannames op het gebied van de techniek, zoals output, onderhoudskosten en bepaalde technische prestatiedoelen. Het is goed mogelijk dat er daarnaast aanvullende categorieën van aannames noodzakelijk zijn die betrekking hebben op specifieke kenmerken van het project, zoals aannames over de markt waarin het project zal plaatsvinden of bepaalde voor het project vereiste arbeidsniveaus.

Zonder een Financieel Model zal het nagenoeg onmogelijk zijn om een goed beeld te krijgen van de relatie tussen de opbrengsten en de kosten van een project. Het Financieel Model brengt op die manier de risicofactoren van een project aan het licht. Veelal wordt gewerkt met meerdere scenario's ("best and worst case scenario's") om te kunnen inzien welke variabelen het meest kritisch zijn voor het slagen van het project. Hierdoor is het mogelijk inzicht te krijgen in de verantwoordelijkheden van de partijen en de inspanningen die zij daarvoor zullen moeten leveren. Het Financieel Model vervult dan ook een belangrijke signaalfunctie met betrekking tot mogelijke problemen en risico's.

Het Financieel Model kent meer voordelen voor partijen. Zo zal het verschaffen van inzicht in de kosten en opbrengsten van een project het vertrouwen van de partijen in het project vergroten. Ook valt te denken aan het Financieel Model als hulpmiddel bij het opstellen van (realistische) plannen. Het is immers mogelijk diverse onderdelen en faseringen aan de hand van de formules en aannames door te rekenen en zo een zo optimaal mogelijk plan vast te stellen. Bovendien zal een Financieel Model – naast eerder genoemde risico's – ook de kansen van een project aan het licht brengen. Door het wijzigen van financiële uitgangspunten zal er in-

zicht worden verkregen in de elementen van het project waarop voordelen zijn te behalen. Tenslotte kan het uit het Financieel Model voortvloeiende inzicht in de verantwoordelijkheden en taken van partijen behulpzaam zijn bij de vormgeving van de samenwerking tussen de betrokkenen bij een project.

In de praktijk wil de financiële analist van de opdrachtnemer zijn Financieel Model nog wel eens proberen te spiegelen aan het model van de opdrachtgever en aanvullen met voor de opdrachtnemer relevante gegevens. Zo zal de opdrachtnemer - naast de door de opdrachtgever opgenomen uitgaven en kosten - ook de met zijn financiering samenhangende rente en aflossingsverplichtingen ("debt service") als grootheden in het model opnemen.

De opdrachtnemer zal uit het Financieel Model de voor hem geldende kostenstructuur bepalen, waaruit de door de opdrachtnemer gewenste vergoeding wordt afgeleid. De wijze waarop de opdrachtnemer het biedingsproces en de uiteindelijke onderhandelingen ingaat, wordt in elk geval – onder meer – bepaald door het Financieel Model. De uitkomsten van de onderhandelingen zullen wederom in het Financieel Model worden verwerkt. Meer in het bijzonder zal het Financieel Model bij aanvang afgestemd zijn op de bepalingen van het DBFM-contract die betrekking hebben op vergoedingen, betalingsmechanisme en risicoallocatie.

Tijdens de looptijd van het DBFM-contract kunnen zich feitelijke afwijkingen van het Financieel Model voordoen. Indien een feitelijke afwijking van het Financieel Model of onvoorziene omstandigheden tot kostenstijgingen leiden, zal de toerekening van deze kosten aan de partijen onder andere afhankelijk zijn van de oorzaak van de afwijking alsmede van hetgeen daaromtrent in de overeenkomst is bepaald. In geval van wijziging zal toerekening van de kosten afhankelijk zijn van wie het verzoek om wijziging afkomstig is. Een verzoek om wijziging in outputspecificaties door opdrachtgever kan met gebruikmaking van het Financieel Model worden doorgerekend naar de beschikbaarheidsvergoeding, met inachtneming van wat daarover is bepaald in het contract³⁷.

In Nederlandse projecten is discussie geweest over de vraag of de uitkomsten van de aanpassing van het Financieel Model ook voor de opdrachtgever richtinggevend zouden moeten zijn bij de vaststelling van de financiële consequenties van de wijziging. Opdrachtgevers hebben grote terughoudendheid betoond om een dergelijke binding aan het Financieel Model contractueel vast te leggen. Daarvoor hadden zij in hoofdzaak twee redenen: in de eerste plaats vonden zij het riskant om het niet door hen ontworpen Financieel Model een zo belangrijke rol toe te kennen. Het Financieel Model is een geautomatiseerd rekenmodel dat niet eenvoudig te doorgronden is. Bij opdrachtgevers bestond daarom angst voor "gekleurde" uitkomsten.

³⁷ Zie hierover meer in hoofdstuk 4

Daarnaast werd deze terughoudendheid ingegeven door de kosten van het werken met het Financieel Model. Vanwege de technische expertise die voor het werken met het Financiële Model vereist is en de vele tijd die nodig kan zijn om alle relevante varianten met het model door te rekenen, kan het aanzienlijke bedragen vergen om met behulp van het Financieel Model tot een uitkomst te komen.

Om deze redenen hebben Nederlandse opdrachtgevers er dikwijls de voorkeur aan gegeven om het Financieel Model geen formele rol toe te kennen in de contractuele regeling voor wijzigingssituaties. Het contract laat partijen dan vrij in de wijze waarop zij de financiële consequenties van een wijziging berekenen, doch binnen de veelal gedetailleerde berekeningsconstructies. Natuurlijk realiseert de opdrachtgever zich dat ook in een dergelijk contract de opdrachtnemer zich zal bedienen van het Financieel Model indien hij dat raadzaam vindt, maar de uitkomst daarvan is contractueel niet bindend voor de opdrachtgever.

Indien feitelijke afwijkingen of onvoorziene omstandigheden leiden tot een negatief effect op het Financieel Model, zal aan de hand van het DBFM-contract bezien moeten worden voor wiens rekening en risico deze afwijking of onvoorziene omstandigheden komen. Indien de verslechtering voor risico en rekening van de opdrachtnemer komt, dan zal dit leiden tot een kostenverhoging en dus tot een verslechtering van het rendement. Dit zou mogelijk zelfs kunnen doorwerken in de door de banken opgestelde "base case"³⁸ en daarmee op de (voorwaarden van de) financiering van de opdrachtnemer. Indien daarentegen de verslechtering voor risico en rekening van de opdrachtgever komt, dan zal het DBFM-contract moeten voorzien in een voor de opdrachtgever negatieve bijstelling van de vergoeding.

Indien de afwijking of onvoorziene omstandigheid juist een gunstig effect heeft op het Financieel Model, dan kan het DBFM-contract voorzien in een (al dan niet gedeelde) positieve bijstelling van de vergoeding of zal er op andere wijze een verrekening ten behoeve van de opdrachtgever dienen plaats te vinden. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij een herfinanciering tegen lagere rente. Bij de keuze in wijze van verrekening dient rekening te worden gehouden met het feit dat een aanpassing van het Financieel Model ingewikkeld en derhalve tijdrovend is.

³⁸ Zie voor een omschrijving van de base case hoofdstuk 8.2.4.3

Belangenoverzicht

Belangenschets

Het Financieel Model is het rekenkundig uitgangspunt voor de opdrachtnemer bij de onderhandelingen en de uitwerking van het contract. Daarbij vervult het een signaalfunctie met betrekking tot mogelijke problemen en risico's. De opdrachtnemer zal willen dat het Financieel Model onderdeel van het DBFM-contract wordt, dit in verband met kostprijsberekeningen bijvoorbeeld bij wijzigingen.

De opdrachtgever heeft geen belang bij het Financieel Model dat ingewikkeld en door opdrachtnemer "gekleurd" is.

Oplossingsrichting

Hoewel de opdrachtgever in beginsel geen belang heeft bij het Financieel Model, kan het bijdragen aan het (rekenkundig) begrip voor de onderhandelingspositie van de opdrachtnemer. Het opnemen van het Financieel Model in het DBFM-contract is omwille van gecompliceerdheid van het model en de kleuring door opdrachtnemer niet gewenst. Het Financieel Model is een financiële afspiegeling van de overeenkomst voor de opdrachtnemer en geen financieel uitgangspunt van het DBFM-contract.

Hoofdstuk 10. Herfinanciering/Benefit Sharing

10.1 Herfinanciering

Het DBFM-contract dient een regeling te bevatten voor de situatie waarin de opdrachtnemer zijn bestaande financieringsarrangementen wil vervangen door nieuwe. Herfinanciering kan zich in diverse vormen voordoen, variërend van syndicering, het sluiten van nieuwe overeenkomsten met nieuwe financiers tot herziening van bestaande overeenkomsten met bestaande financiers. Het is daarom voor de opdrachtgever van belang een deugdelijke definitie in het contract op te nemen van hetgeen onder "herfinanciering" wordt verstaan.

Herfinanciering kan zich in verschillende situaties voordoen. Het kan aan de orde zijn naar aanleiding van een wijziging van het contract. De herfinanciering zal dan meestal worden geregeld door de contractuele bepalingen omtrent "wijziging".³⁹

Herfinanciering kan ook aan de orde zijn in een situatie waarin de financiers van de opdrachtnemer gebruik maken van hun "step in rights" onder de directe overeenkomst. Die overeenkomst zal dan ook de regels voor de desbetreffende herfinanciering bevatten.⁴⁰

Tenslotte kan herfinanciering zich voordoen op initiatief van de opdrachtnemer, omdat hij een aantrekkelijkere financiering kan verkrijgen. Die situatie kan zich voordoen bij gedaalde rentetarieven, maar is in de praktijk ook aan de orde zodra het krachtens het DBFM-contract te realiseren object is voltooid en de exploitatie daarvan succesvol is begonnen. Op dat moment kunnen financiers bereid zijn risico-opslagen, die zij hanteerden toen het project nog in de "tekentafelfase" was, te verlagen of te laten vervallen.

Een dergelijke herfinanciering kan tot hogere winstmarges voor de opdrachtnemer leiden. De vergoedingen die de opdrachtnemer hem moet betalen zijn immers niet gerelateerd aan de door de opdrachtnemer te betalen rentetarieven. Deze vergoedingen blijven derhalve hetzelfde na de herfinanciering, maar de kosten voor de opdrachtnemer in de vorm van rentelasten nemen af. Opdrachtgevers stellen zich dikwijls op het standpunt dat de aldus vergrote winstmarge niet "zomaar" aan de opdrachtnemer ten goede mag komen. Zij wensen daarom contractueel de mogelijkheid vast te leggen om te delen in deze vergrote winstmarge. Deze wensen van opdrachtgevers stuiten niet altijd op begrip bij opdrachtnemers. Zij plegen daartegen aan te voeren dat de herfinanciering tegen lagere tarieven uitsluitend mogelijk is geworden omdat zij

³⁹ Zie hoofdstuk 4.

⁴⁰ Zie hoofdstuk 6.

zelf hun werk goed hebben gedaan, terwijl zij voorts als enige (niet gedeeld met de opdrachtgever) het risico van tegenvallers hebben gedragen. Zij menen om die redenen dat de opdrachtgever geen gronden heeft om aanspraak op een deel van de vergrote winstmarge te maken.

Ondanks die tegenwerping bevat een aanzienlijk aantal DBFM-contracten een clause die leidt tot verdeling van "herfinancieringswinst". Daarbij is de verdeelsleutel soms simpelweg door de opdrachtgever voorgeschreven, terwijl het ook voorkomt dat de opdrachtnemer in de aanbesteding zelf een percentage kan voorstellen (waarop dan de beoordeling van de biedingen in de aanbesteding van het DBFM-contract mede wordt gebaseerd).

Een clause over verdeling van herfinancieringswinst kan overigens niet volstaan met het vastleggen van een percentuele verdeelsleutel. Tevens zal vastgelegd moeten worden hoe het bedrag waarop die verdeelsleutel moet worden toegepast moet worden bepaald, alsmede wanneer het aan de opdrachtgever toekomende deel betaalbaar is. Ook dient een mechanisme te worden vastgelegd waardoor de opdrachtgever zich bewust is dat een herfinanciering plaatsheeft. Meestal wordt daarom een verbod opgenomen op herfinanciering zonder toestemming van de opdrachtgever met als ultieme sanctie op overtreding de mogelijkheid van beëindiging van het contract.⁴¹

Het belang van dergelijke clauses voor de praktijk lijkt overigens af te nemen. In de beginfase van dit soort projecten waren de verschillen in rentemarges voor een nog niet gerealiseerd project en een voltooid project substantieel, waardoor de herfinancieringswinst aanzienlijk was. Inmiddels is ook dit deel van de projectfinancieringsmarkt volwassen geworden, waardoor de verschillen in rentemarges kleiner zijn. Het door de opdrachtgever "af te romen" bedrag is daardoor ook beperkter geworden. Sommige opdrachtgevers zien daarom inmiddels af van een dergelijke "benefit sharing". Is dat het geval, dan kan het overigens wel in het belang van de opdrachtgever blijven om herfinanciering aan zijn toestemming te binden. Een van de aantrekkelijke kanten van projectfinanciering voor de opdrachtgever is immers dat de financiers een natuurlijke "bondgenoot" voor hem zijn. Het kan dan voor de opdrachtgever zinvol zijn om - zij het binnen redelijke grenzen - invloed te kunnen uitoefenen op de identiteit van die "bondgenoot".

10.2 Benefit sharing buiten herfinanciering

Buiten herfinancieringssituaties wordt het instrument van benefit sharing ook wel op andere manieren toegepast in DBFM-contracten. Het gaat dan in de eerste plaats om situaties waarin de opdrachtnemer bij de exploitatie van het project neveninkomsten weet te genereren (bij-

⁴¹ Zie hoofdstuk 16.

voorbeeld bij een schoolgebouw door verhuur aan derden buiten schooltijden van de sportfaciliteiten). De opdrachtgever zal dikwijls aanspraak maken op een deel van dergelijke inkomsten. Daartoe zou hij kunnen verlangen dat de opdrachtnemer reeds in de aanbestedingsfase de door hem verwachte neveninkomsten verdisconteert in zijn bieding. Het nadeel daarvan is echter dat de omvang van de neveninkomsten in de aanbestedingsfase moeilijk te ramen zal zijn, zodat het effect op de bieding vermoedelijk beperkt is. Een betere oplossing kan dan zijn het toepassen van benefit sharing indien de neveninkomsten daadwerkelijk gegenereerd worden. Daartoe moet dan een mechanisme in het contract worden opgenomen dat de opdrachtgever inzage geeft in aard en omvang van de neveninkomsten en dat de verdeelsleutel en de betaalwijze duidelijk vastlegt.

Daarnaast wordt een enkele keer ook een mechanisme gehanteerd om de opdrachtgever te laten meedelen in winsten van de opdrachtnemer die, ongeacht hun oorzaak, het door de opdrachtnemer zelf geprognoseerde niveau aanmerkelijk overschrijden. Daarbij wordt dan bijvoorbeeld het bij aanvang van het project door de opdrachtnemer berekende aandeelhoudersrendement vergeleken met het aan het eind van het contract daadwerkelijk gerealiseerde aandeelhoudersrendement. Indien de verhouding tussen die twee cijfers een bepaalde waarde overstijgt, zal het meerdere volgens een af te spreken verdeelsleutel gedeeld worden.

Belangenoverzicht

Belangenschets

De opdrachtnemer wenst optimaal te kunnen profiteren van de voordelen van een herfinanciering of van de exploitatie van de mogelijkheden om neven-inkomsten te genereren. Hij ziet de aldus door hem gerealiseerde voordelen als een beloning voor goed presteren die hem toekomt.

De opdrachtgever wil bovenmatig rendement van de opdrachtnemer kunnen afromen. DBFM-projecten betreffen immers publieke taken van overheden die via belastingen betaald worden.

Oplossingsrichting

Door redelijke grenzen te hebben voor rendementen voor de opdrachtnemer als gevolg van herfinanciering of neveninkomsten en boven die grenzen volgens een bepaalde sleutel te verdelen kan de opdrachtgever zijn publieke verantwoordelijkheid dragen, terwijl voor de opdrachtnemer een redelijke premie voor goed ondernemerschap overblijft.

Hoofdstuk 11. Garanties

11.1 Inleiding

Zoals bij vrijwel alle commerciële contracten verdienen ook bij een DBFM-contract de door partijen over en weer te geven garanties aparte aandacht. In dit hoofdstuk zal niet specifiek worden ingegaan op door de opdrachtnemer te verstrekken "technische" garanties, bijvoorbeeld ten aanzien van de deugdelijkheid of duurzaamheid van het te realiseren object. Dat de opdrachtnemer ervoor instaat dat hij een werk zal opleveren dat voldoet aan de projectspecificaties is één van de basisvoorwaarden van een projectfinanciering. Zonder een deugdelijk project zal er immers geen (voldoende) inkomstenstroom zijn. Voor dit handboek zijn de aard en omvang van dergelijke "technische" garanties derhalve minder relevant. Weliswaar zal bij de totstandkoming van de projectdocumentatie veel aandacht besteed moeten worden aan de precieze inhoud van dergelijke garanties, maar dat is primair een verantwoordelijkheid van de technische adviseurs, waarbij de juristen vooral dienen te zorgen voor een sluitende contractuele vastlegging.

Het begrip "garantie" heeft overigens meerdere betekenissen. Een garantie kan zijn een verbintenis van de ene partij jegens de andere partij van zodanige aard, dat het niet nakomen daarvan steeds wanprestatie oplevert. De wederpartij heeft bij niet-nakomen van een dergelijke verbintenis dan steeds contractuele bescherming, bijvoorbeeld voor vertraging en extra kosten, ongeacht of de oorzaak van de niet-nakoming gelegen is in schuld van de andere partij of in een omstandigheid waarvoor de andere partij geen blaam treft. Een dergelijke garantie legt het risico van niet-nakomen van de desbetreffende afspraak derhalve ten volle bij degene die de garantie verstrekt⁴².

Voorbeeld: de opdrachtgever garandeert dat een bestemmingsplan, dat nodig is voor de uitvoering van een project, tijdig gereed zal zijn. Als het bestemmingsplan niet op de afgesproken tijd gereed is omdat er niet tijdig door de rechter is beslist op een tegen dat bestemmingsplan ingesteld beroep, dan is de opdrachtgever toch jegens de opdrachtnemer aansprakelijk, ook al kan hij niets doen aan de vertraging in de beroepsprocedure.

Daarnaast zijn er garanties die zekerheidsrechten vormen. Voorbeelden zijn bankgaranties of concerngaranties. Deze geven degene aan wie de garantie is verstrekt niet alleen het recht om zijn contractuele wederpartij aan te spreken, maar om tevens een derde (de bank, de holding) aan te spreken. Anders dan de hiervoor besproken garanties behoeft een dergelijke garantie niet steeds te gelden. De omvang van een bankgarantie of een concerngarantie hangt af van

⁴² Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-I, nr. 21, 12^e druk.

de inhoud die partijen eraan hebben gegeven. Het is derhalve mogelijk dat een bank- of concerngarantie uitsluitend kan worden ingeroepen bij verwijtbaar handelen van de gewaarborgde partij en niet - zoals de hiervoor besproken garanties - indien de gewaarborgde geen blaam treft.

Voorbeeld: de opdrachtnemer verstrekt een concerngarantie voor het geval hij verwijtbaar het project te laat oplevert. Het project wordt te laat opgeleverd als gevolg van niet-toerekenbare omstandigheden. De opdrachtgever kan de concerngarantie dan niet inroepen.

In dit hoofdstuk zal allereerst worden ingegaan op garanties die de opdrachtgever aan de opdrachtnemer dient te verstrekken teneinde een financieerbaar project te verkrijgen. Daarna worden zekerheids garanties besproken die de opdrachtnemer ten behoeve van de opdrachtgever moet (laten) stellen.

11.2 Garanties opdrachtgever

De opdrachtgever dient jegens de opdrachtnemer in te staan voor bepaalde randvoorwaarden van het project, zonder welke het project niet kan worden gerealiseerd. De aanwezigheid van dergelijke garanties is belangrijk voor de opdrachtnemer, maar evenzeer voor diens financiers, die immers hun voornaamste financieringszekerheid ontleen aan het tijdig gereedkomen van het project.⁴³ Steeds zal per project bezien moeten worden welke garanties in dit kader door de opdrachtgever verstrekt moeten worden. Een aantal vormen van garanties wordt echter in vrijwel ieder project verlangd. Het betreft:

1. een garantie voor de beschikbaarheid voor de opdrachtnemer van de voor de uitvoering van het project benodigde terreinen;
2. een garantie voor de juistheid en volledigheid van de door de opdrachtgever verstrekte projectinformatie;
3. een garantie terzake van de bevoegdheid van de opdrachtgever om het DBFM-contract te sluiten.

11.2.1 Garantie voor beschikbaarheid terreinen

In de Nederlandse pps-projecten wordt steeds het uitgangspunt gehanteerd dat de eigendom van het te realiseren object bij de overheid berust. De voornaamste reden daarvoor is dat de opdrachtgever de vrije beschikking wil houden over dat object bij een faillissement van de opdrachtnemer. Zou de opdrachtnemer het door hem gerealiseerde object in eigendom hebben, dan zou dit object in de boedel van zijn faillissement vallen. De curator zou daar dan de zeggenschap over hebben. Dat zou zowel voor de opdrachtgever, als voor de financiers van de opdrachtnemer een hoogst onzekere situatie in het leven roepen. Niet gewaarborgd is dan immers dat zij vrijelijk over het object kunnen beschikken. Evenmin is voortzetting van het

⁴³ Zie hoofdstuk 8.

normale onderhoud en de exploitatie gewaarborgd.⁴⁴ De opdrachtnemer krijgt om deze redenen noch ten aanzien van dit object, noch ten aanzien van de gronden waarop het gerealiseerd wordt enig eigendomsrecht.

In veel gevallen zullen de gronden waarop het project gerealiseerd wordt reeds bij de aanbesteding van het project in eigendom van de overheid zijn. Dat is echter niet steeds het geval. Met name bij grote infrastructurele projecten (rail of weg) komt het voor dat de grondverwerving nog voltooid moet worden, terwijl de aanbesteding van het project al begonnen is. Hoewel de overheid met het onteigeningsinstrumentarium er uiteindelijk vrijwel altijd in zal slagen de benodigde gronden te verwerven, is de tijd die daarvoor nodig is niet goed te voorspellen. In dergelijke situaties zal de opdrachtgever daarom een garantie moeten afgeven voor de tijdige beschikbaarheid van alle voor het project benodigde gronden. Daarbij gaat het niet alleen om de terreinen waarop het eigenlijke object wordt gerealiseerd, maar ook om bijvoorbeeld terreinen voor de opslag van materialen, voor tijdelijke bouwwegen etc. Aldus wordt de opdrachtnemer contractueel beschermd tegen gevolgen van vertraging of eventuele extra kosten indien de gronden niet tijdig beschikbaar worden gesteld.

Naast de tijdige beschikbaarheid van de benodigde terreinen op het moment van aanvang van het project zal de opdrachtgever ook moeten garanderen dat het object en de overige benodigde terreinen gedurende de looptijd van het DBFM-contract voor de opdrachtnemer beschikbaar zijn om zijn contractuele beheers- en onderhoudstaken te verrichten. Daartoe moet in het DBFM-contract een gebruiksrecht voor het gerealiseerde object en overige benodigde terreinen worden toegekend. Dit gebruiksrecht zou in theorie diverse juridische vormen kunnen hebben, variërend van zakelijke rechten (bijvoorbeeld erfpacht of opstal) tot obligatoire rechten (bijvoorbeeld huur of bruikleen). Om de hiervoor genoemde redenen hoeft het gebruiksrecht van de opdrachtnemer echter niet de vorm van een zakelijk recht of van huur te krijgen. Het gebruiksrecht van de opdrachtnemer krijgt daarom meestal de vorm van een recht van bruikleen (artikel 7A:1777 e.v. Bw) of zelfs van een niet-benoemd "maatwerk"-recht ("sui generis"). Deze gebruiksrechten zijn afhankelijk van het bestaan van het DBFM-contract. Eindigt dat contract (door het verstrijken van de overeengekomen tijdsduur of door voortijdige opzegging) dan eindigt ook het gebruiksrecht.

Overigens behoeft de opdrachtgever bij het DBFM-contract niet steeds dezelfde te zijn als de eigenaar van het te realiseren object. Deze situatie deed zich bijvoorbeeld voor bij het A-59 project. De grondeigenaar⁴⁵ was daar de rijksoverheid, terwijl de opdrachtgever onder het DBFM-contract de provincie Noord-Brabant was.

⁴⁴ Soortgelijke problemen zouden zich kunnen voordoen als de opdrachtnemer eigendom van het project zou hebben en daarop zekerheidsrechten (bijvoorbeeld: hypotheek) of zakelijke rechten (bijvoorbeeld: erfpacht) zou vestigen.

⁴⁵ En daarmee (via natrekking) ook de eigenaar van de op die grond aan te leggen weg.

Via een publiek-publieke overeenkomst hadden het rijk en de provincie afspraken vastgelegd over de beschikbaarheid van de rijksgronden voor de uitvoering van het contract. De aldus door de provincie verkregen beschikkingsrechten konden vervolgens via een garantie in het DBFM-contract worden "doorgegeven" aan de opdrachtnemer.

11.2.2 Garantie voor informatie

In het kader van de aanbesteding van het DBFM-contract stelt de opdrachtgever allerlei soorten informatie ter beschikking aan de gegadigden voor het contract. Het gaat daarbij om zaken als publiekrechtelijke regelingen, privaatrechtelijke contracten, technische specificaties, overzichten van historische kosten, beleidsinformatie en feitelijke gegevens omtrent bijvoorbeeld de bodemsituatie. Deze informatie is van groot belang voor de totstandkoming van de biedingen die de gegadigden in het kader van de aanbesteding doen en - daardoor - ook voor het DBFM-contract dat uiteindelijk aan de winnende inschrijver wordt gegund.

De opdrachtnemer verlangt daarom meestal dat de opdrachtgever de juistheid en volledigheid van de door hem verstrekte informatie garandeert. De opdrachtgever is tot het geven van een dergelijke algemeen geformuleerde garantie in de praktijk echter niet bereid. De weigering een dergelijke garantie te verstrekken leidt nogal eens tot onbegrip bij de opdrachtnemer. "Wie informatie verstrekt, moet ervoor instaan dat die informatie juist is" luidt dan de gedachtengang.

De weigering van de opdrachtgever om in de algemene zin de juistheid en volledigheid van verstrekte informatie te garanderen komt echter dikwijls niet zozeer voort uit onwil om in te staan voor gedane uitspraken, maar meer uit de risicoverdelingsystematiek die eigen is aan het DBFM-contract. Die systematiek gaat uit van een zo nauwkeurig mogelijke toedeling van risico's aan de opdrachtgever, dan wel de opdrachtnemer. Die systematiek zou gemakkelijk doorkruist kunnen worden, indien iedere afwijking of onvolledigheid van door de opdrachtgever verstrekte informatie ertoe zou leiden dat de opdrachtnemer een claimrecht zou hebben jegens de opdrachtgever. Bij grootschalige en gecompliceerde projecten is de kans immers aanzienlijk dat niet alle beschikbare informatie wordt verstrekt of dat deze informatie (op onderdelen) niet (volledig) juist is. Het is begrijpelijk dat de opdrachtnemer tegen dat risico beschermd wil worden, maar een algemene garantie voor de juistheid en volledigheid van verstrekte informatie door de opdrachtgever is een te grofmazige oplossing.

Een betere oplossing kan bereikt worden door ook hier voor een "maatwerk-benadering" te kiezen, waarbij gedifferentieerd wordt naar aard en belang van de desbetreffende informatie. In algemene zin kan daarbij als uitgangspunt worden genomen dat informatie over relevante publiekrechtelijke regelingen (wetten, verordeningen, bestemmingsplannen) niet gegarandeerd behoeft te worden. Het betreft immers het soort informatie dat via het adagium "Iedere Nederlander wordt geacht de wet te kennen" in algemene zin steeds bij de burger gelegd wordt. Daartegenover zal het dikwijls gerechtvaardigd zijn het risico terzake van bodemcondities bij

de opdrachtgever te leggen. Deze is immers het best geplaatst om voorafgaand aan de totstandkoming van het DBFM-contract via onderzoek de bodemcondities vast te stellen. Eventueel kan daarbij het door de opdrachtgever te aanvaarden risico gemitigeerd worden door bijvoorbeeld prikkels in te bouwen voor de opdrachtnemer om tegenvallende bodemcondities bij de uitvoering van het project zo efficiënt mogelijk op te vangen. Die prikkels kunnen er tevens in bestaan om delen van het onderzoek bij opdrachtnemer(s) neer te leggen.

Voor andere risico's verdient het aanbeveling zorgvuldig te analyseren welke informatie voor de opdrachtnemer echt van wezenlijk belang is bij de totstandkoming van het contract en welke informatie alleen maar als "achtergrondinformatie" dient. Voor deze laatste categorie zal de opdrachtnemer gemakkelijker het risico kunnen aanvaarden, al of niet onder toepassing van een zekere risico-opslag op zijn prijs. Voor de categorie "vitale" informatie zullen partijen vervolgens moeten bezien hoe de gerechtvaardigde belangen van de opdrachtnemer het best gediend kunnen worden, zonder in brede zin de risico-verdeling van het DBFM-contract te ondermijnen. Hierbij kan de "beprijzing" van risico's een nuttig instrument zijn, hoewel de integrale bieding daarbij uitgangspunt dient te zijn. Soms zal een project niet financierbaar zijn indien een risico door de opdrachtnemer moet worden gedragen. Dan heeft de opdrachtgever weinig andere keus dan het risico "terug te nemen". Vaker zal de opdrachtnemer echter een risicobedrag aan zijn bieding willen toevoegen. De opdrachtgever kan dan afwegen of hij die prijs aantrekkelijk vindt of dat hij - gezien de prijs - het desbetreffende risico toch liever zelf draagt.

Door aldus de discussie over de garantie voor door de opdrachtgever versterkte informatie te "knippen" kan een voor beide partijen werkbare oplossing worden bereikt, zonder dat gewerkt wordt met een algemene door de opdrachtgever verstrekte garantie. Daarbij zou overigens ten aanzien van de overblijvende categorie niet gegarandeerde informatie uitgangspunt kunnen zijn dat opdrachtgever opdrachtnemer in ieder geval faciliteert om de juistheid van niet gegarandeerde informatie te onderzoeken. De openstelling van een dataroom door opdrachtgever kan daaraan bijdragen.

11.2.3 Bevoegdheidsgarantie

De vraag of een overheid bevoegd is een overeenkomst aan te gaan in Nederland is - anders dan in Angelsaksische rechtscultuur - meestal niet erg lastig te beantwoorden. Bij DBFM-contracten, waar het dikwijls gaat om het uitbesteden van publieke taken kan dat anders liggen. Er kunnen dan situaties aan de orde zijn die in de geldende publiekrechtelijke regelingen niet door de wetgever waren voorzien. In dergelijke situaties kan het voor de opdrachtnemer en zijn financiers nodig zijn om een garantie te verkrijgen omtrent de bevoegdheid van de opdrachtgever tot het aangaan van het contract. Een dergelijke situatie heeft zich bijvoorbeeld voorgedaan bij het Harnaschpolderproject, waarbij tussen de aan opdrachtgeverszijde betrokken overheden een tijd lang discussie bestond over de mogelijkheden voor een waterschap om taken op het gebied van waterbeheer op te dragen aan een private partij. Om in een dergelijke

situatie tot contractsluiting te komen ligt het voor de hand dat de opdrachtnemer een garantie omtrent de bevoegdheid van zijn wederpartij verkrijgt.

11.3 Garanties opdrachtnemer

11.3.1 Financial Close Garantie

Van de opdrachtnemer wordt in de Nederlandse pps-contracten, de garantie gevraagd dat de door hem te verkrijgen financiering binnen een bepaalde tijd geheel rond is. In Angelsaksisch jargon pleegt het rondkomen van (de contracten voor) die financiering te worden aangeduid als "financial close".⁴⁶ De opdrachtnemer wordt hierbij gevraagd een bankgarantie te laten stellen ten behoeve van de opdrachtgever, die getrokken mag worden wanneer op de overeengekomen datum financial close niet is bereikt (anders dan door toedoen van opdrachtgever). Aldus wordt een (aanzienlijke) financiële prikkel ingebouwd voor de opdrachtnemer om het financieringsproces zo gestroomlijnd mogelijk te laten verlopen.

Het bereiken van financial close is een wezensvoorwaarde voor de uitvoering van de overeenkomst. Daarom pleegt terzake een beëindigingsmogelijkheid in het DBFM-contract te worden opgenomen. Daarbij wordt soms gekozen voor een opschortende voorwaarde met een mogelijkheid tot opzegging en soms voor een ontbindende voorwaarde. Aan opdrachtgeverszijde bestaat een zekere voorkeur voor een ontbindende voorwaarde. In alle gevallen leidt dit ertoe, dat wanneer financial close niet tijdig bereikt wordt, een situatie ontstaat waarin het contract eindigt zonder dat de opdrachtgever enige vergoeding aan de opdrachtnemers verschuldigd wordt. De opdrachtgever kan dan - desgewenst - met een andere partij in zee gaan.

11.3.2 Voltooiingsgarantie

Als waarborg dat de opdrachtnemer het project tijdig tot stand brengt wordt in DBFM-contracten wel verlangd dat de opdrachtnemer een bankgarantie stelt, waaronder getrokken kan worden indien de bouwwerkzaamheden niet op het overeengekomen tijdstip zijn voltooid. Deze garantie is bedoeld als een extra prikkel voor de opdrachtnemer, in aanvulling op de prikkels die reeds ontleend kunnen worden aan het feit dat de betalingen van de opdrachtgever aan de opdrachtnemer meestal pas (in volle omvang) verschuldigd worden vanaf het moment van oplevering.

Van opdrachtnemerszijde wordt wel betoogd dat deze "dubbele prikkel" voor voltooiing een vorm van "overkill" is, die het project vanwege de kosten van de bankgarantie en eventueel door de opdrachtnemer toe te passen "risicobeprijzing" onnodig duur maakt. Voor dat standpunt valt, zeker in kleinere projecten, wel wat te zeggen. De prikkels die voor de opdrachtnemer (onder toezicht van zijn financiers) uitgaan van het betalingsmechanisme zijn reeds aan-

⁴⁶ Zie hoofdstuk 8.

zienlijk. Anderzijds leidt de opdrachtgever aanzienlijke schade indien blijkt dat de bouw van het beoogde object niet tijdig voltooid kan worden. Naast schade als gevolg van gemiste gebruiksmogelijkheden, zullen ook extra kosten kunnen ontstaan, bijvoorbeeld in verband met de noodzaak voor de opdrachtgever om tijdelijke maatregelen te treffen of zelfs in verband met heraanbesteding van het project. De wens van de opdrachtgever om via een bankgarantie tegen dat soort risico's beschermd te zijn, heeft in de Nederlandse projecten tot nu toe meestal de doorslag gegeven.

In sommige contracten wordt ook wel gewerkt met een soort “aanvangsgarantie” die vervalt als de waarde van het werk het bedrag van de garantie overtreft. Zekergesteld wordt daarmee dat opdrachtnemer met het werk aanvangt en dat er voldoende middelen zijn voor opdrachtgever om opnieuw aan te besteden als door toedoen van opdrachtnemer het contract tussentijds wordt beëindigd.

11.3.3 Aandeelhoudersgarantie

In de eerste Nederlandse pps-projecten is discussie geweest over door de aandeelhouders van de opdrachtnemer te verstrekken garanties voor de correcte naleving van het DBFM-contract door de opdrachtnemer.⁴⁷ De leidende gedachte hierbij was, dat de opdrachtnemer "slechts" een projectvennootschap is. De - dikwijls kapitaalkrachtige - aandeelhouders in die projectvennootschap zouden - zo was daarbij aan opdrachtgeverszijde het uitgangspunt - moeten instaan voor die projectvennootschap.

Tegen de wens een dergelijke aandeelhoudersgarantie te verkrijgen werd door de opdrachtnemers ingebracht dat dit strijdig was met het uitgangspunt van limited- of non-recourse financiering (ook al zou op zichzelf denkbaar zijn om met geconditioneerde aandeelhoudersgaranties te werken). Bij een dergelijke financiering is de zekerheid voor de financiers immers uitsluitend of grotendeels gelegen in de inkomstenstroom die door het te realiseren project wordt gegenereerd.⁴⁸ Het werken met aandeelhoudersgaranties zou de financiering meer het karakter geven van corporate financiering, met als gevolg dat deze garanties op de balans van de garantiegevers dienen te worden verantwoord. Daarnaast werd aangevoerd dat de eis van een aandeelhoudersgarantie miskende dat de externe financiers ter verzekering van de door hen verstrekte gelden een "waakhondfunctie" ten opzichte van de projectvennootschap vervullen. Ook zij hebben immers het grootste belang bij correcte naleving door de opdrachtnemer van het DBFM-contract.

⁴⁷ Deze door de aandeelhouders aan de opdrachtgever te verstrekken garantie moet worden onderscheiden van de garanties die de aandeelhouders soms aan de banken moeten verstrekken voor de juiste naleving van het contract.

⁴⁸ Zie hoofdstuk 8.

Deze argumenten lijken aan opdrachtgeverszijde gehoor te hebben gevonden. In de latere Nederlandse pps-projecten⁴⁹ is geen aandeelhoudersgarantie aan de opdrachtgever meer verlangd. Daar staat tegenover dat in een aantal Nederlandse projecten de externe financiers bepaalde garanties van moedermaatschappijen hebben gevraagd, waardoor de financiering toch in zekere zin een hybride karakter kreeg.

11.3.4 Teruggavegarantie

Teneinde te verzekeren dat het project bij het einde van het DBFM-contract in voldoende staat verkeert, wordt een bankgarantie verlangd die het risico van onvoldoende onderhoud ondervangt. Deze bankgarantie moet enige tijd voor de einddatum van het contract gesteld worden. De omvang van de garantie is zodanig dat daarvan een serieuze prikkel uitgaat om ook in de laatste contractjaren adequaat onderhoud te plegen.⁵⁰

Belangenoverzicht

Belangenschets

De opdrachtnemer heeft er belang bij dat de juistheid en volledigheid van de door de opdrachtgever verstrekte projectinformatie zoveel mogelijk gegarandeerd wordt.

De opdrachtgever moet ervoor waken dat een te ruime garantie de contractstructuur doorkruist. Vanwege de gecompliceerdheid van de meeste projecten is in ieder geval de volledigheid van informatie praktisch niet te garanderen.

Oplossingsrichting

Het geven van een garantie met betrekking tot de juistheid van door hem verschaft informatie zal voor opdrachtgever dikwijls bezwaarlijk zijn. Opdrachtnemer zal daarom op basis van door hem verstrekte gegevens en expertise in beginsel zijn risico inschatting moeten maken. Slechts indien dit voor opdrachtgever tot onaanvaardbare meerkosten leidt kan een maatwerkoplossing worden onderzocht. Hierbij zal opdrachtgever zich moeten realiseren dat de risico-verdeling van een DBFM-contract voor de banken aanleiding kan zijn om van de moedermaatschappij garanties te verlangen.

⁴⁹ N31, pilot-Montaigne.

⁵⁰ Zie over de criteria voor oplevering van het project bij beëindiging van het DBFM-contract verder in hoofdstuk 2.

Hoofdstuk 12. Vergunningen

De opdrachtnemer is - tenzij daarover andere afspraken worden gemaakt - krachtens het DBFM-contract verplicht ervoor te zorgen dat hij steeds beschikt over de voor de uitvoering van zijn werkzaamheden benodigde vergunningen. De opdrachtnemer dient derhalve te zorgen voor het tijdig en correct indienen van de aanvragen voor de vergunningen, terwijl hij voorts - tenzij daarover andere afspraken worden gemaakt vanwege voorkomende onbeheersbaarheid - het risico draagt van de (tijdige) besluitvorming omtrent die aanvraag en eventueel daarop volgende bezwaar- en beroepsprocedures.

Het proces van besluitvorming omtrent vergunningen en de daarbij behorende mogelijkheden van bezwaar en/of beroep is niet eenvoudig te beheersen, terwijl de uitkomsten met een aanzienlijke mate van onzekerheid zijn omkleed. Het risico ter zake van vergunningen wordt daarom door de opdrachtnemer en zijn financiers zeer serieus genomen. De consequenties van tegenslag op het gebied van vergunningen kunnen ook groot zijn. Een niet tijdig verleende vergunning kan voor aanzienlijke vertraging zorgen, in het bijzonder voor de bouwwerkzaamheden onder het DBFM-contract. Ook na voltooiing van de bouwwerkzaamheden kan echter een achteraf vernietigde vergunning ertoe leiden dat bijvoorbeeld de exploitatie van het gerealiseerde object niet kan worden voortgezet. In beide situaties kan de opdrachtnemer aanzienlijke financiële schade leiden, doordat de betalingen van de opdrachtgever later op gang komen respectievelijk verminderd of onderbroken worden. Deze schade voor de opdrachtnemer zal er veelal toe leiden dat hij niet kan voldoen aan zijn rentebetalingen- en aflossingsverplichtingen jegens zijn financiers, zodat ook hun belang bij vergunning-perikelen op het spel staat.

Om deze redenen wordt in de onderhandelingen over een DBFM-contract meestal veel tijd besteed aan de contractuele regeling voor vergunning-risico's. Voor de financiers wordt daarbij meestal gestart vanuit het uitgangspunt dat er geen leningen beschikbaar komen (geen Financial Close wordt bereikt) zolang niet alle benodigde vergunningen onherroepelijk verkregen zijn. Dat uitgangspunt is in zijn absolute voor opdrachtgevers meestal niet aanvaardbaar en bovendien niet altijd praktisch omdat een vergunning al wel "bruikbaar" kan zijn (rechtskracht kan hebben) ook al is hij nog niet onherroepelijk. De regeling ter zake van vergunning-risico's vergt daarom ook een hoge mate van maatwerk. Desalniettemin zijn wel richtsnoeren voor de discussie te geven.

Een eerste stap kan zijn om te bepalen of inderdaad alle vergunningen door de opdrachtnemer dienen te worden aangevraagd. Soms zal het praktisch zijn (bijvoorbeeld om tijdwinst te behalen door een vergunning nog tijdens het aanbestedingstraject aan te vragen) en soms zal het zelfs wettelijk zijn voorgeschreven, dat de opdrachtgever een vergunning aanvraagt. In derge-

lijke gevallen zal het risico ter zake van de tijdigheid en juistheid van de aanvraag ook bij de opdrachtgever thuishoren.

Daarnaast is het zinvol onderscheid te maken tussen vergunningen die nodig zijn voor de bouw van het te realiseren project en vergunningen die nodig zijn voor de exploitatie. De exploitatie vangt immers pas na de bouw aan. Het tijdrisico ter zake van voor de exploitatie benodigde vergunningen is derhalve aanzienlijk minder klemmend. Op basis van dit onderscheid kunnen de financiers meestal overtuigd worden dat de financiering niet hoeft te wachten op de beschikbaarheid van voor de exploitatie benodigde vergunningen. Het vergunningenrisico zal in deze fase doorgaans in belangrijke mate bij opdrachtnemer zal worden neergelegd.

Een volgende vraag is of de voor de bouw benodigde vergunningen onherroepelijk dienen te zijn of dat het voldoende is dat zij rechtskracht hebben. Wordt voor onherroepelijkheid gekozen, dan resteren geen risico's meer om tussen partijen te bespreken, maar kan wel een aanzienlijk tijdverlies worden geleden voordat met de bouw kan worden begonnen. Om dat tijdsverlies te voorkomen kan er de voorkeur aan gegeven worden het onherroepelijk worden van de vergunning niet af te wachten, maar aan te haken bij het moment waarop de vergunningen rechtskracht krijgen. Het gaat dan om vergunningen waartegen nog wel beroep mogelijk is, maar die wettelijk reeds gebruikt mogen worden. Partijen moeten dan natuurlijk wel een regeling treffen voor het risico dat een vergunning met rechtskracht uiteindelijk in een bezwaar- of beroepsprocedure toch wordt vernietigd. Bij een dergelijke risicoverdeling ligt het voor de hand aan te knopen bij de oorzaak van de vernietiging enerzijds, en de gevolgen van een eventuele vernietiging anderzijds. Vernietiging heeft voor de opdrachtnemer in hoofdzaak drie risico's: het risico van beëindiging van het contract wegens te late oplevering, het risico van financiële schade wegens latere aanvang van de betalingen van opdrachtnemer en het risico van extra kosten.

Wanneer de oorzaak van een uiteindelijke vernietiging in de invloedssfeer van de opdrachtnemer ligt, is het logisch dat hij geen contractuele bescherming krijgt, maar deze risico's volledig zelf draagt. Indien echter de oorzaak van een uiteindelijke vernietiging in de invloedssfeer van de opdrachtgever ligt (deze is bevoegd omtrent de vergunningverlening te beslissen en maakt daarbij een fout), is daarentegen volledige contractuele bescherming van de opdrachtnemer een logisch uitgangspunt, waarop slechts beperkingen redelijk zijn die nodig zijn om de opdrachtnemer te prikkelen de nadelige gevolgen van de vernietiging van de vergunning zoveel mogelijk te beperken. Ligt de reden voor de vernietiging van de vergunning noch in de invloedssfeer van de opdrachtnemer, noch in die van de opdrachtgever, dan komen vormen van risicoverdeling aan de orde. Het ligt voor de hand daarbij (in ieder geval gedurende enige tijd) de opdrachtnemer te vrijwaren van het risico dat het contract beëindigd wordt. Het risico van vertraagde inkomsten en extra kosten kan echter via bepaalde verdeelsleutels op redelijke wij-

ze tussen partijen worden verdeeld, bijvoorbeeld door "caps" of "floors" te hanteren en/of door slechts bepaalde categorieën van schade voor vergoeding in aanmerking te laten komen.

Hierbij zal de opdrachtgever niet uit het oog moeten verliezen dat risico's die hij bij de opdrachtnemer legt in meerdere of mindere mate "geprijsd" zullen worden. Het zoveel mogelijk belasten van de opdrachtnemer met risico's levert daarom niet altijd een economisch wenselijke oplossing op. De opdrachtgever zal steeds de balans tussen aan de opdrachtnemer overgedragen risico's en daarvoor in rekening gebrachte risico-opslagen in het oog moeten blijven houden.

Een vergelijkbaar proces van risicoverdeling kan vervolgens worden toegepast op vergunningen die benodigd zijn voor de exploitatiefase. Daarbij moet worden aangetekend dat door de ruimere tijd die voor het verkrijgen van dergelijke vergunningen beschikbaar is (en dus ook de ruimere gelegenheid om eventuele complicaties in het vergunningverleningsproces te corrigeren), er in het algemeen gesproken minder reden is voor bescherming van de opdrachtnemer dan bij vergunningen voor de bouwfase.

Wanneer langs deze lijnen de risico's van vergunningverlening hanteerbaar zijn gemaakt, moet het normaal gesproken mogelijk zijn de financiering beschikbaar te laten komen en dus met de realisatie van het project aan te vangen voordat alle vergunningen onherroepelijk zijn.

Belangenoverzicht

Belangenschets

Van de opdrachtnemer en zijn financiers is – met name voor de bouwfase – het risico dat een vergunning niet tijdig wordt verkregen of weliswaar tijdig wordt verkregen, maar vervolgens vernietigd wordt, een grote bron van zorgen. Zij wensen voor die risico's optimale contractuele bescherming.

De opdrachtgever, die noch ontwerper noch bouwer is, wenst met de realisatie van het project meestal niet te wachten tot alle vergunningen onherroepelijk zijn. Hij wil bovendien adequate prikkels om te bevorderen dat de opdrachtnemer de aanvragen voor de vergunningen tijdig, volledig en juist opstelt en dat hij de gevolgen van eventuele vertragingen zo adequaat en efficiënt mogelijk managed.

Oplossingsrichting

De aanspraken van de opdrachtnemer op contractuele bescherming voor vergunning-risico's, zijn het meest gerechtvaardigd voor de bouwfase. In die fase kan hem een betrekkelijk ruime mate van bescherming worden geboden, mits aangetoond is dat problemen met vergunningen op geen enkele wijze aan de opdrachtnemer te wijten zijn of voor zijn risico komen en mits adequate prikkels zijn ingebouwd om te bevorderen dat de opdrachtnemer de gevolgen van problemen met vergunningen minimaliseert.

Hoofdstuk 13. Verzekeringen

13.1 Inleiding

Verzekeringen zijn bij de totstandkoming en uitvoering van een DBFM-contract van cruciaal belang. De mate waarin risico's al of niet verzekerd kunnen worden is immers voor een groot deel bepalend voor de risico-verdeling die tussen partijen in het contract wordt vastgelegd. In het verlengde daarvan is de aard en omvang van het af te sluiten verzekeringspakket in hoge mate bepalend voor de financierbaarheid van het project. Immers, indien zich tegenslag voordoet met betrekking tot een substantieel onderdeel of het geheel van het project, zullen de financiers weinig anders hebben dan een verzekeringsuitkering om zich op te verhalen.

Een gedetailleerde analyse van de verschillende verzekeringsvormen die voor DBFM projecten beschikbaar zijn gaat het bestek van dit handboek te buiten. Hier wordt volstaan met een inventarisatie van de belangrijkste te verzekeren risico's bij DBFM-contracten. Daarnaast wordt een overzicht gegeven van een aantal van de regelingen die de betrokken partijen op hoofdlijnen met elkaar dienen overeen te komen. Daarbij wordt opgemerkt dat de verzekeringsparagraaf van een DBFM-contract pas zijn definitieve vorm zal krijgen zodra ook de financiers van het project "aan tafel zitten". Hun belangen bij de verzekeringsafspraken zijn zo groot dat zij daarbij een gedetailleerde, soms ook in tripartiete afspraken vast te leggen, invloed wensen.

In het kader van een DBFM-contract moeten vaak risico's verzekerd worden, die voorheen door de overheid niet verzekerd werden. De vraag is of publieke opdrachtgevers in dergelijke situaties niet zelf deze risico's moeten nemen als het voor hen lonender is om niet te verzekeren ("self insurance") dan om wel te verzekeren. Als uitgangspunt wordt hierbij wel gehanteerd dat de introductie van DBFM-contracten niet tot verzekeringen zou moeten leiden tegen risico's waarvoor de opdrachtgever zich voorheen niet verzekerde, tenzij projectspecifieke omstandigheden tot een ander oordeel nopen.

Overigens kunnen ook praktische problemen ontstaan, omdat de overheid niet altijd adequate gegevens beschikbaar heeft over het schadeverloop van dergelijke risico's. Het verkrijgen van feitelijke informatie daaromtrent kan echter noodzakelijk zijn om tot een toereikend verzekeringspakket te komen.

13.2 Voornaamste te verzekeren risico's

13.2.1 Materiële schade aan het werk

Voor het risico van materiële schade aan het te realiseren werk is de Construction All Risks (C.A.R.)-polis de geëigende verzekeringsvorm. Een CAR-polis is niet een eenvormig product. Er is differentiatie mogelijk naar het te verzekeren financiële belang, naar uitsluitingsgronden en naar dekkingsomvang. De opdrachtgever zal daarom niet altijd kunnen volstaan met het verlangen van "een CAR-verzekering". Wanneer een bepaalde mate van dekking voor de opdrachtgever van belang is, zal hij dat specifiek in het DBFM-contract moeten vastleggen.

Naast de CAR-verzekering is ook een verzekering mogelijk ten aanzien van materiële schade aan het werk als gevolg van fouten, voortvloeiend uit ontwerp, materialen of uitvoering. Het betreft de zogenaamde Inherent Defect Insurance (IDI). Het gaat hier om een duur soort polis. Het afsluiten daarvan zal vaak eerder gebeuren op initiatief van de opdrachtnemer of zijn financiers dan op initiatief van de opdrachtgever.

13.2.2 Schade aan derden

Voor het risico van schade aan derden is een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering (AVB) wenselijk. Ook hier doet de opdrachtgever er goed aan om specifieke eisen ten aanzien van bijvoorbeeld dekkingsomvang in het DBFM-contract vast te leggen.

13.2.3 Risico's van niet-materiële schade voor het project

Niet-materiële schade aan het project kan bijvoorbeeld optreden als gevolg van een ontwerpfout. Indien een dergelijke fout niet leidt tot fysieke gebreken aan het object, maar "slechts" tot een (beperkte) functionele ongeschiktheid, is een apart soort verzekeringsdekking nodig. Denkbaar is een "standaard" beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor ontwerpen. Het gaat hier om een polis met een beperkte dekking, die aansluit bij aansprakelijkheidsbeperkingen uit de algemene voorwaarden van bijvoorbeeld ingenieurs en architecten (Nieuwe Regeling 2005). Is een uitgebreidere dekking noodzakelijk, dan zal een Professional Indemnity (PI)-verzekering moeten worden afgesloten. De markt voor dat soort verzekeringen is echter moeilijk. Het betreft immers verzekeringen die in beginsel alleen het belang van het verzekerde bedrijf dekken, doch bijv. joint venture partners kunnen elk hun eigen PI verzekering afsluiten

13.2.4 Inkomensschade voor projectvennootschap

De betalingen van de opdrachtgever aan de opdrachtnemer komen onder een DBFM-contract dikwijls pas op gang bij oplevering van het te realiseren object en zijn afhankelijk van de exploitatie van het object conform de afgesproken kwaliteitsmaatstaven. Wordt de oplevering van het object vertraagd of kan het object niet worden geëxploiteerd conform de overeengekomen normen, dan zal de opdrachtnemer inkomensschade leiden. Dat risico is onder bepaalde om-

standigheden te verzekeren. Het gaat hierbij om polissen die niet zozeer voor de opdrachtgever van belang zijn, als wel voor de opdrachtnemer en zijn financiers.

Het risico van inkomensschade als gevolg van vertraagde oplevering kan worden verzekerd onder een Delay in Start Up (DSU)-verzekering. Een dergelijke verzekering dekt niet alle situaties van vertraagde oplevering, maar uitsluitend vertraging als gevolg van schadeoorzaken die onder de CAR-polis gedekt zijn.

Het risico van inkomensschade als gevolg van exploitatie in afwijking van overeengekomen maatstaven kan worden verzekerd met een Business Interruption (BI)-polis. Ook een dergelijke polis dekt niet alle afwijkingen, maar uitsluitend afwijkingen die het gevolg zijn van niet aan de opdrachtnemer te wijten oorzaken.

13.2.5 Opstalverzekering

Na voltooiing van het te realiseren object dient schade aan dat object als gevolg van van buiten komende oorzaken te worden verzekerd onder een opstalverzekering.

13.2.6 Bedrijfsschade opdrachtgever

Indien de opdrachtgever voor zijn bedrijfsvoering afhankelijk is van de beschikbaarheid van het te realiseren object, kan hij de bedrijfsschade die hij lijdt, indien dat object niet beschikbaar is door deze schade, door de opdrachtnemer verzekerd worden, voorzover het gaat om schadeoorzaken die gedekt zijn onder de opstalverzekering.

13.3 Niet-polisgebonden verzekeringsaspecten

Het DBFM-contract zal meestal een aantal bepalingen bevatten die onafhankelijk zijn van de aard en inhoud van een specifieke polis.

In de eerste plaats kan de opdrachtgever via het contract in meerdere of mindere mate bedingen toezicht uit te kunnen oefenen op de wijze waarop de opdrachtnemer zijn verzekeringsplicht nakomt. Zo kan hij bijvoorbeeld afschriften van polissen en bewijzen van premiebetaling verlangen

Daarnaast kan de opdrachtgever in het DBFM-contract bepalingen opnemen die beogen bescherming te bieden tegen verzuimen van de opdrachtnemer op het gebied van verzekeringen. Een voorbeeld is de mogelijkheid dat de opdrachtgever bij een verzuim van de opdrachtnemer de achterstallige verzekeringspremies betaalt met het recht deze bedragen te verrekenen met aan de opdrachtnemer verschuldigde bedragen.

Uit het voorgaande vloeit al voort dat de opdrachtnemer de meeste verzekeringen meestal niet uitsluitend voor zichzelf sluit. De opdrachtgever en de financiers van de opdrachtnemer heb-

ben er belang bij om op vitale polissen als mede-verzekerde te worden vermeld. Naar Nederlands recht zal de medeverzekerde in beginsel niet meer rechten toekomen dan de verzekeringnemer. In het geval van bijvoorbeeld verzuimen van de verzekeringnemer biedt het derhalve geen aanvullende bescherming. Aldus ontstaan gecompliceerde verhoudingen, waarbij de vraag wie gerechtigd is (zijn) om over de aanwending van verzekeringspenningen te beslissen zorgvuldig op voorhand moet worden beantwoord.

Een verdergaande vorm van bescherming vormt de eis dat de polis, waarop de opdrachtgever mede-verzekerde is, een zogenaamde "non-vitiation clause" bevat. Een dergelijke clause leidt ertoe dat wanneer een verzuim van de opdrachtnemer de verzekeraar het recht zou geven zich jegens de opdrachtnemer op een dekkingsuitsluitingsgrond te beroepen, een dergelijk beroep niet jegens de opdrachtgever kan worden gedaan. Daardoor is dus bij het optreden van een verzekerde gebeurtenis de uitkering van de verzekeringspenningen aan de opdrachtgever gewaarborgd, ongeacht de vraag of de opdrachtnemer al zijn verplichtingen jegens de verzekeraar juist is nagekomen. Dit soort non-vitiation-bescherming is niet alleen voor de opdrachtgever aantrekkelijk; ook de financiers van de opdrachtnemer verlangen voor de belangrijkste verzekeringen een dergelijke bescherming.

Nauwkeurige onderhandelingen hierover tussen de opdrachtgever, de opdrachtnemer en diens banken zijn daarom gewenst. Uitgangspunt van de opdrachtgever daarbij zal overigens steeds moeten zijn dat de verzekeringspenningen worden gebruikt voor herbouw van het project, tenzij de opdrachtgever daartoe geen aanleiding meer ziet.

Echter, banken zullen in het algemeen een behoudender positie innemen en stellen dat herbouw economisch niet haalbaar wordt geacht en dat de verzekeringspenningen dienen te worden aangewend ter aflossing. Niet ongebruikelijk is dat de verzekeringsuitkering wordt ontvangen op een speciaal daarvoor bestemde rekening alvorens te worden aangewend door opdrachtnemer voor herbouw of door de banken voor aflossing. Het is bij Engelse projectfinancieringen niet ongebruikelijk om in zo'n geval een economische test uit te voeren. Daarbij wordt de economische levensvatbaarheid van het project bij hervatting berekend, ondanks de vertraging door het schadevoorval.

Doorslaggevend bij deze test zijn de door de bank gehanteerde ratio's. Het is daarbij voor de opdrachtgever van belang dat de hierna besproken "loan life cover ratio" wordt gehanteerd en niet de "debt service cover ratio"⁵¹, aangezien deze laatste slechts jaarlijkse uitkomsten laat zien en geen uitkomsten voor de gehele duur van het project. Overigens dient de opdrachtgever een dergelijke doorslaggevende testuitkomst alleen te accepteren bij projecten met een

⁵¹ Zie voor een beschrijving van de ratio's hoofdstuk 8.2.4.3

hoog risico en niet bij projecten met een laag risico van totale destructie (zoals bijvoorbeeld bij spoorprojecten en projecten met diverse geografische locaties).

Het DBFM-contract zal een regeling moeten bevatten voor de situatie dat risico's die door de opdrachtnemer verzekerd moeten worden gedurende de looptijd van het contract niet opnieuw verzekeraar worden. Bij een dergelijke regeling moet onderscheidgemaakt worden naar onverzekerbaarheid die het gevolg is van aan de opdrachtnemer te wijten omstandigheden en onverzekerbaarheid die het gevolg is van buiten de opdrachtnemer gelegen oorzaken. Voor eerstgenoemde categorie dient de opdrachtnemer zelf het risico te dragen in die zin dat hij geen vervangende faciliteiten van de opdrachtgever behoeft te verwachten. Indien het onverantwoord is dat de opdrachtnemer zijn werkzaamheden onder het DBFM-contract voortzet zonder een bepaalde verzekeringsdekking, kan het sluitstuk van deze situatie zijn dat het contract wordt beëindigd op grond van een toerekenbare tekortkoming van de opdrachtnemer⁵².

Is sprake van onverzekerbaarheid wegens buiten de opdrachtnemer gelegen omstandigheden, dan is er aanleiding om de opdrachtnemer bescherming te geven. In de meest vergaande vorm zou dat kunnen door te bepalen dat de opdrachtgever voortaan het onverzekerbare risico draagt. Dat zal in veel gevallen echter wellicht te ver gaan. Een minder vergaande bescherming voor de opdrachtnemer kan gevonden worden door te bepalen dat de opdrachtgever vanaf het moment van onverzekerbaarheid ten opzichte van de opdrachtnemer "verzekeringsdekking" biedt onder de condities van de laatst geldende polis, waarbij de opdrachtnemer de laatst geldende premies (al of niet te indexeren) aan de opdrachtgever betaalt. De opdrachtgever neemt dan als het ware de rol van verzekeraar jegens de opdrachtnemer over, waarbij hij een beroep kan doen op bijvoorbeeld de eigen risico-regeling en de uitsluitingsgronden die deel uitmaken van de laatst geldende polis. Welke regeling uiteindelijk voor niet-verzekerbare risico's wordt getroffen is uiteindelijk echter een kwestie van maatwerk, die voor ieder DBFM-contract zorgvuldig bestudeerd moet worden.

Tenslotte kan de opdrachtgever er, vanwege zijn publieke taak, belang bij hebben invloed te kunnen uitoefenen op gerechtelijke procedures die de opdrachtnemer onder de polissen of in aansprakelijkheidskwesties voert. Het DBFM-contract kan een regeling geven voor de wijze waarop en de mate waarin de opdrachtgever zeggenschap kan uitoefenen in dit soort situaties.

13.4 Lijst van aandachtspunten banken

Naast de eerder aangegeven belangen van banken bij de soort van af te sluiten verzekeringen, zullen banken tevens willen toezien op de inhoud van de verzekeringen. Het is onmogelijk om

⁵² Zie ook Hoofdstuk 16.

daarbij alle aandachtspunten op te noemen, doch banken zullen met name letten op het volgende:

- verzekeringen kunnen worden beëindigd ofwel ingevolge de bepalingen van de verzekeringsovereenkomst, ofwel ingevolge een aanvullende overeenkomst tussen verzekeraar en verzekeringnemer ofwel door de tussenpersoon en/of verzekeraar bij niet-betaling van premies;
- verzekeringen kunnen verlopen zonder te worden verlengd;
- de inhoud van een verzekering kan worden gewijzigd in die zin dat de omvang van de verzekerde dekking wordt beperkt, bijvoorbeeld door het inbrengen van limieten of eigen risico's;
- niet-verzekerbare oorzaken zoals natuurgeweld of terroristische aanslagen (uitsluitingen).
- dekkingsuitsluitingen uit hoofde van onjuist of onvolledig verstrekte informatie (verzwijging);
- het niet nakomen van verplichtingen door de opdrachtnemer als verzekeringnemer uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst, bijvoorbeeld het niet nakomen van de verplichting om tussentijds relevante informatie te verstrekken;
- het niet tijdig, dat wil zeggen binnen de in de polis gestelde termijn, indienen van een claim;
- de mogelijkheid dat een verzekeringsclaim in het faillissement van de tussenpersoon valt;
- een tussenpersoon kan uitstaande premies met (een deel van) de verzekeringsuitkering verrekenen;
- de mogelijkheid een verzekeringsuitkering in het faillissement van de opdrachtnemer valt.

Immers, indien zich één van bovengenoemde mogelijkheden voordoet, kan dat er toe leiden dat de banken (een deel van) de verzekeringsuitkering niet ontvangen met als gevolg dat een deel of het geheel van de uitstaande lening niet kan worden terugbetaald.

Om zich enigszins te beschermen tegen onder meer de genoemde mogelijkheden zullen banken in het algemeen de volgende maatregelen nemen:

- Verzekeringsexperts
Bij alle grotere projecten zullen de banken een internationaal reputabele verzekerings-tussenpersoon opdracht geven te adviseren over de inhoud, omvang en meest markt-conforme dekking van de projectverzekeringen. Een gedetailleerd verzekeringsmemorandum zal onderdeel uitmaken van de contractuele relatie tussen de banken en de opdrachtnemer danwel die entiteit die namens de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor het uitnemen van de verzekeringen, waarin de minimumvoorwaarden voor de banken terzake van verzekering gedurende de loop van het project worden vastgelegd.

- **Zekerheid**

Als onderdeel van de te vestigen zekerheden, zullen de banken een pandrecht bedingen op de verzekeringsuitkeringen teneinde zich hierop bij voorrang te kunnen verhalen. Het is gebruikelijk het pandrecht te vestigen als openbaar pandrecht en dus verzekeraars van het pandrecht in kennis te stellen.
- **Loss payee clause**

Aan de verzekeringspolis zal een "loss payee" clause worden gehecht waarin wordt verwoord dat verzekeringsuitkeringen (meestal boven een bepaald bedrag) aan of op instructie van de banken zal worden uitgekeerd. Deze vorm van zekerheid zal altijd in combinatie met en ter invoering van een formeel zekerheidsrecht als pandrecht worden bedongen.
- **Medeverzekering**

Het is niet ongebruikelijk dat banken als medeverzekerde in de polis worden vermeld. Zoals eerder aangegeven is een verdergaande mogelijkheid (om risico van bijvoorbeeld verzwijging uit te sluiten) het opnemen van een "non-vitiation"-clause.
- **"Brokers undertaking"**

In aanvulling op bovengenoemde maatregelen is het eveneens gebruikelijk dat een tussenpersoon zich verplicht tot:

 1. het doen aantekenen op de polis van het gevestigde zekerheidsrecht en het aanhechten van de schriftelijke kennisgeving (al of niet voorzien van bevestiging van ontvangst);
 2. het afzien van verrekening bij het doorbetalen van verzekeringsclaims;
 3. het tijdig informeren van de banken omtrent de volgende situaties:
 - (i) nalatigheid in de betaling van premies (voor het beëindigen van de verzekering);
 - (ii) kennisgeving dat de verzekering op een bepaald tijdstip eindigt en dat nog geen bevestiging van verlenging is ontvangen; en
 - (iii) kennisgeving van andere omstandigheden die van invloed zijn op de geldigheid van de verzekering.
- **Herverzekering**

Het is niet ongebruikelijk dat een substantieel deel van de verzekering wordt herverzekerd bij andere verzekeraars. De reden hiervoor is meestal gelegen in het simpele feit dat een verzekeraar niet het volledig verzekerde risico wil accepteren. Anderzijds kan het ook een eis van de banken zijn indien een verzekeraar niet voldoende kredietwaardig wordt geacht.

Belangenoverzicht

Belangenschets

De aard en omvang van het verzekeringenpakket is van belang voor de risicoverdeling in het project en de financierbaarheid daarvan. In het kader van een DBFM-contract kan het zo zijn dat risico's verzekerd moeten worden, die voorheen door de overheid zelf niet verzekerd werden. De vraag is of publieke opdrachtgevers in dergelijke situaties niet zelf deze risico's moeten nemen nu het voor hen lonender is om niet te verzekeren (“self insurance”) dan om wel te verzekeren.

Oplossingsrichting

De introductie van DBFM-contracten zou niet tot verzekeringen moeten leiden tegen risico's waarvoor de opdrachtgever zich voorheen niet verzekerde, tenzij projectspecifieke omstandigheden tot een ander oordeel nopen.

Hoofdstuk 14. Overmachtsituaties

14.1 Inleiding

Eén van de gecompliceerde aspecten van een DBFM-contract is de regeling van overmachtsituaties. Het gaat daarbij om meer dan wat traditioneel in het Nederlandse verbintenissenrecht onder "overmacht" wordt verstaan. Dat "traditionele" overmachtsbegrip speelt in de meeste tot nu toe in Nederland gesloten DBFM-contracten slechts een beperkte rol. In die contracten is dikwijls aansluiting gezocht bij op Angelsaksische leest geschoeide regelingen voor "overmacht-achtige" situaties. De reden om voor dergelijke Angelsaksische modellen te kiezen, in plaats van het onder het burgerlijk wetboek ontwikkelde overmachtsbegrip, is vooral gelegen in de verdere structuur van het DBFM-contract. Op aandrang van de financiers van de opdrachtnemer dient dat contract immers voor zoveel mogelijk situaties een op voorhand vastgelegde regeling te bevatten. De "open norm" van artikel 6:75 BW geeft naar de smaak van veel financiers te weinig zekerheid. De mogelijkheid dat bij die open norm discussie mogelijk zal zijn of een bepaalde gebeurtenis al of niet een overmachtsgrond oplevert, wordt te riskant geacht. Hoewel de financiers onderkennen dat een contract nooit voor alle eventualiteiten een regeling kan bevatten, verlangen zij daarom meestal aan zo gedetailleerd mogelijke opsomming van projectrisico's die voorzienbaar zijn, met daaraan gekoppeld de rechten en verplichtingen van de contractpartijen indien zich zo'n risico voordoet. Aldus ontstaan naar Angelsaksisch model contractbepalingen waarin risico's worden gerangschikt in categorieën met per categorie een beschrijving van de contractuele gevolgen.

Bij het opstellen van dergelijke risicocategorieën wordt onderscheid gemaakt naar de diverse risico's die een opdrachtnemer onder het contract kan lopen. De voornaamste risico's zijn: beëindiging van het contract door de opdrachtgever wegens wanprestatie, het opleggen door de opdrachtgever van boetes of kortingen, het te laat op gang komen van de inkomstenstroom als gevolg van vertraagde oplevering van het project en het maken van extra kosten.

De risicocategorieën bevatten ieder een eigen verdeling van deze risico's tussen de contractpartijen. Alle benoemde categorieën geven de opdrachtnemer bescherming tegen beëindiging van het contract en het opleggen van boetes of kortingen, maar de categorieën onderscheiden zich door het al of niet compenseren van gedeerde inkomsten en/of gemaakte extra kosten. In de Angelsaksische contracten heeft zich een min of meer vaste aanduiding ontwikkeld voor de diverse categorieën van risico's (bijvoorbeeld "Delay Events, Relief Events, Compensation Events, Force Majeur Events"). In Nederland lijkt zich een zekere vaste terminologie te ontwikkelen, maar deze is nog niet uitgekristaliseerd. Hierna zal dan ook, met uitzondering van "overmacht in enge zin" geen "vaste" categorie-aanduiding gebruikt worden, maar een om-

schrijving van het niveau van bescherming van de opdrachtnemer dat bij een bepaalde risicocategorie behoort. Risico's die niet zijn ondergebracht in één van deze benoemde risicocategorieën dienen integraal door de opdrachtnemer te worden gedragen.

De vraag in welke categorie een risico thuishoort, is in de onderhandelingen over een DBFM-contract een van de centrale gespreksonderwerpen. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van een aantal factoren. Daarbij spelen onder meer een rol de mate waarin een partij het optreden van een risico kan beïnvloeden en de gevolgen daarvan kan beheersen, de mate waarin een partij de gevolgen van een risico kan beïnvloeden of verzekeren en de omvang van een risico. Deze factoren kunnen per project verschillen. Daarom is de risicoverdeling een van de onderdelen van een DBFM-contract waarbij steeds een aanzienlijke hoeveelheid "maatwerk" vereist zal zijn.

14.2 Risicocategorie "overmacht"

Onder de risicocategorie "overmacht" (in het Engels ook wel aangeduid als "Force Majeur") worden in de hierboven geschetste benadering vaak omstandigheden gebracht die buiten iedere invloed van partijen vallen. Het gaat dan om natuurverschijnselen zoals extreme weersomstandigheden en aardbevingen, maar ook om oorlogssituaties en/of terroristische aanslagen. Over risico's als stakingen of brand is alweer meer discussie mogelijk, afhankelijk van de mate waarin de opdrachtnemer of de opdrachtgever die risico's kan beïnvloeden.

Wanneer een risico onder het DBFM-contract kwalificeert als risicocategorie "overmacht" wordt meestal slechts een minimaal niveau van bescherming geboden: er is geen beëindiging van het contract door de opdrachtgever mogelijk wegens wanprestatie en er kunnen geen boetes/kortingen worden opgelegd. De opdrachtnemer behoeft voor de duur van de overmachtsituatie zijn verplichtingen niet na te komen. Omtrent de betalingsverplichting van de opdrachtgever kunnen de regelingen in de diverse contracten uiteenlopen. In sommige contracten wordt deze verplichting eveneens opgeschort, in andere blijft het doorlopen. In ieder geval moet bepaald worden dat wanneer de overmachtssituatie slechts een deel van de prestaties van opdrachtnemer belemmert, de resterende prestaties tegen een evenredige vergoeding worden voortgezet.

Na het optreden van een overmachtsituatie hebben partijen gedurende een gelimiteerde periode de tijd om overeenstemming te bereiken over de consequenties van het geval van overmacht voor de voortzetting van het contract. Slagen zij daar niet in dan ontstaat meestal voor beide partijen de mogelijkheid het contract te beëindigen. Vooral in gevallen waarin het object van de overeenkomst (de weg of het gebouw) door de overmachtssituatie geheel teniet is gegaan is deze beëindigingsmogelijkheid voor de opdrachtgever van groot belang. Hij zal (wanneer geen verzekeringsdekking verleend wordt) de schade moeten dragen en daarnaast nog

een vergoeding aan de opdrachtnemer moeten betalen voor (in ieder geval) de uitstaande lening. Bij een dergelijke beëindiging krijgt de opdrachtnemer meestal het geïnvesteerde eigen vermogen niet (geheel) vergoed door de opdrachtgever⁵³. Reden daarvoor is niet alleen dat de nadelen voortvloeiend uit een voor beide partijen onbeheersbaar risico niet uitsluitend door de opdrachtgever behoren te worden gedragen, maar ook om de opdrachtnemer te prikkelen om via zijn ontwerp en zijn risicomanagement de gevolgen van het optreden van overmacht te beperken. In een dergelijke situatie zal de opdrachtgever vrijelijk over vorm en wijze van herbouw willen kunnen beslissen indien voortzetting van het contract met de opdrachtnemer geen value for money meer biedt.

14.3 Risico opdrachtgever

Tegenover de risicocategorie "overmacht", waarbij aan de opdrachtnemer een beperkte mate van bescherming wordt geboden, staan aan de andere kant van het spectrum, de risicocategorieën die voor rekening van de opdrachtgever worden gebracht en waarin de opdrachtnemer optimale contractsbescherming krijgt. Deze krijgt dan niet alleen bescherming tegen beëindiging van het contract en de oplegging van boetes of kortingen, maar tevens worden gedeerde winst en gemaakte kosten integraal vergoed. Het gaat hierbij steeds om situaties waarin de optredende risico's geheel of nagenoeg geheel aan de opdrachtgever en/of door opdrachtgever ingeschakelde derden te wijten zijn. Naast de eerder besproken gevallen van bijzondere wetswijziging gaat het hier vaak om situaties die met wanprestatie van de opdrachtgever of personen waarvoor hij verantwoordelijk is, gelijk gesteld kunnen worden.

14.4 Vorm en aard van risico's opdrachtnemer

De lastigste discussies in de onderhandelingen over de risicoverdeling onder het DBFM-contract gaan meestal over de categorieën tussen de hiervoor genoemde categorieën "overmacht" en "risico opdrachtgever". Niet alleen hebben deze discussies betrekking op de vraag welke risico's in deze categorieën thuishoren, maar ook gaat het om de mate van bescherming die aan de opdrachtnemer wordt toegekend. Die bescherming kan worden beperkt door bijvoorbeeld uitsluitend gemaakte kosten te vergoeden, maar geen gedeerde winst. Ook kan echter het omgekeerde het geval zijn. Daarnaast kan, om discussies over de redelijkheid van gemaakte kosten te vermijden, gewerkt worden met forfaitaire bedragen in plaats van werkelijk door de opdrachtnemer geleden schade. Een voorbeeld is het werken met forfaitaire werkplaatskosten. Welk systeem gekozen wordt is in Nederlandse DBFM-contracten in hoge mate verschillend. Wel kunnen twee algemene karakteristieken worden gegeven.

⁵³ Zie hoofdstuk 16.

In de eerste plaats is van belang op welke manier wordt omgegaan met de verminderde "verdiencapaciteit" van een contract, als gevolg van het optreden van een risico. Hiermee wordt het effect bedoeld dat optreedt, indien de (volledige) betaling van beschikbaarheidsvergoedingen later aanvangt dan door partijen beoogd, als gevolg van het optreden van een risico dat de oplevering van het project vertraagt. Bij een contract met een gefixeerde einddatum is in een dergelijke situatie de periode waarin de opdrachtnemer inkomsten uit het project kan genereren verkleind. Om de opdrachtnemer voor dat effect te compenseren kan er hetzij voor gekozen worden hem de "gemiste" verdienperiode contant te betalen zonder de oorspronkelijke einddatum te verschuiven. Men kan er echter ook voor kiezen de einddatum te verplaatsen in evenredigheid met de vertraging van de oplevering. De "verdiencapaciteit" van het project blijft dan voor de opdrachtnemer in stand, zij het dat hij zijn inkomsten op een later tijdstip verkrijgt (hetgeen een rente-effect heeft) en dat de te verrichten betalingen onderworpen blijven aan kortingen of boetes bij onvoldoende presteren (hetgeen strookt met de algemene uitgangspunten van een DBFM-contract).

In de tweede plaats moet geconstateerd worden dat de situaties waarin de opdrachtnemer "beschermd" wordt tegen risico's vooral betrekking hebben op de bouwfase van een project. Zodra het project eenmaal is gerealiseerd neemt - in lijn met het risicoprofiel van het project als geheel - het aantal situaties waarin de opdrachtnemer aanspraak kan maken op bescherming meestal af.

Belangenoverzicht

Belangenschets

De opdrachtnemer wil risico's die hij onvoldoende kan beheersen afgedekt zien.

De opdrachtgever wil optimale prikkels voor de opdrachtnemer om risico's adequaat te managen. Zelfs indien een risico niet door de opdrachtnemer voorkomen kan worden, kan hij wellicht nog wel de gevolgen van dat risico beperken. Slechts risico's die niet of slechts tegen onevenredige kosten door de opdrachtnemer kunnen worden gedragen wenst de opdrachtgever te nemen.

Oplossingsrichting

Opdrachtnemers moeten loskomen uit de 'hit and run'-benadering van traditionele bouwcontracten. Bij het dragen van verantwoordelijkheid voor de "life cycle" van een object behoort het aanvaarden van meer risico dan gebruikelijk in een traditioneel bouwproject.

Opdrachtgevers moeten beseffen dat pps meer is dan "het over de schutting gooien" van risico's. Risico's die door de opdrachtnemer worden gedragen, worden gereflecteerd in de prijs (niet alleen van het werk, maar ook van de financiering). Risico's die de opdrachtnemer niet adequaat kan managen, zullen tot (te) hoge kosten voor de opdrachtgever leiden. Een redelijke verdeling van aard en omvang van risico's kan dat voorkomen.

Hoofdstuk 15. Geschillenbeslechting

15.1 Inleiding

De bepalingen in een DBFM-contract over geschillenbeslechting zijn naar hun aard bedoeld als een “last resort” voor geschillen die partijen niet in onderling overleg kunnen oplossen. Eisen die aan de methode voor geschillenbeslechting gesteld worden zijn in het algemeen: deskundigheid, snelheid en kosten.

Bij de keuze voor een vorm van geschillenbeslechting in een DBFM-contract kan onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de “gewone” geschillenbeslechting bij de burgerlijke rechter en anderzijds alternatieve wijzen van geschillenbeslechting. Ook wordt daarbij wel onderscheid gemaakt tussen bodemprocedures en spoedprocedures.

In het DBFM-contract kunnen tevens mechanismen worden ingebouwd, die bevorderen dat partijen alle mogelijkheden voor een minnelijke oplossing hebben onderzocht, voordat zij in een geschillenbeslechtingstraject terechtkomen.

15.2 Minnelijke regeling

Contractuele mechanismen, die bevorderen dat alle mogelijkheden voor een minnelijke regeling zijn doorlopen alvorens de beslechting van een geschil uit handen te geven, kunnen bijvoorbeeld bestaan uit een procedureel stappenplan. Daarin is vastgelegd dat partijen gedurende een bepaalde tijd zullen proberen een minnelijke regeling te bewerkstelligen, eventueel aangevuld met een bepaling die partijen verplicht om een discussie bij “vastlopen” voor te leggen aan een hoger beslisniveau. Dat kan bijvoorbeeld zijn van projectleidersniveau naar bestuurdersniveau. Ook kan de verplichting worden opgenomen om mediation te proberen voordat men tot procederen over gaat. Het verdient aanbeveling om de mogelijkheid van een spoedprocedure bij ofwel de burgerlijke rechter, ofwel in arbitrage in spoedeisende zaken te laten prevaleren boven de verplichte inspanningen van partijen om een minnelijke regeling te bereiken.

15.3 Burgerlijke rechter

De burgerlijke rechter is de “standaard” rechter in Nederland ter beslechting van contractuele geschillen. Rechtspraak geschiedt (doorgaans) in drie instanties (twee feitelijke instanties (respectievelijk kantongerecht en rechtbank of rechtbank en gerechtshof) en één cassatie instantie (hoge raad)). Voordeel van procederen bij de burgerlijke rechter is dat de hele “infrastructuur” van het proces in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is vastgelegd.

Rechtspraak bij de burgerlijke rechter geschiedt in beginsel in het openbaar. Voor DBFM-contracten wordt dat in sommige gevallen als een voordeel gezien (“er is niets te verbergen” / precedentwerking), maar dit kan naar mate sprake is van meer “politieke” gevoeligheid eventueel anders liggen.

Procederen bij de burgerlijke rechter kan betrekkelijk lang duren. Dit wordt in de eerste plaats veroorzaakt door het feit dat steeds drie instanties zich over de zaak kunnen buigen. Vertraging binnen een instantie kan ontstaan door te hoge werkdruk (“stuwmeer van zaken”), maar ook door procedurele verwickelingen (betrekkelijk ruime mogelijkheden tot voeging, vrijwaring, tussenkomst) en door procedurele “tussenstappen”, zoals bijvoorbeeld getuigenverhoren of benoeming van deskundigen.

De mogelijkheid van procedurele verwickelingen verdient enige bijzondere aandacht. De mogelijkheden om “derden” bij een geschil te betrekken zijn in burgerlijke procedures nogal ruim. Hierdoor kunnen gecompliceerde “ketens” van processen ontstaan, bijvoorbeeld een primair geschil tussen opdrachtgever en opdrachtnemer, gekoppeld aan een vrijwaringsgeschil tussen opdrachtnemer en een onderaannemer, dat weer gekoppeld is aan een vrijwaringsgeschil tussen een onderaannemer en zijn leverancier. Het is niet eenvoudig het ontstaan van dergelijke “ketens” te voorkomen, terwijl zij wel vertragend kunnen werken. Bij alternatieve geschillenbeslechting kunnen derden gemakkelijker “buiten de deur worden gehouden”.

De mogelijkheid dat bij geschillen voortvloeiend uit een DBFM-contract een deskundige benoemd zal worden ter voorlichting van de rechter is reëel, vooral wanneer het gaat om technische of financiële aspecten. Juridische vragen kan de rechter zelf beantwoorden, maar vragen op technisch of financieel gebied behoren niet tot zijn “standaardcompetentie”. Gebruikelijk is dan dat de rechter zich door een onafhankelijke deskundige laat voorlichten. Bij alternatieve geschillenbeslechting kan de samenstelling van het “rechterlijk” college individueel bepaald worden, zodat de vereiste deskundigheid niet via het benoemen van een “externe” deskundige behoeft te worden verkregen.

De kosten van een procedure bij de burgerlijke rechter zijn, in vergelijking tot de kosten van alternatieve geschillenbeslechting betrekkelijk laag. Het gaat om de kosten van de eigen juridische bijstand, griffierechten, deurwaarderskosten en (bij verlies) een vergoeding van de proceskosten van de wederpartij volgens normbedragen. Bij alternatieve geschillenbeslechting moet meestal het salaris van het rechterlijk college door partijen gezamenlijk worden gedragen, terwijl (bij verlies) de proceskostenveroordeling niet aan normbedragen gekoppeld is.

Spoedgeschillen kunnen onderworpen worden aan een kort geding bij de burgerlijke rechter. De snelheid van een kort geding is vermoedelijk iets hoger dan bij een spoedprocedure in arbi-

trage, maar de mogelijkheid van procedurele complicaties of een gebrek aan specifieke deskundigheid zouden zich hier kunnen voordoen.

15.4 Alternatieve geschillenbeslechting

Voor DBFM-contracten kunnen twee vormen van alternatieve geschillenbeslechting relevant zijn; dispute review boards (ook wel raad van deskundigen) en arbitrage.

Dispute review boards

Het verschijnsel van de dispute review boards is in Engeland en de Verenigde Staten min of meer parallel ontstaan aan de ontwikkeling van geïntegreerde bouwcontracten voor gecompliceerde projecten. De dispute review board bestaat uit (meestal) drie deskundigen, afkomstig uit verschillende disciplines. Iedere contractpartij benoemt een eigen deskundige. Zij benoemen gezamenlijk een derde als voorzitter.

De dispute review board is meestal vanaf het begin van het project beschikbaar als laagdrempelige geschilbeslechter. Zij worden steeds (ook indien er geen actuele conflicten zijn) van de voortgang van het project op de hoogte gehouden door schriftelijke rapportages en/of bezoeken aan het project. Het voordeel hiervan is dat zij met optimale kennis van het project op de kortst mogelijke termijn een uitspraak kunnen doen zodra een geschil is ontstaan. Deze uitspraak heeft meestal de vorm van een bindend advies. Vaak wordt nog wel de mogelijkheid geopend dat een partij die het niet eens is met het bindend advies de kwestie nog aan arbiters (of aan de rechter) voorlegt. Hangende de arbitrage (of de rechterlijke procedure) blijft het bindend advies wel gelden, waardoor de vertraging voor het project beperkt blijft.

De dispute review board is vaak vooral van belang gedurende de bouwfase, omdat vooral dan de snelheid van geschillenbeslechting van belang is. Daarom wordt de bevoegdheid van de dispute review board vaak beperkt tot de bouwperiode. Ook dan zijn de kosten van de dispute review board echter relatief hoog. Immers, gedurende de gehele bouwperiode dienen de “standing costs” van drie deskundigen door partijen gezamenlijk te worden gedragen. Daarbij komen dan nog de extra kosten indien zich daadwerkelijk een geschil voordoet. Vanwege deze hoge kosten is het instellen van een dispute review board gedurende de bouwfase doorgaans alleen zinvol bij technische compliceerde projecten.

Inmiddels is in het licht van de UAV-GC 2000 een “DRB model-reglement” opgesteld, dat ook in het kader van DBFM-contracten aanknopingspunten kan bieden.⁵⁴

Een alternatief is - met name bij kleinschalige projecten - om geen “standing” raad van deskundigen in te stellen maar om aan partijen de mogelijkheid te bieden om de weg van bindend

⁵⁴ Vgl. www.uavgc.nl. Eventueel ook te bestellen bij het Instituut voor Bouwrecht T: 070-3245544.

advies (art. 7:900 e.v. BW) te volgen, waarbij partijen in gezamenlijk overleg 1 (of 3) onafhankelijke deskundige(n) benoemen. De deskundige kan een opinie afgeven, die wordt neergelegd in een partijen bindende vaststellingsovereenkomst. Daarin wordt tevens opgenomen wie van de partijen de kosten van de deskundige dient te dragen. In het DBFM-contract kan worden bepaald dat wanneer een van de partijen zich niet kan vinden in de opinie (derhalve voordat de vaststellingsovereenkomst wordt gesloten) deze ter beoordeling aan de burgerlijke rechter kan worden voorgelegd.

Arbitrage

In het algemeen zijn er twee belangrijke drijfveren voor partijen om voor arbitrage te kiezen. In de eerste plaats is dat de mogelijkheid om de deskundigheid van arbiters te selecteren toegesneden op de aard van het geschil in kwestie. In de tweede plaats is dat een mogelijk internationaal karakter van een contract, waardoor partijen een keuze tussen meerdere nationale rechters kunnen vermijden.

Een ander positief aspect van arbitrage is, zoals hiervoor reeds is gesteld, de relatieve snelheid van de procedure (geen “stuwmeer”, geen hoger beroep, tenzij dit wordt overeengekomen) en de mogelijkheid om vermenging met andere procedures tegen te gaan. Arbitrage is in beginsel niet openbaar. Een vaak gehoord nadeel van arbitrage is de relatief hoge kosten. Spoedgeschillen kunnen net als bij de burgerlijke rechter in kort geding worden onderworpen aan een spoedarbitrage.

Er zijn in Nederland in beginsel twee arbitrageinstellingen, het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) en de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Beiden komen voor de beslechting van geschillen uit hoofde van een DBFM-contract in aanmerking.

De Raad van Arbitrage voor de Bouw is vooral deskundig op het gebied van bouwgeschillen. Financiële geschillen of onderhoudsgeschillen behoren wat minder tot “normale” competentie van de raad. Het NAI is een “breed” instituut ter beslechting van commerciële geschillen. Het instituut heeft een lijst van arbiters met diverse deskundigheden, waaronder in ieder geval ook op het gebied van bouw, onderhoud en financiën. Indien voor arbitrage wordt gekozen heeft het NAI, gelet op de bijzondere aard van een DBFM-contract, derhalve de voorkeur.

15.5 Andere oplossingen

Een andere oplossing is om voor specifieke contractonderdelen een alternatieve vorm van geschillenbeslechting te kiezen. De civiele rechter kan worden aangewezen als “normale” rechter. Geschillen over bijvoorbeeld het opleggen van boetepunten kunnen worden beslecht door een raad van deskundigen. De gedachte om geschillen over boetepunten aan een aparte

(snelle en “lichte”) wijze van geschillenbeslechting te onderwerpen is aantrekkelijk. Twee aspecten verdienen echter de aandacht.

In de eerste plaats de reeds genoemde “standing costs” van de raad van deskundigen. Dit kan echter worden ondervangen door niet voor een “standing” raad van deskundigen te kiezen maar de weg van bindend advies open te stellen indien partijen daartoe aanleiding zien.

In de tweede plaats de vraag of geschillen over het opleggen van boetepunten wel strikt te scheiden zijn van de “bredere” contractuele vraag. Dit laatste is een gecompliceerde vraag, die vermoedelijk niet met volstrekte zekerheid beantwoord zal kunnen worden. De dogmatische bezwaren van een wellicht niet volledig heldere scheidslijn zouden echter wellicht moeten wijken voor het pragmatische voordeel van een eenvoudige geschilbeslechting voor een centrale bron van mogelijke geschillen uit het DBFM-contract.

Belangenoverzicht

Belangenschets

Zowel opdrachtgever als opdrachtnemer hebben belang bij een snelle en deskundige geschillenbeslechting, die de lange termijnrelatie zo min mogelijk belast. Opdrachtgever heeft meer algemeen belang bij een transparante en openbare procedure. Voor opdrachtnemer is met name het kostenaspect van de gekozen procedure relevant en in dat verband de mogelijkheid om de keuze voor een wijze van geschillenbeslechting al naar gelang de fase van het project te kunnen variëren.

Oplossingsrichting

Objectieve criteria ten aanzien van de keuze voor een wijze van geschillenbeslechting zijn lastig aan te geven. E.e.a. is met name afhankelijk van projectspecifieke omstandigheden.

Hoofdstuk 16. Beëindiging

16.1 Inleiding

Partijen gaan in beginsel onder een DBFM-contract een langdurige en hechte relatie aan. Het DBFM-contract eindigt op de dag dat de overeengekomen duur van het contract is verstreken.

Er kunnen zich evenwel omstandigheden voordoen waarin het contract ook tussentijds, dus voordat de overeengekomen duur van het contract is verstreken, door partijen moet kunnen worden beëindigd. In het contract moeten deze omstandigheden en de gevolgen van tussentijdse beëindiging nauwkeurig worden gedefinieerd.

16.2 Beëindigingsgronden

Voortijdige beëindiging van het contract kan aan de orde zijn in de navolgende situaties:

- a) beëindiging wegens een tekortkoming door opdrachtnemer;
- b) beëindiging wegens toerekenbare tekortkoming door opdrachtgever;
- c) beëindiging wegens overmacht;
- d) beëindiging “for convenience”.

16.3 Beëindiging wegens een toerekenbare tekortkoming door opdrachtnemer

Er kan bij beëindiging wegens een toerekenbare tekortkoming door opdrachtnemer sprake zijn van een tekortkoming waarbij door opdrachtgever nog een herstelmogelijkheid wordt geboden. Of er is sprake van een tekortkoming door opdrachtnemer welke van dien aard is dat ofwel herstel niet meer mogelijk is, ofwel deze door opdrachtgever als te bezwaarlijk wordt beschouwd.

Wanneer door opdrachtgever nog een herstelmogelijkheid wordt geboden zal aan opdrachtnemer een redelijke termijn worden gesteld om de tekortkoming ongedaan te maken. De opdrachtnemer zal tevens moeten aangeven op welke wijze hij het “herstel” zal verzorgen. Mocht herstel niet plaatshebben binnen de gestelde termijn, of op de aangegeven wijze, dan zal alsnog beëindiging volgen.

Als door opdrachtgever geen herstelmogelijkheid wordt geboden, zal deze over gaan tot onmiddellijke beëindiging.

Hier dient nog te worden opgemerkt dat het algemene BW-begrip “toerekenbare tekortkoming” bij beëindiging wegens een tekortkoming door opdrachtnemer niet steeds geschikt is. Een vergelijkbaar effect wordt echter bereikt door beëindiging uit te sluiten in situaties waarin opdrachtnemer bescherming geniet op grond van in het DBFM-contract benoemde gevallen zoals het geval van vergoeding en het geval van overmacht.

Van belang is verder dat zowel bij een herstelmogelijkheid als bij onmiddellijke beëindiging, de financiers van opdrachtnemer door opdrachtgever in de gelegenheid zullen worden gesteld om voorafgaand aan daadwerkelijke beëindiging via de directe overeenkomst in het project te stappen en als zodanig een reddingsactie te ondernemen. De directe overeenkomst regelt de wijze waarop deze “step in” gebeurt. De mogelijkheid van “step in” is zowel voor opdrachtgever als voor de financiers een belangrijke waarborg om te voorkomen dat het project aan mismanagement ten onder gaat.⁵⁵

Onmiddellijke beëindiging is voor opdrachtnemers bezwaarlijk. Voor opdrachtgevers bestaat daarbij immers een in beginsel verstrekkende bevoegdheid om het contract te beëindigen, hetgeen niet strookt met het uitgangspunt dat partijen onder een DBFM-contract een langdurige en hechte relatie aangaan.

Over de omstandigheden waaronder tot onmiddellijke beëindiging kan worden overgegaan wordt gedurende de onderhandeling derhalve doorgaans uitvoerig gesproken. Voor opdrachtnemer is het zaak met opdrachtgever overeenstemming te bereiken over de omstandigheden die aanleiding kunnen geven voor onmiddellijke beëindiging.

De volgende niet ongebruikelijke omstandigheden kunnen daarbij als richtlijn dienen:

- faillissement, surseance van betaling, ontbinding of liquidatie, staking van de werkzaamheden, (executoriaal) beslag op activa van opdrachtnemer;
Er is in deze gevallen niet langer een opdrachtnemer, die de verplichtingen uit hoofde van het DBFM-contract kan nakomen maar een curator of bewindvoerder, die andere belangen nastreeft dan alleen de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van het DBFM-contract. De directe overeenkomst, die bij het invoeren van deze beëindigingsgrond van toepassing is, leidt in dat verband ertoe dat de uitvoering van het DBFM-contract buiten de invloedssfeer van de curator of bewindvoerder blijft.
- directe of indirecte wijziging in de zeggenschap van de onderneming van opdrachtnemer zonder toestemming van opdrachtgever;
Opdrachtgever heeft hier niet langer alleen met opdrachtnemer te maken maar is tevens afhankelijk van de medewerking van de verkrijger van zeggenschap bij het herstel van een tekortkoming.

⁵⁵ Zie over de directe overeenkomst en het step in principe nader hoofdstuk 6.

- gehele of gedeeltelijke overdracht van rechten of verplichtingen uit het DBFM-contract zonder toestemming van opdrachtgever, wijziging in de belangrijke onderaannemingscontracten zonder toestemming van opdrachtgever, wijziging in de financieringsovereenkomsten van opdrachtnemer zonder toestemming van opdrachtgever, versnelling van de terugbetaling van een schuld uit de financieringsovereenkomsten (als gevolg van een default event);
Opdrachtgever krijgt naast opdrachtnemer te maken met een derde van wie de uitvoering van de projectactiviteiten mede afhankelijk wordt.
- het oplopen van een totaal aan kortingen op de beschikbaarheidsvergoeding;
Opdrachtnemer brengt tegen deze beëindigingsgrond doorgaans in dat aan opdrachtnemer de mogelijkheid tot herstel dient te worden geboden. De vraag is echter of die wens realistisch is, nu het bij deze opzeggingsgrond gaat om kortingen die slechts bij ernstig en voortdurend tekortschieten kunnen worden behaald. Als dergelijke kortingsniveaus worden behaald heeft de opdrachtnemer al diverse mogelijkheden voor "zelf-correctie" onbenut gelaten. Een extra "herkansing" lijkt dan niet zinvol. Projectspecifieke omstandigheden kunnen dit anders maken.

Indien deze beëindigingsgrond niet wordt gehanteerd zal opdrachtgever bij herhaalde tekortkomingen beëindiging kunnen overwegen op grond van de algemene beëindigingsgrondslagen.

- beëindigingsgronden die afhankelijk zijn van projectspecifieke omstandigheden, zoals het al of niet na een geboden herstelmogelijkheid niet nakomen van bepaalde wezenlijke verplichtingen uit het DBFM-contract, het al dan niet vervullen van (opschortende) voorwaarden uit het DBFM-contract.

16.4 Beëindiging bij toerekenbare tekortkoming door opdrachtgever

Beëindiging bij toerekenbaar tekortkomen door de opdrachtgever kan slechts geschieden indien de opdrachtgever ook na een redelijke termijn in gebreke blijft in de nakoming van zijn verplichtingen.

Deze beëindigingsgrond dient als een “last resort” te worden beschouwd. Uitgangspunt is dat de gevolgen van een toerekenbare tekortkoming van opdrachtgever door middel van een geval van vergoeding al voldoende kunnen worden opgelost.⁵⁶

In het DBFM-contract zullen de omstandigheden waaronder opdrachtnemer het DBFM-contract bij een toerekenbare tekortkoming door opdrachtgever kan opzeggen dan ook beperkt zijn. Te

⁵⁶ Zie daarover nader hoofdstuk 14.

denken valt daarbij bijvoorbeeld aan het ingebreke blijven betalingen uit hoofde van de beschikbaarheidsvergoeding te voldoen en/of het in grove mate frustreren van de uitvoering van de dienst door opdrachtnemer en/of ongeoorloofde overdracht van verplichtingen.

16.5 Beëindiging “for convenience”

Beëindiging “for convenience” geeft de grootst mogelijke vrijheid aan de opdrachtgever, behoudens indien deze zelf in enigerlei verplichting uit hoofde van het DBFM-contract te kort schiet, om het contract te beëindigen, bijvoorbeeld wegens gewijzigde bestuurlijke inzichten. Een dergelijke bepaling in een DBFM-contract reflecteert de belangen van een contracterende overheid, die voor langere tijd commitment biedt maar tevens wil kunnen inspelen op (gewijzigde) politieke omstandigheden.

Deze wijze van beëindiging is voor de opdrachtnemer het meest bezwaarlijk. Immers, ook bij goed functioneren kan het contract hem toch ontnomen worden. In dat geval dient dan ook een integrale schadevergoeding aan opdrachtnemer plaats te vinden. Aan dit uitgangspunt ligt ten grondslag dat een overheid in de gelegenheid moet zijn om beleid te voeren en als zodanig daden moet kunnen stellen mits zij bereid is de financiële consequenties in privaatrechtelijke zin volledig op zich te nemen.

In sommige DBFM-contracten wordt ook wel volstaan met een mogelijkheid voor opdrachtgever om het contract te beëindigen bij een wetswijziging, die de uitvoering van het contract onmogelijk maakt.

16.6 Beëindiging bij overmacht

Beëindiging bij overmacht is over het algemeen eerst aan de orde indien na een half jaar geen overeenstemming is bereikt over (aangepaste) voortzetting van het project.⁵⁷ Een dergelijke periode is voor beide partijen van belang aangezien doorgaans beide partijen belang hebben bij voortzetting van het project. Het lijkt dan redelijk om de gevolgen in geval van overmacht te verdelen tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Zie hierna onder 12.7 sub d.

16.7 Vergoedingsmechanismen bij beëindiging

In het kader van beëindigingsmogelijkheden van het DBFM-contract zijn de vergoedingen bij beëindiging een centrale factor.

⁵⁷ Zie daarover nader hoofdstuk 14.

Zoals hiervoor in paragraaf 12.2 omschreven kan het DBFM-contract op vier verschillende wijzen tussentijds eindigen. In deze paragraaf wordt de werking van de vergoedingsmechanismen bij beëindiging omschreven.

a. beëindiging wegens een tekortkoming door opdrachtnemer

Bij "normale" overeenkomsten zal de tekortkomende partij een schadevergoeding moeten betalen aan zijn wederpartij. Bij het DBFM-contract ligt dat gecompliceerder. Weliswaar mag de opdrachtgever bij een aan de opdrachtnemer toe te rekenen tekortkoming niet in een betere of slechtere positie verkeren dan indien de opzegging niet had plaatsgevonden maar de opdrachtnemer heeft immers een bepaald object (een school, een spoorlijn of een brug) gerealiseerd en ontworpen in de verwachting deze nog jaren te kunnen exploiteren. Bij een tekortkoming door de opdrachtnemer blijft - of bij wijze van uitzondering wordt - de opdrachtgever eigenaar van deze zaak zonder dat zij daar een redelijk bedrag voor heeft betaald. In sommige gevallen, zeker bij een zeer vroegtijdige beëindiging, is het redelijk de opdrachtnemer een vergoeding voor bijvoorbeeld de ontwerp- en bouwkosten te betalen. In de praktijk worden twee mechanismen gebruikt om deze vergoeding vorm te geven.

1) In geval er een markt bestaat voor het project.

Het project kan opnieuw worden aanbesteed. De "oude" opdrachtnemer krijgt in deze situatie de opbrengst van de verkoop van het DBFM-contract aan een "nieuwe" opdrachtnemer. Let wel, in geval de verwachting bestaat dat de verkoopopbrengst te weinig zal zijn om de lening af te lossen, zullen de banken ervoor kiezen hun step-in rechten⁵⁸ te gebruiken om het project te voltooien. Zo kan de cashflow worden gegenereerd die ervoor zorgt dat de lening kan worden afbetaald. De heraanbestedingskosten komen voor rekening van de oude opdrachtnemer. Dit geldt ook voor de kosten voor herstel aan het werk.

2) Indien er geen markt bestaat voor het project.

De opdrachtnemer ontvangt respectievelijk betaalt het saldo van:

- (a) de netto contante waarde van de toekomstige vergoedingen die de opdrachtnemer zou hebben ontvangen als het DBFM-contract was uitgediend; en
- (b) de netto contante waarde van de verwachte betalingen voor de restant termijn, aan kosten voor het inschakelen van derden om het project te finaliseren ten behoeve van de opdrachtgever. Deze betalingen zullen lager zijn dan de vergoedingen uit het DBFM-contract omdat de in te schakelen derden immers geen bouw- en ontwerpkosten hoeven te maken en slechts exploitatie kosten berekenen.

Bij de redactie van deze vergoedingsvariant in het DBFM-contract dient ook gedacht te worden aan het volgende:

- welke rentevoet voor de berekening van de netto contante waarde wordt gehanteerd;
- of de betalingen voor of na belastingheffing zijn; en

⁵⁸ Voor de beschrijving van de step-in rechten zie hoofdstuk 6.

- of er rekening dient te worden gehouden met prijsindexering.

b. beëindiging wegens toerekenbare tekortkoming van de opdrachtgever

In geval van tekortkoming door de opdrachtgever dient de opdrachtgever de opdrachtnemer volledig te compenseren voor de tekortkoming. Allereerst dienen de lopende leningen volledig te worden afgelost (inclusief vergoeding voor vervroegde aflossing). Tevens zal de gedeerde winst van de sponsor dienen te worden vergoed. Bij het aangaan van het DBFM-contract dient reeds bepaald te worden via welke methode deze gedeerde winst zal worden berekend bij beëindiging (marktwaarde bij beëindiging of waarde volgend uit financieel model bij beëindiging of bij aanvang).

c. beëindiging wegens overmacht

In geval van overmacht zal in het algemeen de opdrachtgever een vergoeding aan de opdrachtnemer betalen bestaande uit: de aflossing van de lopende leningen, het door de opdrachtnemer ingebrachte eigen vermogen gecorrigeerd met vergoeding, afbetaling of interest op achtergestelde leningen of dividend en overige kosten. Een gedeelte van het risico zal aldus door de opdrachtnemer (en de sponsors) worden gedragen. Het lijkt redelijk dat in geval van overmacht de gevolgen hiervan tussen opdrachtgever en de opdrachtnemer worden gedeeld, zodat onder overige kosten niet gedeerde winst van de opdrachtnemer vallen, maar wel bijvoorbeeld kosten voor het beperken van de gevolgen van het geval van overmacht. Een precieze verdeling zal van project tot project verschillen en afhankelijk zijn van de uitkomsten van de onderhandelingen.

d. beëindiging "for convenience"

Volledige vergoeding voor opdrachtnemer, gelijk het geval van opzegging wegens toerekenbare tekortkoming van de opdrachtgever lijkt de meest redelijke oplossing.

Belangenoverzicht

Belangenschets

Onmiddellijke beëindiging is een voor opdrachtnemer bezwaarlijk scenario. Opdrachtgever heeft evenwel behoefte aan een dergelijke beëindigingsmogelijkheid indien herstel niet mogelijk is dan wel de omstandigheden dermate ernstig zijn dat voortzetting van het DBFM-contract bezwaarlijk is.

Oplossingsrichting

De belangen van opdrachtnemer en opdrachtgever maken dat de omstandigheden waaronder tot onmiddellijke beëindiging kan worden overgegaan zorgvuldig dienen te worden omschreven.

Door middel van de directe overeenkomst wordt voor opdrachtnemer en zijn financiers een waarborg geschapen dat onmiddellijke beëindiging niet per definitie een daadwerkelijk beëindiging van het DBFM-contract met zich mee hoeft te brengen.

Hoofdstuk 17. Overdracht van contract

17.1 Inleiding

De lange looptijd van het DBFM-contract noopt tot bijzondere aandacht voor de overdraagbaarheid van rechten en verplichtingen uit het contract. Overdracht kan gewenst worden door de opdrachtgever of door de opdrachtnemer. Beide situaties zullen hierna aan de orde komen. Ook de positie van belangrijke onderaannemers komt aan bod.

17.2 Overdracht van rechten op verzoek van opdrachtgever

Voor contractsovername is ingevolge artikel 6:159 BW de medewerking van de wederpartij bij dat contract noodzakelijk. Die minimumeis geldt ook bij DBFM-contracten.

Aan opdrachtgeverszijde zal de wens om het contract over te dragen zich niet snel voordoen. In situaties van overheidsreorganisatie of privatisering kan dit echter aan de orde zijn. Bij de vraag of de opdrachtnemer in een dergelijke situatie aan contractoverdracht moet meewerken zal vooral de kredietwaardigheid van de overheidsopdrachtgever een belangrijke rol spelen. Het project wordt immers gefinancierd op de door de opdrachtgever aan de opdrachtnemer te betalen vergoedingen. Bij een overheidsopdrachtgever zal het vermogen om die vergoedingen te betalen (vrijwel) niet betwifelbaar zijn. Bij overdracht aan een niet-overheidsopdrachtgever komt dat anders te liggen. Daarom wordt in DBFM-contracten wel bepaald dat de opdrachtnemer geen toestemming hoeft te geven voor een door de opdrachtgever gewenste contractoverdracht, wanneer de nieuwe opdrachtnemer niet tenminste dezelfde credit rating heeft of indien de oude opdrachtnemer de betalingsverplichtingen van de nieuwe opdrachtgever niet garandeert.

Naast het element van de kredietwaardigheid kan het voor opdrachtnemer ook bezwaarlijk zijn als voor het project belangrijk personeel van opdrachtgever niet mee overgaat. Ook publiekrechtelijke aspecten kunnen bij de instemming met contractovername een rol spelen als de nieuwe opdrachtgever bijvoorbeeld niet langer vergunningverlenende instantie is.

17.3 Contractovername op verzoek van opdrachtnemer

Contractoverdracht door de opdrachtnemer in eigenlijke zin, waarbij de oude opdrachtnemer zijn contractpositie overdraagt aan een nieuwe opdrachtnemer zal praktisch gesproken bij een DBFM-contract niet snel aan de orde zijn. Het optuigen van een nieuwe projectstructuur bestaande uit een nieuwe projectvennootschap met nieuwe onderaannemers, nieuwe financiers

etc. is zodanig gecompliceerd dat in de praktijk meestal de voorkeur gegeven zal worden aan "indirecte" overdracht van het contract via een overdracht van zeggenschap in de projectvennootschap. De "eigenlijke" contractoverdracht op verzoek van de opdrachtnemer zal daarom hier niet verder worden besproken. Mocht de situatie toch aan de orde zijn, dan heeft de opdrachtgever via het medewerkingvereiste van artikel 6:159 BW voldoende middelen om zijn belangen veilig te stellen.

Opgemerkt moet overigens worden dat de contractovername in "eigenlijke" zin zich wel kan voordoen in situaties waarin de financiers gebruik maken van hun *step in rights* krachtens de directe overeenkomst⁵⁹. De directe overeenkomst legt de voorwaarden vast waaronder de opdrachtgever in een dergelijke situatie zijn medewerking in de zin van artikel 6:159 BW zal verlenen. In die zin bestaat voor onder de directe overeenkomst vallende situaties van contractovername al op voorhand een procedureregeling.

Hier zal verder uitsluitend worden ingegaan op "indirecte" contractovername via overdracht van zeggenschap in de projectvennootschap. Het belang van de aandeelhouders in de projectvennootschap om zo min mogelijk beperkt te worden in de mogelijkheden voor overdracht is vanzelfsprekend. Door de lange looptijd van het DBFM-contract zal iedere aandeelhouder de mogelijkheid willen hebben om op enig moment "uit te kunnen stappen". Voor de eventuele⁶⁰ "bouwende" partijen in de projectvennootschap speelt dit belang in het bijzonder, omdat zij na voltooiing van de bouw dikwijls geen inhoudelijke taak meer hebben in het project. Het is voor hen niet efficiënt om verplicht te worden gedurende de resterende looptijd van het project de aandelen in de projectvennootschap als "belegging" aan te houden. Ook voor de overige aandeelhouders in de projectvennootschap moet echter een "exit" mogelijk zijn. Met name zodra het project is opgeleverd en aangetoond is dat via het project een stabiele inkomstenstroom kan worden gegenereerd, kan het voor de initiële aandeelhouders een aantrekkelijk moment zijn om hun aandelen te verkopen. In het Verenigd Koninkrijk, waar reeds een groot aantal projecten is opgeleverd, is op die manier een volwaardige "secondary market" ontstaan in participaties in projectvennootschappen.

De opdrachtgever heeft hoofdzakelijk twee redenen om invloed te willen kunnen uitoefenen op overdracht van zeggenschap in de projectvennootschap. In de eerste plaats zal hij willen zekerstellen dat de partijen die in het kader van de aanbesteding van het DBFM-contract via zorgvuldige selectiecriteria zijn geselecteerd ook daadwerkelijk betrokken zijn bij de realisatie van het project. In de tweede plaats zal hij vanuit zijn publieke verantwoordelijkheid invloed willen kunnen uitoefenen op de identiteit van eventuele nieuwe aandeelhouders.

⁵⁹ Zie hoofdstuk 6.

⁶⁰ Niet uitgesloten is dat bouwende partijen op den duur minder vaak als aandeelhouder zullen optreden.

Het belang dat oorspronkelijk geselecteerde partijen ook daadwerkelijk bij de realisatie van het project betrokken blijven wordt in DBFM-contracten gewaarborgd door te eisen dat deze partijen in ieder geval gedurende een bepaalde periode een (gekwalificeerd) meerderheidsbelang in de projectvennootschap zullen houden. Deze periode wordt in de praktijk meestal bepaald op de periode tot oplevering van het te realiseren project en dikwijls ook nog enkele jaren daarna, zodat aangetoond kan worden dat ook de exploitatie naar tevredenheid van de opdrachtgever kan worden verricht. Na die periode ontstaat dan in beginsel vrijheid voor de aandeelhouders om hun belang in de projectvennootschap te vervreemden.⁶¹ Overigens wordt door opdrachtnemers ook wel verdedigd dat het aan hen zou moeten worden overgelaten om de duur van de betrokkenheid bij de realisatie van het project te bepalen vanuit de gedachte dat opdrachtnemers zelf ook belang hebben bij een blijvende betrokkenheid. Tegelijkertijd zou opdrachtgever niet slechter af zijn met eventuele derde partijen die tot het project toetreden, ook deze partijen hebben belang bij een goedlopend project. Een dergelijke redenering is in beginsel niet onlogisch. Gelet op de aard van DBFM-contracten is evenwel de vraag in hoeverre deze vorm van autonomie voor opdrachtnemers ook voor opdrachtgevers werkbaar is.

Wanneer de overdracht van zeggenschap voor de opdrachtgever op zichzelf aanvaardbaar is, zal hij nog wel invloed willen kunnen uitoefenen op de identiteit van de nieuwe aandeelhouders. Daarbij kan eenvoudigweg de zorg van continuïteit van het project aan de orde zijn. Daartoe kan contractueel worden vastgelegd dat overdracht van aandelen slechts mogelijk is aan partijen waarvan voldoende is aangetoond dat zij de continuïteit van het project niet in gevaar brengen. De zorg van de opdrachtgever kan echter ook op meer specifieke aspecten betrekking hebben, zoals bijvoorbeeld de openbare orde of de veiligheid. Een dergelijke zorg zal vooral aan de orde zijn bij contracten inzake gevoelige of vitale infrastructuur. Teneinde dergelijke belangen te waarborgen worden ook wel op voorhand kwalitatieve criteria in het DBFM-contract vastgelegd, vergelijkbaar met de selectie-eisen en de minimumeisen in de aanbestedingsprocedure waaraan eventuele nieuwe aandeelhouders zullen moeten voldoen. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de Wet BIBOB.

De discussies over de mate waarin en de wijze waarop aandelen in de projectvennootschap kunnen worden overgedragen lijken overigens in Nederland nog niet tot finale conclusies te hebben geleid. Niet uitgesloten is dat de ontwikkeling in Nederland of daarbuiten van een zogenaamde "secondary market" het opdrachtgeversstandpunt in deze discussie nog zal laten wijzigen.

17.3.1 Overdracht belangrijke onderaannemerscontracten

Bij de selectie van gegadigden in het kader van de aanbesteding van een DBFM-contract kunnen ook de zogenaamde belangrijke onderaannemers een rol spelen. Het gaat hier om onderaannemers die bij de uitvoering van het project een zo belangrijke rol spelen, dat ook voor hen

⁶¹ Bijvoorbeeld na een "Bibob-achtige" toets om criminele invloed op de projectvennootschap tegen te gaan.

specifieke selectiecriteria worden gehanteerd. Voor de opdrachtgever zal het van belang zijn dat na de contractsluiting de contracten tussen de opdrachtnemer en de onderaannemer niet zonder meer overdraagbaar zijn. De zorgvuldige selectie mede op basis van de belangrijke onderaannemers zou dan immers illusoir gemaakt kunnen worden. In het DBFM-contract worden daarom bepalingen opgenomen die de belangen van de opdrachtgever in dit opzicht zoveel mogelijk waarborgen. Omdat de opdrachtgever geen rechtstreekse band met de onderaannemer heeft, richten deze bepalingen zich op de opdrachtnemer. Een mogelijke constructie die in de praktijk wel voorkomt is dat het DBFM-contract kan worden beëindigd, indien de opdrachtnemer zonder toestemming van de opdrachtgever meewerkt aan de overdracht van de positie van een belangrijke onderaannemer.⁶² Overigens zal de opdrachtgever hier vaak de financiers van de opdrachtnemer aan zijn zijde vinden. Ook de financiers hechten, met name in de bouwfase van het DBFM-contract, groot belang aan de kwaliteit van de onderaannemers. In de financieringsovereenkomsten worden dan ook meestal bepalingen opgenomen die, parallel aan de belangen van de opdrachtgever, de overdraagbaarheid van onderaannemerscontracten beperken.

Belangenoverzicht

Belangenschets

De opdrachtnemer wil bij overdracht van de opdrachtgeverspositie tenminste gewaarborgd zien dat de solvabiliteit van zijn nieuwe wederpartij gelijkwaardig is. Voor wat betreft zijn eigen positie als contractpartij wil de opdrachtnemer een zo groot mogelijke flexibiliteit (via overdracht van zeggenschap in de projectvennootschap), in ieder geval vanaf het moment dat het project zijn technische volwaardigheid heeft aangetoond.

De opdrachtgever wil de bij aanvang van het project door hem geselecteerde deskundigheid daadwerkelijk in het project toegepast zien, ook vanwege de daarbijbehorende aanbestedingsaspecten. Hij beoogt de continuïteit van het project te waarborgen en wenst zijn politieke verantwoordelijkheid niet bedreigd te zien.

Oplossingsrichting

Als het project gerealiseerd is en de periode voor "kinderziektes" voorbij is kan de opdrachtgever betrekkelijk soepel omgaan met de wens van de opdrachtnemer om zeggenschap in de projectvennootschap te kunnen overdragen. Het waarborgen van de continuïteit van het project en de mogelijkheid om de politieke verantwoordelijkheid te dragen zijn dan de voornaamste toetsingspunten.

⁶² Zie ook hoofdstuk 12.

Hoofdstuk 18. Diverse onderwerpen

18.1 IE rechten

Bij de uitvoering van een DBFM-contract kunnen ideeën of concepten ontwikkeld worden of vindingen gedaan worden die beschermd worden als intellectuele-, of industriële eigendomsrechten (bijvoorbeeld: auteursrecht of octrooi). Ook kan de opdrachtnemer gebruik maken van eerder door hem ontwikkelde rechten op dit gebied of rechten waarop hij een licentie van derden heeft verkregen. De rechten en verplichtingen van opdrachtnemer en opdrachtgever ten aanzien van dergelijke rechten dienen in het DBFM-contract te worden geregeld.

Drie aspecten zijn daarbij in ieder geval van belang. Allereerst zal de te treffen regeling voor de opdrachtgever de waarborg moeten bevatten dat de opdrachtnemer beschikt over alle IE-rechten die hij nodig heeft voor de uitvoering van het contract. Mocht op enig moment blijken dat de opdrachtnemer niet aan die eis voldoet, dan dienen de consequenties daarvan integraal voor zijn rekening te zijn.

In de tweede plaats is van belang dat duidelijk wordt vastgelegd welke IE-rechten door de opdrachtnemer aan de opdrachtgever worden overgedragen of gelicentieerd, opdat hij deze ook voor zichzelf kan gebruiken. Hierbij kan discussie ontstaan of de opdrachtgever deze rechten al of niet ook voor andere projecten moet kunnen gebruiken en over de vraag of de opdrachtgever gerechtigd is dergelijke rechten op zijn beurt aan derden over te dragen. Het antwoord op dergelijke vragen hangt onder meer af van het belang dat opdrachtgever daarbij heeft en van de bijdrage die de opdrachtgever heeft geleverd aan het verkrijgen door opdrachtnemer van de desbetreffende rechten.

In de derde plaats zal gewaarborgd moeten zijn dat de opdrachtgever in "crisissituaties" over de relevante IE-rechten kan beschikken. Het gaat hier bijvoorbeeld om situaties waarin de opdrachtgever zelf de uitvoering van de taken van de opdrachtnemer naar zich toetrekt. Ook gaat het hier om situaties waarin de financiers onder de Directe Overeenkomst van hun step in rights gebruik maken⁶³.

⁶³ Zie hoofdstuk 6.

Belangenoverzicht

Belangenschets

De opdrachtnemer wil zijn intellectuele of industriële eigendomsrechten niet verdergaand aan de opdrachtgever ter beschikking stellen dan nodig is voor de goede uitvoering van het project. De opdrachtgever wil gewaarborgd zien dat geschillen over intellectuele of industriële eigendomsrechten de realisatie en exploitatie van het project niet verhinderen of bemoeilijken.

Oplossingsrichting

De opdrachtnemer garandeert te beschikken over alle voor het project benodigde intellectuele-, en industriële eigendomsrechten. Hij vrijwaart de opdrachtgever voor claims van derden in verband met dergelijke rechten. De opdrachtgever krijgt uitsluitend een (overdraagbare) licentie ten aanzien van die rechten, wanneer dat nodig is om de continuïteit van het project te waarborgen.

18.2 Geheimhouding

Bij de totstandkoming en uitvoering van een DBFM-contract kunnen partijen over en weer de beschikking krijgen over vertrouwelijke informatie. De opdrachtgever komt te beschikken over bedrijfsgevoelige informatie van de opdrachtnemer; de opdrachtnemer kan van de opdrachtgever vertrouwelijke-, bestuurlijke-, of financiële informatie verkrijgen. Het DBFM-contract bevat daarom een bepaling waarin wordt vastgelegd hoe partijen met dergelijke informatie omgaan.

Soms betreft het een eenzijdige regeling, waarbij uitsluitend wordt vastgelegd welke verplichtingen de opdrachtnemer heeft ten aanzien van vertrouwelijke informatie van de opdrachtgever. Daarnaast komen ook tweezijdige regelingen voor, waarin de rechten en verplichtingen van beide partijen worden vastgelegd.

De meeste van dergelijke regelingen gaan uit van een systeem van "vertrouwelijkheid, tenzij". De hoofdregel is dan dat partijen informatie vertrouwelijk dienen te behandelen, tenzij zich een bepaalde situatie voordoet. De vraag wordt – vooral vanuit opdrachtgevers – gesteld of een dergelijk terughoudend systeem wenselijk is. Het gaat immers om publieke belangen en om betalingen aan de opdrachtnemer uit publieke middelen. Toch blijken in de praktijk opdrachtgever en opdrachtnemer niet snel bereid om openbaarheid van het contract als hoofdregel te beschouwen. Bij de opdrachtnemer spelen daarbij meestal commerciële belangen een rol. De wijze waarop een opdrachtnemer een contract uitvoert, de risico's die hij bereid is onder het contract te dragen en de financiële belangen die het contract voor hem vertegenwoordigt vormen meestal concurrentiegevoelige informatie die hij wenst te beschermen. De opdrachtgever op zijn beurt kan ook een "commercieel" belang hebben dat niet bekend wordt hoe hij met bepaalde situaties is omgegaan. Daardoor kan de opdrachtgever voorkomen dat hem in andere

situaties wordt gevraagd eenzelfde benadering te kiezen. Daarnaast kan de opdrachtgever een politiek belang hebben om te voorkomen dat buiten zijn controle via de opdrachtnemer bepaalde politiek gevoelige informatie in de media worden geopenbaard.

De vraag is natuurlijk hoe een om deze redenen overeengekomen "vertrouwelijk, tenzij" systeem zich verhoudt met de politieke verantwoordingsplicht van een overheid, alsmede met de bepalingen van bijvoorbeeld de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) of de Wet op de parlementaire enquête (Wpe). Het zal duidelijk zijn dat een privaatrechtelijke overeenkomst wettelijke overheidsverplichtingen niet opzij kan zetten. Desalniettemin is de omstandigheid dat de overheid met de private partij vertrouwelijkheid overeenkomt van grote invloed op het toepassingsbereik van dergelijke wettelijke plichten. Bij het afleggen van politieke verantwoording noopt contractueel afgesproken vertrouwelijkheid ertoe de relevante informatie eventueel slechts in een vertrouwelijke (niet-openbare) vergadering te verstrekken. De Wob en in mindere mate de Wpe kennen voorts uitzonderingsregels voor het vaststellen van informatie die door een private partij als vertrouwelijk en/of commercieel gevoelig wordt aangemerkt.

Belangenoverzicht

Belangenschets

Opdrachtgever en opdrachtnemer willen over en weer zeggenschap hebben over de mate waarin en de wijze waarop vertrouwelijke informatie door de andere partij naar buiten kan worden gebracht.

Oplossingsrichting

Afgesproken wordt dat vertrouwelijke informatie niet zonder toestemming van de andere partij openbaar gemaakt mag worden. Een dergelijke afspraak kan publiekrechtelijke openbaardingsverplichtingen niet geheel opzij zetten; toch houden dergelijke regelingen in belangrijke mate rekening met de noodzaak vertrouwelijk verkregen informatie te beschermen.

18.3 Overdracht personeel / overdracht bestaande activa

18.3.1 Overdracht personeel

In DBFM-projecten kan tevens sprake zijn van de overdracht van personeel van de opdrachtgever naar opdrachtnemer. De wet regelt de overdracht van personeel in het kader van overgang van een onderneming. De rechten en verplichtingen van de werknemer (bijvoorbeeld salaris, anciënniteitsregelingen en pensioenrechten) gaan van rechtswege over op de verkrijger (vgl. art. 7:663 BW). Voor ambtenaren in dienst van publieke opdrachtgevers is dit echter niet onverkort van toepassing. Ambtenaren gaan niet automatisch met behoud van hun rechten en verplichtingen uit hun ambtelijke aanstelling naar de verkrijger over. De overdracht van personeel kan uiteraard voor opdrachtnemer ook risico's met zich meebrengen, in financiële maar

ook in “technische” zin. Zal het voormalige personeel van opdrachtgever ook in dienst van opdrachtnemer goed functioneren?

Per project dient derhalve nauwkeurig te worden gezien hoe de overgang van personeel vorm kan krijgen. In het Verenigd Koninkrijk wordt, indien sprake is van een verplichte overname van personeel, wel gewerkt met door opdrachtgever aan opdrachtnemer af te geven garanties ten aanzien van het functioneren van dat personeel.

18.3.2 Overdracht bestaande activa

Een ander aspect is de overdracht van bestaande activa. Die overdracht kan enerzijds bestaan in de overdracht van onroerende zaken en anderzijds in roerende zaken.

Van overdracht in goederenrechtelijke zin van onroerende zaken was tot op heden in Nederlandse DBFM-projecten geen sprake. Aan opdrachtnemers wordt door opdrachtgevers in dit verband toegang verleend tot de onroerende zaak (de voor het project benodigde gronden en/of bestaande bouwwerken), ook wel een gebruiksrecht sui generis, zodat de werkzaamheden en diensten in het kader van het project kunnen worden uitgevoerd.⁶⁴

Het risico ten aanzien van de onroerende zaak wordt echter doorgaans door opdrachtgevers vanaf de contractsluiting bij opdrachtnemer gelegd. Vooral bij een renovatieproject zal in dat verband voor opdrachtnemer van belang zijn om een juiste risico-inschatting (en prijscalculaties) te kunnen maken ten aanzien van gebreken die zich voordoen na contractsluiting. De door opdrachtgever in dat verband aan opdrachtnemer te geven informatie is in dat opzicht van cruciaal belang. Indien deze niet toereikend is rijst de vraag naar aanvullende bescherming van opdrachtnemer in tijd en in geld, waarvan tevens deel kan uitmaken een cap op de aansprakelijkheid van opdrachtnemer ten aanzien van zich openbarende gebreken.

Van de overdracht van roerende zaken (bijvoorbeeld bureau's en stoelen) in goederenrechtelijke zin zal in DBFM-projecten eerder sprake zijn. Bij die overdracht speelt voor opdrachtnemers met name de vraag naar de (resterende) gebruikswaarde van die zaken, alsmede eventuele bijbehorende risico's en mogelijk ook de kosten van verwijdering. Dergelijke risico's zijn overigens ook aan de orde indien van overdracht in goederenrechtelijke zin geen sprake is maar het risico ter zake van aansprakelijkheid bij opdrachtnemer wordt gelegd.

⁶⁴ Zie in dit verband nader hoofdstuk 11.

Belangenoverzicht

Belangenschets

Aan de overdracht van personeel en bestaande activa kunnen voor opdrachtgever en opdrachtnemer tegengestelde belangen ten grondslag liggen.

Oplossingsrichting

De bij een dergelijke overdracht behorende risico's verdienen zorgvuldige bestudering met in achtneming van de projectspecifieke omstandigheden

Hoofdstuk 19. Belastingen

19.1 Vennootschapsbelasting

19.1.1 Rechtsvorm van het consortium (de opdrachtnemer)

De sponsors moeten een keuze maken voor de rechtsvorm van de opdrachtnemer. Die keuze wordt niet alleen bepaald door juridische, maar ook, vaak hoofdzakelijk, door fiscale overwegingen. Voor fiscale doeleinden moet primair onderscheid worden gemaakt tussen fiscaal transparante en niet-transparante rechtsvormen.

19.1.1.1 Fiscaal transparante opdrachtnemers

Een transparante opdrachtnemer is niet subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Een transparante opdrachtnemer heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal. Stortingen van kapitaal in de opdrachtnemer zijn dus niet onderworpen aan kapitaalsbelasting. Voorbeelden van rechtsvormen die transparant zijn, zijn vennootschappen onder firma ('VOFs') en besloten commanditaire vennootschappen ('CVs').

Vennootschappen onder firma

VOFs zijn vaak niet aantrekkelijk als rechtsvorm voor de opdrachtnemer wegens hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten voor de schulden uit de bedrijfsvoering van de VOF. Een daarmee samenhangend nadeel is dat een VOF geen rechtspersoonlijkheid heeft. Een voordeel van VOFs is dat de vennoten alle in aanmerking kunnen komen voor de energie-investeringsaftrek en de milieu-investeringsaftrek. Commanditaire vennoten van een CV hebben geen recht op deze investeringsfaciliteiten⁶⁵.

Commanditaire vennootschappen

CVs hebben ook het nadeel dat zij geen rechtspersoonlijkheid hebben. Een aanhangig wetsvoorstel zal daar naar verwachting verandering in brengen. Een voordeel van CVs is dat de aansprakelijkheid van commanditaire vennoten voor schulden die voortvloeien uit de bedrijfsvoering van de CV beperkt is tot hun inbreng. Voorwaarde voor die beperkte aansprakelijkheid is dat de commanditaire vennoten geen bestuurshandelingen verrichten.

CVs zijn slechts fiscaal transparant als zij als besloten kunnen worden aangemerkt. Besloten houdt in dat de toetreding of vervanging van commanditaire vennoten onderworpen is aan de toestemming van alle beherende en commanditaire vennoten. Een besloten CV is niet onderworpen aan vennootschapsbelasting, kapitaalsbelasting en dividendbelasting.

⁶⁵ Zie onderdeel 19.1.4

19.1.1.2 Fiscaal niet-transparante opdrachtnemers

Een opdrachtnemer met een niet-transparante rechtsvorm is, behoudens bepaalde uitzonderingen, doorgaans subjectief belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Het resultaat van de opdrachtnemer is onderworpen aan vennootschapsbelasting. Het tarief van de vennootschapsbelasting bedraagt met ingang van 2005 31,5%, maar zal worden verlaagd tot 30,5 respectievelijk 30% met ingang van 2006 respectievelijk 2007. De eerste € 22.689 van het belastbare bedrag worden belast tegen 27%. Dit tarief wordt met ingang van 2006 respectievelijk 2007 verlaagd tot 26 respectievelijk 25%.

Als de opdrachtnemer een in aandelen verdeeld kapitaal heeft, zal hij in beginsel dividendbelasting moeten inhouden van uitdelingen van zijn winst (zie onderdeel 19.3). Soms geldt echter een vrijstelling van dividendbelasting (bijvoorbeeld als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is) of een vermindering van het tarief, dat anders 25% bedraagt (bijvoorbeeld als de aandeelhouder gevestigd is in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten).

Stortingen van aandelenkapitaal en agio in de opdrachtnemer zullen, wanneer het kapitaal van de opdrachtnemer in aandelen is verdeeld, onderworpen zijn aan kapitaalsbelasting (zie onderdeel 19.5). Het tarief bedraagt 0.55%. De heffingsgrondslag voor de kapitaalsbelasting is de waarde in het economische verkeer van wat is ingebracht of de nominale waarde van de uitgereikte aandelen als die waarde hoger is. De kapitaalsbelasting is aftrekbaar van het resultaat voor de vennootschapsbelasting.

Niet-transparante Nederlandse rechtsvormen zijn de besloten vennootschap, de naamloze vennootschap, de coöperatie en de Societas Europaea of Europese Vennootschap. De tegenhanger van de besloten commanditaire vennootschap is de open commanditaire vennootschap, die, in tegenstelling tot de besloten variant, subjectief belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. Een CV kwalificeert als open als de toetreding of vervanging van commanditaire vennoten niet onderworpen is aan de toestemming van alle beherende en commanditaire vennoten.

Fiscale consolidatie, dat wil zeggen toerekening van het positieve of negatieve resultaat van de opdrachtnemer aan de deelnemers door het aangaan van een fiscale eenheid, is doorgaans niet mogelijk, omdat geen van de deelnemers voldoet aan de voorwaarde dat hij ten minste 95% van de aandelen van de opdrachtnemer bezit. De aanloopverliezen van de opdrachtnemer kunnen slechts met toekomstige winst van de opdrachtnemer worden verrekend via verliescompensatie.

19.1.1.3 Effect van de rechtsvorm van de opdrachtnemer op de fiscale positie van de deelnemers

Binnenlandse deelnemers in een transparante opdrachtnemer

Het resultaat van de opdrachtnemer wordt fiscaal rechtsreeks toegerekend aan de deelnemers in de opdrachtnemer (daaronder begrepen de sponsors). Aanloopverliezen, bijvoorbeeld, kunnen dus rechtstreeks met het resultaat van de deelnemers worden verrekend. Uitdelingen van het resultaat van de opdrachtnemer aan deelnemers zijn niet onderworpen aan dividendbelasting.

Buitenlandse deelnemers in een transparante opdrachtnemer

Buitenlandse deelnemers kunnen ('buitenlands') belastingplichtig worden in Nederland voor hun aandeel in het resultaat van de opdrachtnemer, doordat zij door hun deelname in de opdrachtgever een echte of fictieve 'vaste inrichting' of 'vaste vertegenwoordiger' in Nederland hebben. De mogelijkheid bestaat dat buitenlandse deelnemers niet alleen in Nederland, maar ook in het land waarin zij gevestigd zijn, belast worden over hun aandeel in het resultaat van de opdrachtgever. Het vestigingsland van de buitenlandse deelnemer moet, als het een belastingverdrag heeft gesloten met Nederland, maatregelen nemen ter voorkoming van dubbele belasting van de deelnemer.

Kwalificatieverschillen kunnen ertoe leiden dat de opdrachtnemer volgens het Nederlandse fiscale recht transparant is, terwijl hij volgens het fiscale recht van het land waarin de deelnemer is gevestigd niet transparant is. Het omgekeerde is ook mogelijk. De kwalificatieverschillen bergen het gevaar van dubbele belastingheffing in zich. Dat gevaar wordt onder bepaalde omstandigheden weggenomen door het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 19 maart 1997 inzake verdragstoepassing op hybride buitenlandse entiteiten.

Binnenlandse deelnemers in een niet-transparante opdrachtnemer

Bij binnenlandse deelnemers komt de deelname in de opdrachtnemer onder bepaalde voorwaarden in aanmerking voor de deelnemingsvrijstelling. Gevolg daarvan is dat uitdelingen van winst van de opdrachtnemer en winst behaald met de vervreemding van de deelname in de opdrachtnemer vrijgesteld zijn van vennootschapsbelasting bij de deelnemer. De deelnemingsvrijstelling bewerkstelligt dat winst van de opdrachtnemer niet tweemaal of vaker wordt onderworpen aan vennootschapsbelasting.

Buitenlandse deelnemers in een niet-transparante opdrachtnemer

Buitenlandse deelnemers worden door hun deelname in de opdrachtnemer (buitenlands) belastingplichtig in Nederland als zij een 'aanmerkelijk belang' in de opdrachtnemer hebben dat niet tot het vermogen van een onderneming behoort. Onder 'aanmerkelijk belang' wordt onder meer verstaan een belang van ten minste 5% in het geplaatste kapitaal van de opdrachtnemer. De buitenlandse belastingplicht kan ook gelden voor vorderingen van de deelnemer op de op-

drachtnemer. In dat geval is de rente op de vordering onderworpen aan vennootschapsbelasting. Hetzelfde geldt voor resultaten op de vordering, zoals valutawinst. Ten slotte kan de deelnemer buitenlands belastingplichtig worden door zitting te nemen in de raad van bestuur of de raad van commissarissen van de opdrachtnemer.

De heffing van vennootschapsbelasting over winst behaald met de deelname in en vorderingen op de opdrachtnemer kan worden beperkt door een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en het land waar de deelnemer is gevestigd. Dat verdrag kan de deelnemer verder aanspraak geven op tegemoetkomingen ter voorkoming van dubbele belasting in het land waar hij gevestigd is.

De Nederlandse belastingheffing over winstuitdelingen aan buitenlandse deelnemers kan eveneens beperkt worden door de EG Moeder-Dochterrichtlijn. Deze richtlijn heeft als effect dat uitdelingen van winst door een vennootschap in een EU-lidstaat aan een vennootschap in een andere EU-lidstaat onder bepaalde voorwaarden is vrijgesteld van belasting in de eerstgenoemde lidstaat. Die vrijstelling geldt, wat Nederland betreft, niet alleen voor de dividendbelasting, maar ook – in beginsel – voor de vennootschapsbelasting. De EG Moeder-Dochterrichtlijn verplicht de staat waar de deelnemer is gevestigd de winstuitdeling vrij te stellen of toe te staan dat de vennootschapsbelasting over de winst die wordt uitgedeeld, wordt afgetrokken van de winstbelasting over die uitdeling.

19.1.1.4 Dilemma fiscale transparantie – beperking aansprakelijkheid

Als fiscale overwegingen de doorslag zouden geven, dan zouden de deelnemers in het consortium niet zelden de voorkeur geven aan een transparante opdrachtnemer. Een nadeel van de behandelde transparante rechtsvormen is dat zij voor alle of voor sommige deelnemers onbeperkte aansprakelijkheid voor schulden met zich brengen. Een CV moet ten minste één behorend vennoot hebben; de aansprakelijkheid van deze vennoot is onbeperkt. Om fiscale transparantie van de opdrachtnemer te koppelen aan beperking van de aansprakelijkheid van de deelnemers wordt niet zelden gekozen voor een besloten CV waarin de deelnemers participeren als commandiet en een speciaal daartoe opgerichte – door de deelnemers gezamenlijk gehouden – BV als behorend vennoot.

Het komt eveneens voor dat de opdrachtnemer de rechtsvorm aanneemt van een CV waarvan de behorende vennoot of de commanditaire vennoten zelf ook CVs zijn. Door deze zogenaamde stapelstructuren kan rekening worden gehouden met de diverse omstandigheden van deelnemers door hen de keuze te bieden om direct in de opdrachtnemer deel te nemen of indirect, door toetreding tot één van de commanditaire CVs. Bij het implementeren van stapelstructuren moeten deelnemers echter ingewikkelde contracten met elkaar afsluiten betreffende de toetreding en vervanging van commanditaire vennoten, opdat de fiscale transparantie van de op-

drachtnemer en de deelnemende CVs behouden blijft. De Belastingdienst heeft uitvoerige besluiten gepubliceerd over deze problematiek.

19.1.2 Winstberekening en tijdstip winstneming

19.1.2.1 Uitgangspunten

Uitgangspunt voor dit onderdeel is dat de opdrachtnemer subjectief belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. De principes die in dit onderdeel worden besproken, zullen meestal echter, mutatis mutandis, van toepassing zijn op binnenlandse deelnemers in de opdrachtnemer als de opdrachtnemer transparant is voor de vennootschapsbelasting. Buitenlandse deelnemers die uit hoofde van hun deelname in de opdrachtnemer geacht worden in Nederland een vaste inrichting te bezitten, zullen de winst die zij via de vaste inrichting realiseren en het tijdstip waarop zij die winst realiseren, eveneens op basis van de in dit onderdeel besproken principes moeten bepalen.

Voor de berekening van de rentabiliteit van het project waaraan de opdrachtnemer zich committeert, is van belang niet alleen hoe groot de inkomsten en de uitgaven van de opdrachtnemer zullen zijn, maar ook het tijdstip waarop de opdrachtnemer de inkomsten ontvangt en de uitgaven doet. Belastingen kunnen een aanzienlijk deel vormen van de uitgaven. Het tijdstip waarop de opdrachtnemer belastingen verschuldigd is en de omvang van de verschuldigde belastingen zijn dus ook voor de berekening van de rentabiliteit van belang. Voor de omvang van de vennootschapsbelasting en het tijdstip waarop de opdrachtnemer vennootschapsbelasting verschuldigd is, moeten de omvang van de winst en het tijdstip van winstneming worden vastgesteld.

19.1.2.2 Kwalificatie van het project

Voor de vaststelling van de omvang van de winst en het tijdstip van winstneming moet worden nagegaan of het project fiscaal kwalificeert als voorraad, onderhanden werk, bedrijfsmiddel of transitorische post.

Voorraad

Het is niet waarschijnlijk dat het project dat de opdrachtnemer realiseert als voorraad kwalificeert. Een voorraad wordt in de regel niet in opdracht van een derde aangelegd of geproduceerd, terwijl het project in opdracht van de opdrachtgever gerealiseerd wordt.

Onderhanden werk

Een DBFM-project wordt in de praktijk vaak, terecht of onterecht, als onderhanden werk behandeld. DBFM-projecten beantwoorden om verschillende redenen niet goed aan het beeld van onderhanden werk. In de eerste plaats wordt de opdrachtnemer bij een DBFM-project op een ander tijdstip beloond dan de aannemer van een werk. De aannemer van een werk ont-

vangt de aanneemsom ineens bij oplevering van het werk of hij ontvangt deelbetalingen naarmate het werk wordt voltooid en een slotbetaling bij oplevering. De opdrachtnemer in een DBFM-project wordt pas vergoed nadat het project gereed is. De vergoeding bestaat niet uit een vast bedrag dat ineens of in termijnen wordt uitbetaald, maar uit een periodieke beschikbaarheids- of gebruikersvergoeding waarvan de hoogte afhangt van de mate van beschikbaarheid of de omvang van het gebruik van de gerealiseerde infrastructuur.

In de tweede plaats is bij aanneming van werk de realisatie van het werk de kenmerkende prestatie. Bij DBFM-contracten is dienstverlening de kenmerkende prestatie. De dienstverlening bestaat uit de beschikbaarstelling, de financiering en het onderhoud van het werk. Het dienstverleningskarakter komt onder meer tot uitdrukking doordat de opdrachtgever de opdrachtnemer pas vergoedingen betaalt zodra en zolang de opdrachtnemer de bedongen dienst daadwerkelijk levert.

Ten slotte is de behandeling van een DBFM-project als onderhanden werk niet in overeenstemming met het feit dat risico's waaraan het project blootstaat, zoals storm-, water-, bliksem- en brandschade, gedurende de duur van het DBFM-contract gedragen worden door de opdrachtnemer en doordat niet de opdrachtgever maar de opdrachtnemer zich tegen dergelijke risico's verzekert.

In bepaalde gevallen kunnen de door de opdrachtnemer geleverde prestaties wellicht ontleed worden in onderhanden werk gevolgd door dienstverlening. Denkbaar is dat na het gereedkomen van het werk een materieel opleveringsmoment kan worden geconstrueerd, zeker als op enig moment kort na het gereedkomen van het werk, maar voor de ingebruikneming, bepaalde risico's waaraan het werk wordt blootgesteld, contractueel overgaan van de opdrachtnemer naar de opdrachtgever. Ook is het mogelijk een vergoeding bij oplevering te construeren. Zie daarvoor onderdeel 19.1.2.3.

Bedrijfsmiddel

Kenmerkend onderscheid tussen bedrijfsmiddelen (vaste activa) en onderhanden werk (vlottend activum) is dat bedrijfsmiddelen van jaar tot jaar nutsprestaties leveren, terwijl vlottende activa ineens, namelijk bij verkoop of oplevering, één nutsprestatie leveren. Het door de opdrachtnemer voortgebrachte werk levert gedurende een reeks van jaren nutsprestaties doordat het de opdrachtnemer in staat stelt tot het verlenen van bepaalde diensten aan de opdrachtgever. Pas aan het einde van de contractperiode levert de opdrachtnemer het werk aan de opdrachtgever of gaan de risico's die gedurende de contractperiode gedragen werden door de opdrachtnemer, over naar de opdrachtgever.

Een probleem bij de kwalificatie van het project als bedrijfsmiddel van de opdrachtnemer is dat een bedrijfsmiddel een goed moet zijn dat tot het vermogen van de onderneming behoort. In

beginsel betekent deze voorwaarde dat de opdrachtnemer juridisch eigenaar van het werk moet zijn. De opdrachtnemer zal echter in de regel niet juridisch eigenaar van het werk worden. De grond waarop het werk wordt gerealiseerd, blijft eigendom van de opdrachtgever. Het door de opdrachtnemer aangebrachte werk wordt door natrekking juridisch eigendom van de opdrachtgever.

Het werk kan echter ook behoren tot het ondernemingsvermogen van de opdrachtnemer als de opdrachtnemer een zodanige verbintenisrechtelijke betrekking heeft tot het werk dat hij kwalificeert als de economische eigenaar van dat werk. Dat is het geval als de opdrachtnemer het gebruiksrecht heeft van het werk en alle voor- en nadelen – dus alle risico's van waardeverandering en tenietgaan van het werk – ten volle door de opdrachtnemer worden gedragen. In de literatuur wordt als één van de voorwaarden voor economische eigendom genoemd dat de zaak waarop de economische eigendom betrekking heeft een individueel bepaalde of bepaalde zaak is. Aannemelijk is dat ook een onderdeel van een zaak vatbaar is voor economische eigendom.

Voorbeelden van werken waarvan aannemelijk is dat aan de voorwaarde van bepaaldheid of bepaalbaarheid wordt voldaan, zijn bruggen, ziekenhuizen, gerechtsgebouwen en waterzuiveringsinstallaties. Moeilijker te kwalificeren zijn wellicht wegen. Een tamelijk oude beslissing van de Hoge Raad betrof een pachter die verbeteringen aan de grond verrichtte die bestonden uit het aanleggen van een weg en het aanbrengen van drainages. De Hoge Raad oordeelde dat niet gebleken was dat de aan de gepachte grond aangebrachte verbeteringen een zelfstandige onroerende zaak hebben doen ontstaan, waarvan de economische eigendom bij de pachter berust.⁶⁶

Zelfs als de opdrachtnemer juridisch noch economisch als eigenaar van het werk kwalificeert, kan het werk voor hem als bedrijfsmiddel kwalificeren. Volgens fiscale jurisprudentie kunnen investeringen in een gebruiksrecht ertoe leiden dat het gebruiksrecht wordt bestempeld als economisch goed en als bedrijfsmiddel kwalificeert. Dat is het geval als belangrijke investeringen in het gebruiksrecht ertoe leiden dat dat recht een bijzondere waarde krijgt. Niet het werk maar het gebruiksrecht wordt in dat geval als – onlichamelijk – bedrijfsmiddel aangemerkt. Gezegd zou kunnen worden dat de opdrachtgever de opdrachtnemer in het kader van het DBFM-contract het gebruiksrecht van een onroerende zaak toekent, bijvoorbeeld een terrein, waarin de opdrachtnemer vervolgens investeert door realisatie van een werk dat hem ertoe in staat stelt om bepaalde diensten te verlenen. Voor de toepassing van fiscale tegemoetkomingen voor investeringen – ook wel investeringsfaciliteiten genoemd; deze komen hierna aan de orde – wordt door het economische goed heengekeken. Met andere woorden, bepalend voor de toepassing van investeringsfaciliteiten is de zaak waarop het gebruiksrecht betrekking heeft.

⁶⁶ HR 14 juni 1972, nr. 16 803, BNB 1972/166

Transitoire post

Bij twijfel over de vraag of het door de opdrachtnemer gerealiseerde werk kwalificeert als onderhanden werk of bedrijfsmiddel zou men zich nog kunnen afvragen of de investeringen die de opdrachtnemer zich getroost om het werk tot stand te brengen niet als vooruitbetaalde onkosten moeten worden aangemerkt. Gesteld zou kunnen worden dat de investeringen van de opdrachtnemer niet tot de voortbrenging van een bedrijfsmiddel leiden, maar in feite als een vooruitbetaling van de kosten van in een later jaar door hem te verlenen diensten moeten worden beschouwd. Kosten kunnen in aftrek worden gebracht in het jaar waarin ze tot uitgaven leiden. Als de uitgaven worden gedaan in een jaar dat voorafgaat aan het jaar waarin de kosten, waarop de uitgaven betrekking hebben, worden gemaakt, moeten ze worden geactiveerd.

Tussen bedrijfsmiddelen en geactiveerde kosten – transitoire posten – bestaat geen principiële fiscaal verschil. De kosten van de voortbrenging van een bedrijfsmiddel komen door afschrijving ten laste van het resultaat van het jaar waaraan die kosten behoren te worden toegerekend. Geactiveerde kosten komen ten laste van het resultaat van het jaar waaraan ze moeten worden toegerekend door de transitoire post in het betrokken jaar voor een bepaald bedrag te crediteren en de resultatenrekening voor een gelijk bedrag te debiteren. De activering van de voortbrengingskosten van een bedrijfsmiddel gevolgd door afschrijving en de activering van vooruitbetaalde kosten gevolgd door jaarlijkse creditering zijn in feite twee benaderingen voor het verdelen van kosten over de jaren waarop die kosten betrekking hebben.

19.1.2.3 Winstberekening en winstneming bij kwalificatie van het project als onderhanden werk

Complexbenadering

De winst bij oplevering zal primair gelijk zijn aan het verschil tussen de door de opdrachtgever voor het werk betaalde prijs en de fiscale waarde waarvoor het werk bij oplevering in de boeken van de opdrachtnemer staat. De prijs moet worden vastgesteld met inachtneming van, bijvoorbeeld, een garantievoorziening. De opdrachtnemer mag de gedurende de bouwfase gemaakte financieringskosten direct in aftrek brengen. De daardoor in de bouwfase ontstane aanloopverliezen kunnen met de winst bij oplevering worden verrekend.

Het vaststellen van de voor het werk betaalde prijs is nog betrekkelijk gemakkelijk als de opdrachtgever en de opdrachtnemer periodieke, vaste vergoedingen zijn overeengekomen. De prijs zou kunnen worden gevonden door aan te nemen dat deze bij oplevering van het werk wordt omgezet in een rentedragende lening van opdrachtnemer aan opdrachtgever en door de regelmatige vergoeding van de opdrachtgever te splitsen in enerzijds een vergoeding voor de dienstverlening na de oplevering en anderzijds een annuïteit bestaande uit een rentecomponent en een aflossingscomponent verband houdende met de lening. De prijs kan dan worden bepaald door de contante waarde van de te ontvangen annuïteiten op het moment van de op-

levering te berekenen. De aflossingscomponent van de annuïteit raakt de fiscale winst van de opdrachtnemer niet, de rentecomponent echter wel.

Het feit dat de opdrachtnemer bij oplevering winst moet nemen op het werk en het feit dat de rentecomponent in de annuïteit aanvankelijk overheerst, leiden tot een onevenwichtige – voor de opdrachtnemer nadelige – verdeling van de belastingdruk over de looptijd van het DBFM-contract. Aannemende dat de realisatie van het werk op zichzelf gezien een voor de opdrachtnemer winstgevende activiteit is, zal de belastingheffing van de winst behaald door de opdrachtnemer met het DBFM-contract zich concentreren op het moment van de oplevering en de direct daaropvolgende periode.

Als de opdrachtnemer het ontwerp en de bouw van het werk met vreemd vermogen heeft gefinancierd, heeft hij door de renteaftrek gedurende de ontwerp- en de bouwfase verrekenbare verliezen opgebouwd. De verliezen kunnen worden verrekend met de winst gerealiseerd bij de oplevering en daarna. Als de opdrachtnemer ervoor zou hebben gekozen de rentekosten niet direct ten laste van het fiscale resultaat te brengen, maar ze te activeren als onderdeel van de kostprijs van het werk, dan zou de rente eveneens een drukkend effect hebben op de fiscale winst gerealiseerd bij oplevering. Immers, die winst is, zoals gezegd, primair gelijk aan het verschil tussen de kostprijs en de opbrengst van het werk. Het activeren van de rente leidt tot een hogere kostprijs en dus tot een lagere boekwinst bij oplevering. Als de kostprijs van het werk hoger zou zijn dan de opbrengst, dan zou bij oplevering een boekverlies worden gerealiseerd dat verrekenbaar zou zijn met toekomstige winst.

Concessiebenadering

Moeilijk is de prijsbepaling als de opdrachtnemer niet van de opdrachtgever, maar van de gebruiker(s) een vergoeding ontvangt voor de frequentie en intensiteit van het gebruik van het werk. Een complicerende factor is dat de gebruikersvergoeding niet door de opdrachtgever wordt betaald. Dat brengt met zich dat de vergoeding niet kan worden gesplitst in enerzijds een gebruikersvergoeding en anderzijds rente op en aflossingen van een lening aan de opdrachtgever. Een benadering die wel met een gebruikersvergoeding in overeenstemming is, is die waarbij de opdrachtgever geacht wordt de prijs voor het werk te betalen door de opdrachtnemer een concessie te verlenen, bestaande in het recht om het werk en de grond waarop het werk is gerealiseerd te exploiteren en daar gebruikersvergoedingen voor te incasseren. Een andere complicerende factor kan dan echter zijn dat de omvang van de gebruikersvergoedingen moeilijk is te voorspellen. De waarde van de concessie – de prijs van het werk – kan dan slechts moeilijk worden bepaald.

Voordeel van de concessiebenadering is wel dat de verdeling van de belastingdruk over de looptijd van het DBFM-contract evenwichtiger kan zijn. Aannemelijk is dat de concessie voor de opdrachtnemer kwalificeert als een onlichamelijk bedrijfsmiddel. De kwalificatie als be-

drijfsmiddel brengt met zich dat de concessie kan worden afgeschreven. De toepasselijke methode van afschrijving bepaalt hoe de afschrijvinglasten verdeeld zullen worden over de resterende looptijd van het DBFM-contract.

19.1.2.4 Winstberekening en winstneming bij kwalificatie van het project als bedrijfsmiddel

In tegenstelling tot onderhanden werk kan de opdrachtnemer het constante deel van de algemene kosten van een bedrijfsmiddel en de rente op een lening waarmee de voortbrenging van het bedrijfsmiddel wordt gefinancierd niet direct ten laste van het fiscale resultaat brengen. De voortbrengingskosten van het bedrijfsmiddel moeten worden geactiveerd. Tot die kosten behoren alle kosten die nodig zijn om het bedrijfsmiddel bedrijfsklaar te maken, daaronder begrepen het constante deel van de algemene kosten en de financieringslasten. Bij onderhanden werk kunnen deze kosten rechtstreeks ten laste van het resultaat worden gebracht.

Het activeren van de financieringskosten brengt met zich dat de verhouding tussen het eigen en het vreemde vermogen waarmee de voortbrenging van het bedrijfsmiddel wordt gefinancierd, invloed heeft op de hoogte van de historische kostprijs van het bedrijfsmiddel. Naarmate de opdrachtnemer het ontwerp en de bouw van het werk meer met vreemd vermogen financiert, zal de historische kostprijs daarvan hoger uitvallen. Een vergoeding of subsidie van een derde voor het ontwikkelen van het bedrijfsmiddel vermindert de te activeren voortbrengingskosten. Aannemelijk is dat een vergoeding van de opdrachtgever in de ontwerp- en de bouw-fase op deze wijze moet worden behandeld. Mogelijk is echter ook dat een dergelijke vergoeding moet worden gepassiveerd als een vooruitontvangen betaling, een transitoire post.

Bij onderhanden werk is de hoogte van de voortbrengingskosten van belang voor het berekenen van de winst gerealiseerd bij oplevering. Als het door de opdrachtnemer gerealiseerde werk als bedrijfsmiddel wordt behandeld, is er geen opleveringsmoment; het bedrijfsmiddel blijft gedurende de looptijd van het DBFM-contract onderdeel van de activa op de balans van de opdrachtnemer. De kwalificatie van het werk als bedrijfsmiddel brengt met zich dat het kan worden afgeschreven. De voortbrengingskosten zijn bij bedrijfsmiddelen van belang voor de berekening van de hoogte van de afschrijvingen. Afschrijving van een bedrijfsmiddel leidt ertoe dat de kosten van het bedrijfsmiddel worden verdeeld over en toegerekend aan de boekjaren waarin het bedrijfsmiddel nutsprestaties levert. Afschrijving van een bedrijfsmiddel begint bij de ingebruikneming ervan. Als het bedrijfsmiddel in de loop van het boekjaar in gebruik wordt genomen, moet de afschrijving in dat boekjaar naar tijdsgelang plaatsvinden. Een bedrijfsmiddel wordt geacht in gebruik te zijn genomen op het moment waarop het begint prestaties te leveren ten behoeve van het productieproces. Waar het bedrijfsmiddel voor het leveren van diensten wordt ingezet, moet onder productieproces dienstverlening worden verstaan.

De periode waarover een bedrijfsmiddel wordt afgeschreven is gelijk aan de vermoedelijke gebruiksduur. De vermoedelijke gebruiksduur moet worden gesteld op de verwachte technische

levensduur van het bedrijfsmiddel, dus de periode die begint bij ingebruikneming en eindigt wanneer het bedrijfsmiddel geheel versleten is. De vermoedelijke gebruiksduur moet echter worden gesteld op de verwachte economische levensduur van het bedrijfsmiddel als die periode korter is. De economische levensduur is korter als het bedrijfsmiddel niet meer rendabel is op een moment waarop het nog niet versleten is.

De vermoedelijke gebruiksduur kan maar hoeft niet samen te vallen met de looptijd van het DBFM-contract. De vermoedelijke gebruiksduur is langer dan de looptijd van het DBFM-contract als het bedrijfsmiddel aan het einde van de looptijd technisch nog niet versleten is. Mogelijk is echter ook dat het bedrijfsmiddel of belangrijke onderdelen ervan gedurende de looptijd aan vervanging toe zijn. Als de verwachte levensduur wijzigt, moet de afschrijving worden aangepast door aanpassing van het afschrijvingspercentage.

De som van de afschrijvingen gedurende de gebruiksduur is gelijk aan het verschil tussen de voortbrengingskosten van het bedrijfsmiddel en de residuwaarde. De omvang van de jaarlijkse afschrijving hangt af van de afschrijvingsmethode. Bij lineaire afschrijving wordt het bedrijfsmiddel jaarlijks afgeschreven met een vast percentage van de historische kostprijs (de voortbrengingskosten). Bij degressieve afschrijving wordt het bedrijfsmiddel jaarlijks afgeschreven met een vast percentage van de boekwaarde.

Degressieve afschrijving is aantrekkelijk voor de opdrachtnemer, omdat de afschrijvingen het hoogst zijn in het begin van de gebruiksperiode. Degressieve afschrijving leidt daardoor tot verdergaand belastinguitstel dan lineaire afschrijving. Degressieve afschrijving is alleen geoorloofd als het bedrijfsmiddel minder nut levert naarmate het verouderd en als de uitkomst van de toepassing van deze methode 'niet onredelijk' is. Degressieve afschrijving kan in sommige gevallen worden toegepast op onroerende zaken. Op andere afschrijvingsmethoden wordt hier niet ingegaan.

19.1.2.5 Voorziening voor onderhoud

Gedurende de looptijd van het DBFM-contract zal de opdrachtnemer verantwoordelijk zijn voor het onderhoud van het werk. Goed koopmansgebruik brengt met zich dat de kosten van onderhoud van het werk ten laste komen van het resultaat van het jaar waarin de exploitatie van het werk de kosten heeft opgeroepen. De uitgaven voor onderhoud zullen niet gelijkmatig zijn verdeeld over de looptijd van de DBFM-contract. Anders gezegd: de aan een willekeurig jaar toerekenbare onderhoudskosten zullen niet gelijk zijn aan de aan dat jaar toerekenbare onderhoudsuitgaven. Om toch te bereiken dat de onderhoudskosten drukken op het fiscale resultaat van het jaar waarin de exploitatie van het werk de kosten oproept, bijvoorbeeld door slijtage, zal de opdrachtnemer in het betrokken jaar een bedrag gelijk aan die kosten ten laste van het fiscale resultaat aan een onderhoudsvoorziening mogen doteren. Voor het vormen van een voorziening gelden de volgende voorwaarden: (i) de toekomstige uitgaven vinden hun oor-

sprong in feiten of omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan (de oorsprongvoorwaarde); (ii) de toekomstige uitgaven kunnen ook overigens aan die periode worden toegerekend (de goedkoopmansgebruikvoorwaarde) en (iii) er bestaat een redelijke mate van zekerheid dat die toekomstige uitgaven zich zullen voordoen (de redelijke-zekerheidsvoorwaarde).

19.1.2.6 Arm's-lengthbepaling

Voor het ontwerp, de bouw, de exploitatie en het onderhoud zal de opdrachtnemer een beroep doen op onderaannemers. Vaak zijn onderaannemers tevens deelnemers in de opdrachtnemer. Dat betekent dat de Belastingdienst ervoor zal waken dat de voorwaarden waaronder werk wordt aangenomen door de onderaannemers zakelijk zijn. Als de voorwaarden te gunstig zijn voor de onderaannemer die tevens deelneemt in de opdrachtnemer, dan zal de opdrachtnemer niet alle, maar slechts het zakelijke gedeelte van de kosten die met het aanbestede werk samenhangen ten laste van het fiscale resultaat mogen brengen. De opdrachtnemer zal ook geacht worden een verkapte dividenduitkering te doen aan de onderaannemer-deelnemer. In bepaalde omstandigheden is die uitkering onderworpen zijn aan dividendbelasting.

Sinds kort is de reeds lang bestaande regel dat het fiscale resultaat behaald met transacties tussen met elkaar gelieerde personen berekend moet worden met inachtneming van zakelijke voorwaarden in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opgenomen. In de betrokken bepaling is voor met elkaar gelieerde personen die met elkaar transacties aangaan ook de verplichting opgenomen om in de administratie gegevens op te nemen waaruit blijkt hoe de transactievoorwaarden tot stand zijn gekomen. Uit die gegevens moet blijken of de transactievoorwaarden zakelijk zijn, dat wil zeggen gelijk aan de voorwaarden waaronder derden de transactie met elkaar zouden aangaan. Zolang de opdrachtnemer en de onderaannemers/deelnemers zich aan deze administratieverplichting houden, rust de last van het bewijs dat de voorwaarden waaronder partijen de transactie zijn aangegaan niet zakelijk zijn bij de Belastingdienst. Als de administratie van transactievoorwaarden niet in orde is, verschuift de bewijslast naar de opdrachtnemer.

19.1.3 Financiering

Voor het financieren van het ontwerp en de bouw van het werk zal de opdrachtnemer in de eerste plaats zijn aangewezen op het uitgeven van gewone of preferente aandelen aan haar aandeelhouders. Als de opdrachtnemer de vorm aanneemt van een CV, dan zal hij in de eerste plaats zijn aangewezen op het door de vennoten verstrekte commanditaire kapitaal. Daarnaast zal de opdrachtnemer van derden en van deelnemers vreemd vermogen aantrekken door uitgifte van obligaties of door het aangaan van onderhandse, al dan niet achtergestelde, leningen. Omdat de opdrachtnemer gedurende het ontwerp en de bouw geen winst maakt, zal winstinhouding niet tot de financieringsinstrumenten behoren.

19.1.3.1 Fiscaal optimale verhouding tussen vreemd en eigen vermogen

Hierna wordt aangenomen dat de opdrachtnemer subjectief belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. Bij het bepalen van de optimale verhouding tussen het eigen en het vreemde vermogen voor de financiering van ontwerp en bouw zal het verschil in fiscale behandeling van dividend en rente worden meegewogen. Dividend is niet aftrekbaar van het fiscale resultaat van de opdrachtnemer; rente in beginsel wel. Bij de aandeelhouders van de opdrachtnemer zal dividend niet worden belast als het belang in de opdrachtnemer kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling. Rente zal echter bij de aandeelhouder-leningverstrekker worden belast.

De aandeelhouder zal de keuze tussen het verstrekken van vreemd of eigen vermogen aan de opdrachtnemer mede laten afhangen van de wijze waarop hij deze kapitaalverstrekking aan de opdrachtnemer financiert. Voor zover de aandeelhouder de kapitaalverstrekking aan de opdrachtnemer financiert met vreemd vermogen, heeft het zin om de opdrachtnemer te financieren met vreemd vermogen. Immers, tegenover de belastbare rente-inkomsten op de lening aan de opdrachtnemer staan dan aftrekbare rentekosten op de lening aan de aandeelhouder. De rente-inkomsten en de rentekosten kunnen elkaar grotendeels neutraliseren.

Voor zover de aandeelhouder zijn belang in de opdrachtnemer financiert met eigen vermogen is het zinvol om ook de opdrachtnemer met eigen vermogen te financieren. Zou de aandeelhouder de opdrachtnemer in een dergelijke situatie met vreemd vermogen financieren, dan zouden tegenover de rente-inkomsten geen fiscaal aftrekbare kosten staan, waardoor de aandeelhouder met een flinke belastingdruk zou kunnen worden geconfronteerd.

Een belangrijke overweging bij de keuze tussen financiering van de opdrachtnemer met eigen en vreemd vermogen is dat fiscaal aftrekbare rentelasten bij de opdrachtnemer pas tot een besparing van vennootschapsbelasting leiden nadat het werk in gebruik is genomen. Bij financiering met vreemd vermogen vanaf het begin van de contractperiode kan er dus een mismatch ontstaan tussen het tijdstip waarop de rente-inkomsten bij de kapitaalverschaffer leiden tot belastingheffing en het tijdstip waarop de renteaftrek bij de opdrachtnemer leidt tot een belastingbesparing.

Het kan gelet op het voorgaande wenselijk zijn de verhouding tussen het eigen en het vreemd vermogen verstrekt aan de opdrachtnemer gaande het DBFM-contract en vooral rond de oplevering of ingebruikneming van het werk aan te passen. Voor zover die aanpassing wordt gerealiseerd door transacties zoals het schuldig blijven van een winstuitdeling of teruggaaf van gestort kapitaal of de verwerving van of storting op aandelen in een gelieerd lichaam, moet er voor worden gewaakt dat dit tot een beperking van de renteaftrek bij de opdrachtnemer kan leiden op basis van bepalingen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 gericht tegen winstdrainage.

Een andere - zeer belangrijke - overweging bij de keuze tussen financiering van de opdrachtnemer met eigen en vreemd vermogen is dat rente onder bepaalde omstandigheden niet of beperkt aftrekbaar is. Afgezien van andere ongewenste gevolgen kan niet-aftrekbaarheid van rente economisch dubbele belastingheffing veroorzaken omdat de rente bij de ontvanger in de regel wordt belast. Rente kan niet-aftrekbaar zijn doordat het vreemd vermogen fiscaal als eigen vermogen wordt aangemerkt. Dat is het geval bij schijnleningen, bodemlozeputleningen en hybride leningen, waarop hier niet verder wordt ingegaan. De - gedeeltelijke - niet-aftrekbaarheid van rente kan, afgezien van de reeds genoemde regels tegen winstdrainage, ook voortvloeien uit de recent ingevoerde thin capitalisationregels. Deze regels zijn van toepassing als de opdrachtnemer gefinancierd is met een teveel aan vreemd vermogen, met andere lichamen is verbonden in een groep in de zin van art. 2:24b BW en rente verschuldigd is aan een lichaam waarmee het in fiscale zin is verbonden. Ten slotte kan rente – gedeeltelijk – niet-aftrekbaar zijn als de opdrachtnemer de lening heeft opgenomen bij een gelieerd persoon en de voorwaarden niet zakelijk zijn.

19.1.3.2 Consolidatie

Het feit dat doorgaans geen van de aandeelhouders een voldoende groot belang in de opdrachtnemer heeft om met de opdrachtnemer een fiscale eenheid te vormen, brengt met zich dat de aandeelhouders de kosten van externe financiering van de opdrachtnemer – en de daaruit voortvloeiende aanloopverliezen – fiscaal niet kunnen consolideren. Indirect zou hetzelfde effect bereikt kunnen worden door afwaardering van de deelneming in de opdrachtnemer. Dergelijke afwaardering moet echter op den duur worden teruggenomen, bijvoorbeeld als de deelneming in de opdrachtnemer in waarde stijgt of door het verstrijken van een periode van vijf jaar.

Zoals reeds gezegd zullen de kosten van externe financiering bij de opdrachtnemer niet tot een besparing van vennootschapsbelasting leiden in de ontwerp- en bouwfase, omdat de opdrachtnemer in die fase geen of niet voldoende belastbaar resultaat zal realiseren. Deelnemers zullen dus zoeken naar een oplossing waarbij de financieringskosten in de ontwerp- en bouwfase van het project fiscaal op hun eigen resultaat drukt. Een oplossing kan zijn dat de opdrachtnemer de rechtsvorm van een – in fiscale zin besloten – CV aanneemt. Ook als de opdrachtnemer een besloten CV is, kunnen de deelnemers-commanditaire vennoten ervoor kiezen vreemd vermogen te verstrekken. Fiscaal zal een dergelijke lening worden behandeld als een lening van de commanditaire vennoot-crediteur aan de overige vennoten.

19.1.4 Investeringsfaciliteiten

De belastingwetgeving bevat meerdere tegemoetkomingen voor het stimuleren van investeringen in bedrijfsmiddelen. Hiervoor is uitvoerig ingegaan op de vraag of het werk van de opdrachtnemer als bedrijfsmiddel kwalificeert. Als het werk als bedrijfsmiddel kwalificeert, kan de opdrachtnemer in aanmerking komen voor bepaalde investeringsfaciliteiten. Het effect van in-

vesteringsfaciliteiten is belastingbesparing of –uitstel, wat bijdraagt aan de liquiditeit en de winstgevendheid van de opdrachtnemer.

De tegemoetkomingen voor investeringen in bedrijfsmiddelen bestaan uit de investeringsaftrek en versnelde of willekeurige afschrijving. De investeringsaftrek kent drie varianten, waarvan alleen de energie-investeringsaftrek (EIA) en de milieu-investeringsaftrek (MIA) voor de opdrachtnemer interessant zijn.

19.1.4.1 EIA

Voor de energie-investeringsaftrek komen ondernemers in aanmerking die minimaal EUR 2.000 investeren in energiebesparende bedrijfsmiddelen. Vijfenvijftig procent van de jaarinvesteringkosten (met een maximum van EUR 106 miljoen per ondernemer) van deze bedrijfsmiddelen is aftrekbaar van het fiscale resultaat in het kalenderjaar waarin het bedrijfsmiddel is aangeschaft. Aldus bedraagt de aftrek maximaal EUR 56,65 miljoen per ondernemer. De genoemde bedragen en percentages gelden voor 2005.

De EIA kent vijf toepassingsgebieden, te weten: gebouwen, apparaten en processen, warmtekracht, transport en duurzame energie. Bedrijfsmiddelen die voor de EIA in aanmerking komen, staan op de Energielijst, die jaarlijks wordt geactualiseerd. De Energielijst is te vinden op de website van Senter⁶⁷, een agentschap van het Ministerie van Economische zaken. Onder voorwaarden kunnen kosten van advies ter zake van energiebesparende maatregelen in gebouwen of bij processen dat (mede) op de energie-investering betrekking heeft, ook in aanmerking worden genomen. De investering moet binnen drie maanden gemeld worden bij het Bureau Investeringsregelingen en Willekeurige Afschrijving ("IRWA") bij de Belastingdienst te Breda.

19.1.4.2 MIA

De milieu-investeringsaftrek (MIA) biedt ondernemers die meer dan EUR 2.000 investeren in milieuvriendelijke ongebruikte bedrijfsmiddelen een fiscale aftrekpost van 15%, 30% of 40% van het investeringsbedrag, afhankelijk van de categorie waartoe de investering behoort. De genoemde bedragen en percentages gelden voor 2005.

Het bedrijfsmiddel moet voorkomen op de MIA-lijst, die geraadpleegd kan worden op de website van Senter of bij het ministerie van VROM. Bepaalde advieskosten mogen eveneens in aanmerking worden genomen bij de berekening van de aftrek. In tegenstelling tot de EIA is de MIA niet beperkt tot een bepaald maximum aan investeringen. De investering moet binnen drie

⁶⁷ www.senter.nl

maanden gemeld worden bij IRWA. Als een ondernemer bij een investering zowel voor de EIA als de MIA in aanmerking komt, mag hij slechts één van beide kiezen. De MIA kan wel samen gaan met de hierna te bespreken willekeurige afschrijving milieubedrijfsmiddelen.

19.1.4.3 Willekeurige afschrijving

Willekeurige afschrijving houdt in dat het in totaal door middel van afschrijving ten laste van de winst te brengen bedrag willekeurig over de afschrijvingsperiode van het bedrijfsmiddel kan worden verdeeld. Het effect van deze tegemoetkoming is uitstel van belastingheffing. Uitstel van belastingheffing heeft een liquiditeitsverhogende invloed. In afwijking van de normale regels voor afschrijving kan met willekeurige afschrijving begonnen worden vanaf het tijdstip van de investering, dat wil zeggen het tijdstip waarop de investeringsverplichtingen zijn aangegaan of het tijdstip waarop een begin wordt gemaakt met het maken van de voortbrengingskosten.

De enige categorie van willekeurige afschrijving waarvoor pps vooralsnog in aanmerking kan komen, is de willekeurige afschrijving op milieubedrijfsmiddelen. Voor willekeurige afschrijving in deze categorie komen uitsluitend in aanmerking ongebruikte bedrijfsmiddelen die voorkomen op de milieulijst vastgesteld door het Ministerie van VROM. Evenals bij de EIA en MIA geldt dat de investering binnen drie maanden moet worden aangemeld bij IRWA. Voor sommige bedrijfsmiddelen kan een ondernemer in aanmerking komen voor zowel de EIA of de MIA als de willekeurige afschrijving op milieubedrijfsmiddelen. De investering hoeft in dergelijke gevallen niet tweemaal bij IRWA te worden aangemeld.

19.1.4.4 Toepassing investeringsfaciliteiten op samenwerkingsverbanden

Van belang voor de keuze van de rechtsvorm van de opdrachtnemer is dat commanditaire vennoten in een besloten CV niet voor de EIA en de MIA in aanmerking kunnen komen. Vennoten in een VOF kunnen echter wel in aanmerking komen voor de beide investeringsfaciliteiten. Het reeds genoemde plafond van EUR 106 miljoen van de EIA geldt in dat geval voor het totaal van de investeringen van de VOF, dus niet per vennoot. Het plafond wordt aan de vennoten toegerekend in de verhouding waarin de energie-investeringen aan hen zijn toe te rekenen. De drempels van EUR 2.000 gelden echter per ondernemer, ongeacht of zij hun onderneming uitoefenen in een samenwerkingsverband. De willekeurige afschrijving op milieubedrijfsmiddelen geldt voor ieder lid van een samenwerkingsverband afzonderlijk.

19.2 Zekerheid vooraf via Advance Tax Rulings en Advance Pricing Agreements

19.2.1 Advance Tax Rulings

Deelnemers in de opdrachtnemer, financiers van de opdrachtnemer en niet in de laatste plaats de Belastingdienst hebben er belang bij dat er over de fiscale gevolgen van het DBFM-project voor de opdrachtnemer van tevoren zekerheid bestaat. Niet alleen kan onzekerheid betreffen-

de de omvang van de fiscale lasten van de opdrachtnemer worden weggenomen, ook kan van tevoren worden vastgesteld wanneer de fiscale lasten worden opgelegd, wat gezien de looptijd van een DBFM-contract een belangrijke factor kan zijn bij de voorspelling van de winstgevendheid van het project. De opdrachtnemer kan van tevoren zekerheid betreffende de fiscale gevolgen van het project verkrijgen door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met de bevoegde eenheid van de Belastingdienst. Deze mogelijkheid bestaat zelfs als de opdrachtnemer nog in oprichting is. Het standpunt dat de Belastingdienst in die vaststellingsovereenkomst ten aanzien van de fiscale gevolgen van het project inneemt, wordt aangeduid als Advance Tax Ruling ("ATR").

De procedure voor de afgifte van een ATR wordt ingeluid door een verzoek van de opdrachtnemer aan de competente inspecteur dat de gegevens van de transactie en de opdrachtnemer moet bevatten. De opdrachtnemer moet bij het verzoek aangeven wat de duur van de vaststellingsovereenkomst zou moeten zijn. Het is in beginsel mogelijk de duur van de vaststellingsovereenkomst gelijk te stellen aan de looptijd van de DBFM-contract. In de vaststellingsovereenkomst zal echter worden opgenomen dat een voor de vaststellingsovereenkomst relevante wetswijziging of wijziging van op de wet gebaseerde voorschriften en een latere wijziging van relevante beleidsregels en jurisprudentie redenen kunnen zijn voor de Belastingdienst om de overeenkomst te beëindigen. Meestal zal de Belastingdienst een redelijke termijn in acht nemen of anderszins rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de opdrachtnemer.

19.2.2 Advance Pricing Agreements

In een ATR zal de Belastingdienst zich niet uitlaten over de zakelijkheid van de voorwaarden waaronder de opdrachtnemer transacties aangaat met aan haar gelieerde partijen, althans aannemen dat die voorwaarden zakelijk ('at arm's length') zijn. Als de opdrachtnemer voor de realisatie of de exploitatie van het werk onderaannemers inschakelt die met haar gelieerd zijn, zou er discussie tussen de opdrachtnemer en de Belastingdienst kunnen ontstaan over de zakelijkheid van de voorwaarden waaronder dat gebeurt. Als de Belastingdienst meent dat de transactievoorwaarden niet zakelijk zijn, kan hij bij het opleggen van de aanslag vennootschapsbelasting afwijken van de aangifte.

Geschillen met de Belastingdienst over de zakelijkheid van voorwaarden van transacties met buitenlandse gelieerde partijen kan worden voorkomen door met de Belastingdienst een *Advance Pricing Agreement* ("APA") aan te gaan. In een APA bevestigt de Belastingdienst van tevoren wat een zakelijke beloning is of wat de juiste methode is voor de vaststelling van een dergelijke beloning voor grensoverschrijdende transacties tussen de opdrachtnemer en gelieerde partijen. De belastingdienst van het land waar de gelieerde partij is gevestigd kan partij zijn bij de APA zodat ook voor de gelieerde partij zekerheid wordt gecreëerd dat de transactievoorwaarden niet later door de buitenlandse belastingdienst ter discussie worden gesteld.

De opdrachtnemer moet het verzoek tot het aangaan van een APA richten tot de competente inspecteur, die het verzoek voor bindend advies voorlegt aan het APA-/ATR-team van de Belastingdienst/Rijnmond. Het APA-/ATR-team stelt een case-managementplan op waarin in samenspraak met de opdrachtnemer of de belastingadviseur vast wordt gelegd hoe het traject van afgifte van de APA zal verlopen en wat de beoogde doorlooptijd van het verzoek is. Voor de indiening van het APA-verzoek kan er een afspraak met het APA-/ATR-team worden gemaakt voor overleg. In dat overleg, ook wel aangeduid als pre-filingmeeting, kan worden besproken welke informatie het team nodig heeft en welke elementen in het specifieke geval van de opdrachtnemer van belang zijn voor het APA-verzoek.

De looptijd van een APA kan evenals bij ATRs in beginsel worden afgestemd op de looptijd van de DBFM-contract. Belangrijk onderdeel van de door de opdrachtnemer aan te leveren informatie is de beschrijving van de voorgestelde verrekenprijsmethode, inclusief vergelijkbaarheidsanalyse (waaronder vergelijkbare cijfers van onafhankelijke marktpartijen en eventueel aangebrachte correcties). Ook van belang, vooral met het oog op de looptijd van het DBFM-contract, zijn de kritische veronderstellingen die het voorstel onderbouwen en de uiteenzetting van het effect van veranderingen in die veronderstellingen of andere gebeurtenissen, zoals onverwachte resultaten die invloed kunnen hebben op de geldigheidsduur van het voorstel. Voorbeelden van dergelijke veronderstellingen zijn relevante wijzigingen in wet, beleid of jurisprudentie, (belasting)tarieven, overheidsmaatregelen, economische omstandigheden en marktomstandigheden, uitgeoefende functies, wisselkoersen, rentetarieven, kredietrapporten en kapitaalstructuur.

19.3 Dividendbelasting

Dividendbelasting is een belasting van 25% van de opbrengst van aandelen, winstbewijzen en hybride leningen. Onder opbrengst moet niet alleen dividend worden verstaan, maar ook bijvoorbeeld uitkeringen ter zake van de inkoop van aandelen, liquidatie-opbrengsten en bonusaandelen. Dividendbelasting is enkele keren aan de orde geweest in onderdeel 19.1 over de vennootschapsbelasting. Als de opbrengst van de aandelen e.d. ook onderworpen is aan vennootschapsbelasting, kan de dividendbelasting als voorheffing van de vennootschapsbelasting worden afgetrokken.

De bespreking van de dividendbelasting is onder meer van belang voor de selectie van de ideale rechtsvorm voor de opdrachtnemer. De opdrachtnemer is slechts inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting als zijn rechtsvorm een NV, BV, open CV of andere vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal is. Dus als de opdrachtnemer een VOF of besloten CV is, bijvoorbeeld, zijn haar winstuitdelingen niet onderworpen aan dividendbelasting.

Als de opdrachtnemer inhoudingsplichtig is, moet bij iedere transactie met een aandeelhouder worden nagegaan of bevoordeling van de aandeelhouder als zodanig heeft plaatsgevonden. Als dat zo is, moet de opdrachtnemer dividendbelasting inhouden over het bedrag van de bevoordeling. Daarbij is niet van belang of de aandeelhouder het dividend daadwerkelijk als voordeel ervaart. Er hoeft alleen maar een objectief voordeel te zijn dat van de vennootschap naar de aandeelhouder vloeit.

Winstuitdelingen van de opdrachtnemer kunnen zijn vrijgesteld van dividendbelasting doordat de aandelen in de opdrachtgever bij de deelnemer kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Winstuitdelingen van de opdrachtnemer zullen ook zijn vrijgesteld van dividendbelasting als de deelnemer in een lidstaat van de Europese Unie is gevestigd en de aandelen van de deelnemer in de opdrachtgever voldoen aan de voorwaarden van de EG Moeder-Dochterrichtlijn.⁶⁸ Buitenlandse deelnemers kunnen in aanmerking komen voor een vermindering van dividendbelasting op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

19.4 Loonbelasting, sociale zekerheid en ketenaansprakelijkheid

Ter bestrijding van de veelvuldige fraude met loonbelasting, premie volksverzekeringen en premie werknemersverzekeringen in vooral de bouwwereld, is ketenaansprakelijkheid ingevoerd. Ketenaansprakelijkheid is een hoofdelijke aansprakelijkheid van de aannemer voor de loonbelasting, premie volksverzekeringen en premie werknemersverzekeringen die de onderaannemer en iedere subonderaannemer ter zake van een aangenomen werk verschuldigd is. Voor de toepassing van ketenaansprakelijkheid is de aannemer gedefinieerd als degene die zich jegens een opdrachtgever verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard uit te voeren tegen een bepaalde prijs.

Ketenaansprakelijkheid heeft tot gevolg dat de opdrachtnemer hoofdelijk aansprakelijk is voor de loonbelasting- en premieschulden van de door hem ingeschakelde onderaannemers en hun onderaannemers ter zake van de werkzaamheden door hun werknemers voor het door hen van de opdrachtnemer aangenomen werk. Onder deze werknemers valt niet alleen het direct bij de totstandkoming van het werk betrokken personeel, maar ook personeel dat indirect betrokken is bij het aangenomen werk, zoals de calculator, de werkvoorbereider, uitvoerders en administratieve medewerkers. Verder vallen onder de werknemers waarop de hoofdelijke aansprakelijkheid betrekking heeft, de door onderaannemers ingeleende arbeidskrachten (inleenaansprakelijkheid).

Ketenaansprakelijkheid kan op verschillende manieren worden beperkt. Allereerst kan de opdrachtnemer bij de selectie van onderaannemers vragen om een verklaring over het betalings-

⁶⁸ Richtlijn 90/435/EEG

gedrag aan de ontvanger en het UWV. Hoewel de afgifte van dergelijke verklaring de opdrachtnemer niet vrijwaart van aansprakelijkheid, mag de opdrachtnemer ervan uitgaan dat er geen belasting- of premieschulden van de onderaannemer openstaan als ontvanger of UWV een "schone" verklaring afgeven.

De opdrachtnemer kan zijn aansprakelijkheidsrisico's verkleinen door gebruik te maken van een geblokkeerde rekening (G-rekening). De G-rekening is een rekening van de onderaannemer. Met de op de G-rekening gestorte gelden kan de onderaannemer slechts de ontvanger, de UWV of een subondernemer op diens G-rekening betalen. De onderaannemer moet het saldo van de G-rekening verpanden aan de ontvanger en aan de UWV. De opdrachtnemer en de onderaannemer moeten van tevoren overeenkomen dat de opdrachtnemer het bedrag waarvoor de opdrachtnemer aansprakelijk gesteld kan worden op de G-rekening stort.

Tot slot kan de opdrachtnemer zijn aansprakelijkheidsrisico's verminderen door met de onderaannemer overeen te komen dat de opdrachtnemer het voor belastingen of premie bestemde deel van de onderaanneemsom rechtsreeks overmaakt naar de ontvanger en de UWV. Volgens gepubliceerd beleid, wetsgeschiedenis en rechtspraak moet het rechtsreeks gestorte bedrag in mindering worden gebracht op het bedrag van de aansprakelijkstelling, mits de betaling voldoende gespecificeerd is.

19.5 Kapitaalsbelasting

Kapitaalsbelasting is een eenmalige belasting van in aandelen verdeeld kapitaal in een in Nederland gevestigd lichaam. De opdrachtnemer zal slechts zijn onderworpen aan kapitaalsbelasting als hij de rechtsvorm aanneemt van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, zoals een NV, BV of open CV en voorzover de deelnemers de opdrachtnemer financieren met eigen vermogen in de vorm van aandelenkapitaal, agio en informeel kapitaal (een fiscaal begrip). Achtergestelde leningen en leningen die voor de vennootschapsbelasting als eigen vermogen worden behandeld, vallen niet onder de kapitaalsbelasting. Besloten CVs en VOFs zijn niet onderworpen aan kapitaalsbelasting. Het tarief van de kapitaalsbelasting is 0.55%. De heffingsgrondslag is de waarde van wat de deelnemers inbrengen in de opdrachtnemer of de nominale waarde van de door de opdrachtnemer ter zake van de inbreng uitgegeven aandelen als die waarde hoger is. De kapitaalsbelasting is aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting, wat met zich brengt dat het effectieve tarief van de belasting bij voldoende belastbare winst aanzienlijk lager is dan het nominale tarief van 0.55%. Voor bepaalde situaties waarin in aandelen verdeeld kapitaal wordt bijeengebracht, zoals fusies, splitsingen en interne reorganisaties, gelden vrijstellingen.

19.6 BTW

19.6.1 Algemeen

Wanneer een DBFM-contract wordt gesloten, gaat de opdrachtgever ervan uit dat hij de opdrachtnemer niet betaalt voor het tot stand komen van een object, maar betaalt voor de beschikbaarheid van het werk. Om de BTW-aspecten van de overeenkomst te kunnen vaststellen zijn de volgende vragen van belang.

1. Wat voor prestatie verricht de opdrachtnemer aan de opdrachtgever: een of meerdere prestaties;
2. Verricht de opdrachtnemer een levering of diensten;
3. Als de opdrachtnemer diensten verricht, wat is de aard van de dienst;
4. Wat zijn globaal de BTW-verplichtingen van de opdrachtnemer;
5. Wat voor diensten verrichten de onderaannemers;
6. Op welk tijdstip is BTW verschuldigd;
7. Treedt de opdrachtgever als ondernemer of als overheid op.

In dit onderdeel zullen deze vragen worden behandeld.

19.6.2 Prestaties van opdrachtnemer onder DBFM-contract

Onder een DBFM-contract betaalt de opdrachtgever voor de beschikbaarheid van een object. Hierbij kan aan verschillende zaken worden gedacht, zoals een spoor, een weg, een brug, een overheidsgebouw en een ziekenhuis. De infrastructuur wordt tot stand gebracht door de opdrachtnemer en vervolgens ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever. Gedurende de terbeschikkingstelling dient de opdrachtnemer te zorgen voor het onderhoud van de infrastructuur. Tegelijkertijd is de opdrachtnemer verantwoordelijk voor het functioneren van de infrastructuur, bijvoorbeeld het functioneren van een spoorlijn of facilitaire dienstverlening bij het terbeschikking stellen van een overheidsgebouw. De opdrachtgever betaalt de opdrachtnemer pas vanaf het moment dat de infrastructuur daadwerkelijk ter beschikking wordt gesteld. Er wordt geen afzonderlijke vergoeding betaald voor de verschillende elementen (Design, Build, Finance, Maintain en Operate) van de DBFM-contract, maar één periodieke vergoeding voor de beschikbaarheid.

De vraag is of de verschillende elementen als afzonderlijke prestaties kwalificeren dan wel of sprake is van een samengestelde prestatie waarvan de verschillende elementen onderdeel vormen. Ook zal moeten worden beoordeeld of sprake is van de levering van goederen en/of diensten.

19.6.2.1 Samengestelde prestatie of afzonderlijke prestaties

Elke prestatie moet in de regel als onderscheiden en zelfstandig worden beschouwd. Als echter economisch en maatschappelijk één samengestelde prestatie wordt verleend, mag deze niet kunstmatig in deelprestaties worden gesplitst.

Er is met name sprake van één samengestelde prestatie ingeval één of meerdere elementen de hoofdprestatie te vormen, terwijl één of meer andere elementen moeten worden beschouwd als bijkomende prestaties. De bijkomende prestaties worden in dat geval geabsorbeerd door de hoofdprestatie en delen het BTW-lot van de hoofdprestatie. Een prestatie moet worden beschouwd als bijkomend bij een hoofdprestatie, wanneer die prestatie voor de afnemer geen doel op zich is, maar een middel om de hoofdprestatie van de belastingplichtige zo aantrekkelijk mogelijk te maken. Een splitsing in afzonderlijke prestaties hoeft verder niet plaats te vinden als de verschillende prestaties causaal en functioneel zodanig met elkaar zijn verbonden dat het totaal als één algemene, samengestelde prestatie kan worden beschouwd, een zogenaamde prestatie sui generis.

Het feit dat één prijs in rekening wordt gebracht, kan een aanwijzing zijn dat een prestatie wordt verricht maar is niet doorslaggevend. Wanneer echter de klanten de bedoeling hebben verschillende prestaties te kopen, moet toerekening aan de verschillende elementen plaatsvinden. Daarbij moet de eenvoudigste berekenings- of beoordelingsmethode worden gevolgd.

Voor de beoordeling of bij een DBFM-contract sprake is van samengestelde dan wel afzonderlijke prestaties, kan het element Finance buiten beschouwing worden gelaten. Vanuit BTW-perspectief verricht de opdrachtnemer geen financieringsdienst aan haar opdrachtgever. Voor de overige elementen Design, Build, Maintain en Operate geldt dat deze wel betrekking hebben op de opdrachtnemer en de opdrachtgever.

Vanwege het geïntegreerde karakter ligt het bij een DBFM-contract voor de hand om van één samengestelde prestatie uit te gaan. Bij gebruikmaking van een DBFM-contract is het uitgangspunt van de opdrachtgever dat hij betaalt voor de beschikbaarheid van infrastructuur. De opdrachtgever heeft niet de bedoeling afzonderlijke prestaties (Design, Build, Maintain en Operate) in te kopen, maar een compleet pakket. Ook het feit dat één totaalbedrag wordt betaald voor het ter beschikking stellen van infrastructuur, duidt op het bestaan van een samengestelde prestatie.

De uitgangspositie dat bij een DBFM-contract sprake is van een samengestelde prestatie, is de meest praktische en werkbare benadering vanuit BTW-perspectief. Een periodieke vergoeding zal worden betaald vanaf het moment van ter beschikking stellen van het stuk infrastructuur. Een toerekening aan de afzonderlijke elementen in tijd en belang zal niet eenvoudig te maken zijn.

In de praktijk worden de BTW-gevolgen van een DBFM-contract vooraf met de Belastingdienst afgestemd.

19.6.2.2 Levering van een goed

Wordt onder een DBFM-contract een brug, een gebouw of een spoorlijn gerealiseerd, dan zal een dergelijk project plaatsvinden op gronden en/of opstallen die eigendom zijn van de opdrachtgever. Bij de realisatie van een brug, een spoorlijn of een gebouw ontstaat een nieuw vervaardigde onroerende zaak. Omdat de nieuw onroerende zaak wordt vervaardigd op gronden en/of opstallen van de opdrachtgever, zal de eigendom van de nieuw vervaardigde onroerende zaak door middel van natrekking automatisch overgaan op de opdrachtgever. Voor de BTW is in een dergelijke situatie sprake van een levering in de vorm van een oplevering van een onroerende zaak door degene die de onroerende zaak heeft vervaardigd.

Bij de renovatie/verbouwing van een gebouw moet worden beoordeeld of door middel van die renovatie een nieuw vervaardigde onroerende zaak is ontstaan. Dit is het geval als de functie van het object volgens de in het maatschappelijk verkeer gangbare opvattingen verschilt van de functie die de verstrekte materialen hadden. Onder verstrekte materialen wordt ook begrepen het te verbouwen object. In die situatie is sprake van een (op)levering van een goed.

Renovatie/verbouwingswerkzaamheden die, hoe ingrijpend ook, aan het verstrekte goed uitsluitend de functie teruggeven die het voordien had, leiden niet tot oplevering van nieuw vervaardigde onroerende zaken door de opdrachtnemer aan de opdrachtgever. Als de renovatie/verbouwing niet tot de vervaardiging van een nieuwe onroerende zaak leidt, is er een dienst.

19.6.2.3 Dienst

Wanneer bij een DBFM-contract de beschikbaarheid van infrastructuur niet als een levering kwalificeert, rijst de vraag wat de aard van deze dienst is. Deze vraag is relevant voor het toepasselijke BTW-regime.

Als hoofdregel geldt dat de dienst belastbaar is met BTW. Voor sommige diensten geldt echter een vrijstelling zoals bijvoorbeeld voor de verhuur van onroerende zaken.

De vraag is of de dienstverlening door de opdrachtnemer vanuit BTW-perspectief zou kunnen kwalificeren als de verhuur van onroerende zaken. De BTW kent los van het civiele recht haar eigen verhuurbegrip. Onder verhuur wordt begrepen elke ter beschikking stelling van een onroerende zaak, niet zijnde een levering. In DBFM-contracten wordt in de regel bepaald dat gedurende het gehele project de opdrachtgever (juridisch en economisch) eigenaar van het object blijft, dan wel wordt door middel van natrekking. De opdrachtnemer moet zorg dragen voor de beschikbaarheid van het object, hetgeen wezenlijk iets anders is dan het object ter beschikking stellen. Vanwege het integrale karakter van een DBFM-contract ligt het eerder voor de hand om uit te gaan van een dienst sui generis. Aangezien op deze dienst geen vrijstelling kan worden toegepast is terzake van deze dienst BTW verschuldigd.

19.6.3 BTW positie opdrachtnemer

19.6.3.1 Ondernemerschap

De opdrachtnemer kwalificeert als ondernemer voor de BTW en zal zich als zodanig moeten registreren bij de belastingdienst. Welke rechtsvorm de opdrachtnemer hierbij heeft aangenomen is irrelevant voor de BTW. Elk samenwerkingsverband dat in het maatschappelijk verkeer als entiteit optreedt, kan namelijk als BTW ondernemer kwalificeren. Het maakt hierbij niet uit of de betreffende lichamen voor andere belastingen als transparant worden beschouwd.

Vanaf het moment van het ter beschikking stellen van de infrastructuur zal de opdrachtnemer een vergoeding ontvangen van de opdrachtgever. Over deze vergoeding is BTW verschuldigd naar het normale tarief. Het normale tarief is momenteel 19%.

Vanaf het moment dat vergoedingen worden ontvangen, zal de opdrachtnemer maandelijks BTW aangifte moeten doen. In de voorliggende periode maakt de opdrachtnemer alleen maar kosten. In die periode zal de aangifte resulteren in een terug te vorderen bedrag. In het kader van cash flow management ligt het voor de hand dat de opdrachtnemer met de belastingdienst afstemt dat deze BTW wordt teruggevraagd op maandelijkse basis en dus niet op kwartaalbasis of jaarbasis.

Over tijdvakken vanaf 1 januari 2005 zal de opdrachtnemer (net als andere ondernemers) elektronisch aangifte moeten doen voor de BTW. Voor tijdvakken daarvoor kan door middel van de daarvoor geldende standaardformulieren aangifte worden gedaan.

19.6.3.2 Diensten onderaannemers en andere derden

De opdrachtnemer zal bij de uitvoering van de prestaties gebruik maken van onderaannemers. Voorzover de werkzaamheden van onderaannemers kwalificeren als de uitvoering van een werk van stoffelijke aard dat betrekking heeft op onroerende zaken wordt de zogenaamde verleggingsregeling toegepast. De verleggingsregeling houdt in dat bij onderaanneming en uitleening van personeel de heffing van BTW wordt verlegd van degene die de prestatie verricht, naar de degene die de prestatie afneemt. Dit betekent dat de onderaannemer geen BTW hoeft te berekenen en dat de opdrachtnemer de verschuldigde BTW op aangifte moet voldoen. De opdrachtnemer kan de verschuldigde BTW op dezelfde aangifte als voorbelasting weer in aftrek brengen. De verleggingsregeling geldt niet voor de diensten van derden die geen werk van stoffelijke aard verrichten voor de opdrachtgever. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan juridische dienstverlening.

19.6.3.3 Tijdstip van verschuldigdheid BTW

BTW is in principe verschuldigd op het moment waarop de factuur wordt uitgereikt, of moet worden uitgereikt volgens het zogenaamde factuurstelsel. Een factuur moet worden uitgereikt voor de vijftiende dag na de maand waarin de levering of dienst is verricht. Toepassing van het

factuurstelsel leidt in het geval van een (op)levering ertoe dat de opdrachtnemer BTW moet voldoen aan de belastingdienst op een eerder tijdstip dan dat zij de vergoeding plus BTW ontvangt van de opdrachtgever. Er zou op het moment dat de factuur wordt uitgereikt al BTW moeten worden afgedragen door de opdrachtnemer aan de belastingdienst over de beschikbaarheidsvergoeding die over de gehele looptijd van het contract verschuldigd is. Om dit te voorkomen wordt bij DBFM projecten in de regel gebruik gemaakt van het kasstelsel. Bij toepassing van het kasstelsel is de BTW pas verschuldigd op het moment waarop de opdrachtnemer de vergoeding ontvangt. Voor toepassing van het kasstelsel dient vooraf toestemming te worden gevraagd aan de belastingdienst.

De toepassing van het kasstelsel is overigens alleen mogelijk indien de opdrachtgever de prestaties van de opdrachtnemer afneemt in zijn specifieke rol als overheid, dus als niet-ondernemer voor de BTW. Zou de opdrachtgever wel als ondernemer optreden, dan geldt het factuurstelsel.

19.6.4 Positie van de opdrachtgever

19.6.4.1 Opdrachtgever is geen ondernemer

De opdrachtgever zal in het kader van de publiekprivate samenwerking bij een DBFM-contract in de regel niet als ondernemer voor de BTW optreden. Als gevolg van het niet-ondernemerschap kan de opdrachtgever de door de opdrachtnemer in rekening gebrachte BTW niet terugvragen bij de belastingdienst.

19.6.4.2 BTW-compensatiefonds

Op 1 januari 2003 is het BTW-compensatiefonds in werking getreden. Uit dit fonds kunnen gemeenten, provincies en door regionale openbare lichamen BTW-uitgaven die zij maken in het kader van hun niet-ondernemersactiviteiten hun specifieke publieke taak compenseren. Ministeries komen niet in aanmerking voor een bijdrage uit het BTW-compensatiefonds.

19.6.4.3 Opdrachtgever is ondernemer

Als een publiekrechtelijke rechtspersoon niet optreedt binnen een specifiek voor haar geldend juridisch regime, wordt zij aangemerkt als ondernemer voor de BTW. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een gemeentelijke kredietbank en een gemeentelijk grondbedrijf.

Voorzover een ondernemer, van BTW vrijgestelde activiteiten verricht, is de BTW op kosten niet aftrekbaar. Een dergelijke opdrachtgever wordt ook niet gecompenseerd vanuit het BTW-compensatiefonds voor de niet-aftrekbare BTW op kosten, omdat zij niet als overheid optreedt.

19.6.4.4 Integratieheffing

Dergelijke vrijgesteld presterende opdrachtgevers kunnen in beginsel met de zogenaamde integratieheffing of 3.1.h-heffing geconfronteerd worden bij de oplevering van een nieuw ver-

vaardigde onroerende zaak. De opdrachtgever is dan BTW verschuldigd over de totale voortbrengingskosten van de onroerende zaak. De BTW op de bouwkosten kan dan wel als voorbelasting in aftrek worden gebracht. De integratieheffing is van toepassing als vrijgesteld presterende ondernemers onder "ter beschikkingstelling van stoffen" een goed laten vervaardigen. Onder het begrip stoffen valt ook grond. Deze heffing heeft tot doel concurrentievervalsing te voorkomen. Zonder de 3.1.h. heffing zou het voor ondernemers met vrijgestelde prestaties vanuit BTW-optiek voordeliger zijn om goederen zelf te vervaardigen dan deze te kopen. Voor gemeentelijke ziekenhuizen en bejaardentehuizen bestaat de mogelijkheid om van deze heffing af te zien, mits zij geen aanspraak maken op teruggaaf van BTW. Gemeenten die zich in het kader van openbaar onderwijs bezig houden met het verstrekken van wettelijk geregeld onderwijs worden geacht niet als ondernemer voor de BTW op te treden. Als de gemeente ook ander (van BTW vrijgesteld) onderwijs verstrekt, treedt zij wel als ondernemer op.

19.7 Overdrachtsbelasting

Overdrachtsbelasting wordt geheven terzake van de verkrijging van onroerende zaken die in Nederland zijn gelegen. Er is overdrachtsbelasting verschuldigd zowel terzake van de verkrijging van juridische – als economische eigendom.

Onder een DBFM-contract blijft de opdrachtgever in principe eigenaar van het object/de infrastructuur die zij laat bebouwen of verbouwen: de opdrachtnemer zal dan ook geen overdrachtsbelasting verschuldigd zijn.

Op het moment waarop de infrastructuur beschikbaar wordt voor de opdrachtgever, rijst de vraag of dit leidt tot een verkrijging bij de opdrachtgever die belast is met overdrachtsbelasting. De opdrachtgever wordt juridisch eigenaar door natrekking. Natrekking vormt geen belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting, tenzij

- BTW verschuldigd is ter zake van de oplevering (zie hiervoor onder 6.2.2);
- de opdrachtgever de BTW niet kan aftrekken, en
- de vergoeding (inclusief BTW) minder bedraagt dan de waarde.

De waarde wordt tenminste gesteld op de kostprijs van de onroerende zaak, met inbegrip van de BTW, zoals die zou ontstaan als een onafhankelijke derde de onroerende zaak zou voortbrengen. In de praktijk zal bij DBFM-contracten overdrachtsbelasting bij natrekking niet aan de orde zijn, omdat de vergoeding (inclusief BTW) minimaal gelijk zal zijn aan de waarde.

Er zal in principe evenmin sprake zijn van heffing ter zake van de verkrijging van economische eigendom bij de opdrachtgever. In het kader van een DBFM-contract zal in de regel geen overdracht van de economische eigendom plaatsvinden door de opdrachtnemer aan de opdrachtgever. Weliswaar kan afgesproken worden dat de opdrachtnemer bepaalde verzekering

gen afsluit, echter dit impliceert op zichzelf niet dat op enig moment bij de opdrachtnemer enig risico van waardeverandering toekomt. Het uitgangspunt van partijen zal zijn dat dit risico te allen tijde bij de opdrachtgever zal liggen. Als dit gereflecteerd wordt in de overeenkomst en de feitelijke situatie hier niet van afwijkt, zal voor de heffing van overdrachtsbelasting de economische eigendom van het object op geen enkel moment berusten bij de opdrachtnemer en daarmee is het uitgesloten dat een verkrijging kan plaatsvinden bij de opdrachtgever.

Belangenoverzicht

Resumé

De rechtsvorm van de opdrachtnemer is o.a. van belang voor de daaraan verbonden fiscale gevolgen. Verder is een fiscale kwalificatie van een DBFM-project (voorraad, onderhanden werk, bedrijfsmiddel of transitorische post) relevant voor het vaststellen van de omvang van de winst en het tijdstip van winstneming. Voor de BTW-heffing is o.a. van belang vast te stellen of er sprake is van één of van meerdere prestaties en wat het tijdstip is waarop BTW is verschuldigd. Aangezien DBFM-contracten onderling inhoudelijke verschillen vertonen, is er niet één fiscaal standpunt dat voor alle DBFM-contracten geldt.

Opdrachtnemers, sponsors, financiers en opdrachtgevers hebben evenwel belang bij voorafgaande duidelijkheid over de fiscale aspecten van een DBFM-contract. In de eerste plaats vormen belastingen een kostenpost die samen met de andere kostenposten begroot moet kunnen worden. In de tweede plaats vormen belastingen een uitgave waarvoor liquide middelen beschikbaar moeten worden gemaakt uit de cashflow. Ten slotte voorkomt voorafgaande duidelijkheid geschillen met de Belastingdienst.

Voorafgaande duidelijkheid aangaande de fiscale gevolgen van een DBFM-contract valt uiteen in enerzijds duidelijkheid betreffende de fiscale behandeling van een project en de betrokkenen en anderzijds duidelijkheid betreffende de zakelijkheid van de voorwaarden waaronder de opdrachtnemer in het kader van het project transacties aangaat met gelieerde partijen. Meer duidelijkheid betreffende de fiscale behandeling van een DBFM-project kan worden verkregen door vooroverleg met het Team Grote Bouwprojecten Nederland (Belastingdienst Rijnmond, kantoor Rotterdam).

Hoofdstuk 20. Literatuurlijst

Berg, E.J. van, *Internationale aanbestedingsregelingen en soorten van aannemingscontracten*, BR 1986, p. 263-268

CEPA, *Contract issues and Financing in PPP/PFI (Do we Need the 'F' in 'DBFO' Projects?)*, Cambridge, 2004.

Combinatie Fluor/BAM/Boskalis/Twynstra Gudde, *pps-contractering: een goed begin is het halve werk*, Amersfoort, 2004.

Commission on European Contract Law, *The principles of European Contract Law parts I and II*, Kluwer Law International, Den Haag, 1999.

Demoet, B. en G. Jurgens, "Kostenbeheersing door publiek-publieke samenwerking", In: *PPS, Onafhankelijk magazine voor Publiek-Private Samenwerking*, p. 25, jaargang 3, nummer 6, 2003.

Europese Commissie, DG Regional Policy, *Resource Book on PPP Case Studies*, Brussel, 2004.

Ham, J.C. van en J.F.M. Koppenjan, "Investments in Infrastructure: The Role of Public and Private Parties in Port Projects", (14 pp), 5th International Conference on Technology, Policy and Innovation, 27-29 June 2001, Den Haag.

H.M. Treasury, "Standardisation of PFI contracts", versie 3, April 2004.

Jacobs, A, "PFI (2): Step-in rights", In: *PPS, Onafhankelijk magazine voor Publiek-Private Samenwerking*, p. 22-23, jaargang 4, nummer 1, 2004.

Ministerie van Financiën, Kenniscentrum PPS, diverse publicaties (website: pps.minfin.nl), waaronder *DBFM, sturing door prikkels*, Den Haag, 2003 alsmede *Financiële structurering van pps-projecten*, Den Haag, 1999.

Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Theorie en Voorbeeldgids, Deel 2, Praktische handleiding voor projectleiders*, Den Haag, 2002.

Nevitt, Peter K. and Frank J. Fabozzi: *Project Financing, Seventh Edition*, Euromoney Books, Londen, 2000.

Petit, C.H.N.M., *Infrastructurele en combinatieprojecten: ruimtelijke ordening, aanbesteding en contractvorm*, BR 2003, p. 1-7

Uncitral, *Uncitral Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, United Nations, New York, 2004, www.uncitral.org.

Werven, D.E. van, *Geïntegreerde contracten vanuit Nederlands perspectief*, BR 2002, p. 384-389

Wilde Sapte, *Project Finance, The guide to financing build-operate-transfer project, uses in PPP*, Euromoney Books, Londen, 1997.

Dankwoord

Namens het Kenniscentrum PPS danken wij allen die betrokken zijn geweest bij het totstandkomingsproces van de eerste versie van dit handboek. Wij denken hierbij in het bijzonder aan de auteurs die deze lastige opgave op professionele wijze hebben ingevuld. Daarnaast hebben personen werkzaam in de publieke en private sector veel tijd geïnvesteerd in het lezen en commentariëren van eerdere concepten. Deze personen zijn wij hiervoor bijzonder erkentelijk nu door de hieruit voortvloeiende aanvullingen het begrip voor de standpunten van alle relevante partijen kan toenemen, hetgeen toekomstige projecten zeker ten goede zal komen.

Zeer veel dank aan allen!

Remco van der Horst en Pieter van Marken
Kenniscentrum PPS, ministerie van Financiën, Den Haag

Colofon

Het DBFM-Handboek van januari 2008 is een ongewijzigde heruitgave van de eerste versie van april 2005. Het handboek is in 2005 onder de verantwoordelijkheid van het Kenniscentrum PPS, onderdeel van het ministerie van Financiën, tot stand gekomen. Aan de inhoud van dit handboek kunnen geen rechten worden ontleend. Het ministerie van Financiën is niet aansprakelijk voor drukfouten en/of onvolledigheden in de tekst. Alle intellectuele eigendomsrechten behoren toe aan het ministerie van Financiën.

Interdepartementaal programma "Pps bij het Rijk"

P/a ministerie van Financiën

PPS & Assetmanagement

Postbus 20201

2500 EE Den Haag

Versie 2, januari 2008



Defensie



ministerie van Financiën

Ministerie van Verkeer en Waterstaat



Rijkswaterstaat

VROM



Rijksgebouwendienst