

TBR 2010/164

PPS-light: voordelen van DBFM(O) ook haalbaar voor kleine(re) projecten?

Mr. ir. M.B. Klijn¹

1. Inleiding

Sinds het eind van de vorige eeuw worden in Nederland DBFM(O)²-projecten uitgevoerd. De ervaringen die sindsdien met deze contractvorm zijn opgedaan, zijn overwegend positief. Volgens de recent verschenen DBFM(O) Voortgangsrapportage 2010 tonen de ervaringen binnen Nederland in de afgelopen tien jaar aan dat DBFM(O) heeft geleid tot significante efficiencywinst en betere projectbeheersing.³

Tot dusverre zijn nagenoeg alle DBFM(O)-projecten uitgevoerd op rijksniveau. Rijkswaterstaat, VROM (de Rijksgebouwendienst) en Defensie zijn daarbij de opdrachtgevers. Op decentraal niveau komt DBFM(O) nog steeds niet echt op gang. Dit ondanks de stimulansen die reeds sinds enige tijd vanuit het Rijk plaatsvinden.⁴

Dit heeft verschillende oorzaken.⁵ In de eerste plaats is sprake van onbekendheid met (de meerwaarde van) DBFM(O). Ook wordt koudwatervrees als één van de redenen gezien. De voornaamste oorzaak is echter dat regionale en lokale projecten

in de meeste gevallen simpelweg te klein zijn. De voordelen die behaald zouden kunnen worden, wegen veelal niet op tegen de hoge transactiekosten. Hierdoor kan geen 'value for money' worden behaald. Niet voor niets hanteert Rijkswaterstaat bij infrastructuurprojecten een contractwaarde van € 60 miljoen als ondergrens voor het uitvoeren van de meerwaardetoets.⁶ De decentrale overheden⁷ hebben zich daarbij aangesloten.⁸ Voor DBFM(O)-projecten hanteert de Rijksgebouwendienst een ondergrens van € 25 miljoen.

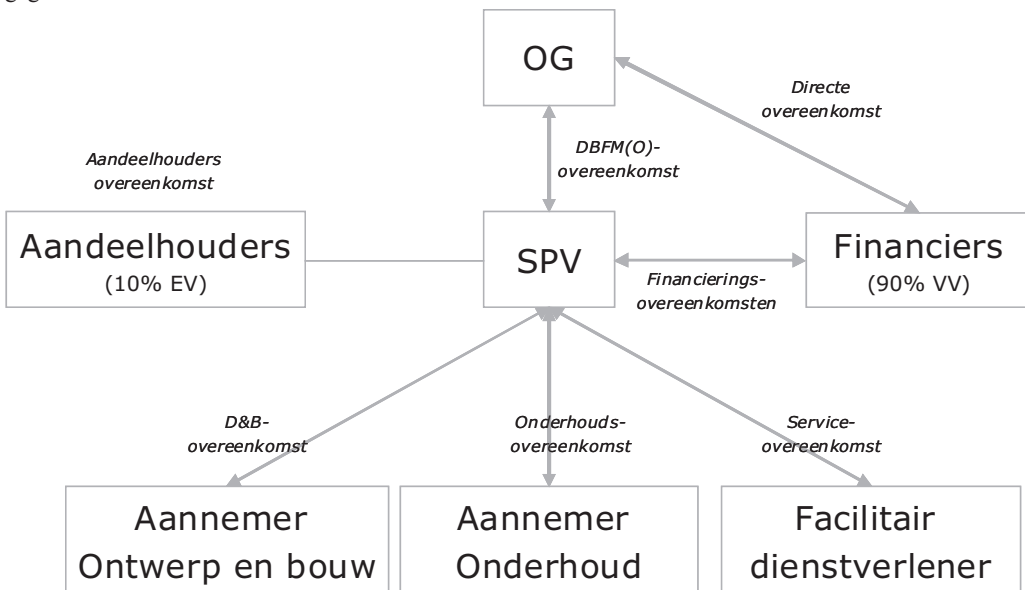
Hoewel voor een aantal geplande regionale projecten DBFM mogelijk toepasbaar is⁹, zullen veel regionale en vrijwel alle lokale projecten niet aan deze bedragen komen. Betekent dit dat de voordelen van DBFM(O) voor al die talloze projecten waarvan de waarde (net) onder deze drempels ligt onbereikbaar zijn? Voor sommige zal dat vermoedelijk inderdaad het geval zijn. Voor andere projecten zeer zeker niet. Dit is in belangrijke mate afhankelijk van de karakteristieken van het project en de opdrachtgever in kwestie. Deze zullen hieronder nader aan bod komen. Voor een goed begrip van de (on)mogelijkheden van DBFM(O)-light worden eerst op hoofd-

- 1 Michel Klijn is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam. Dit artikel is mede tot stand gekomen op basis van diverse gesprekken met opdrachtgevers, bouwers, adviseurs en financiers.
- 2 DBFMO staat voor *Design, Build, Finance, Maintain en Operate*. De contractvorm houdt kort gezegd in dat de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor de bouw en het ontwerp alsmede - gedurende een periode van ca. 15-25 jaar - voor het beheer, onderhoud en de exploitatie van het object. Daarnaast dient hij ook te zorgen voor de financiering van het project.
- 3 *DBFM(O) Voortgangsrapportage 2010*, ministerie van Financiën, p. 4. Zie ook het rapport 'Op de goede weg en het juiste spoor' van de Commissie 'Private Financiering van Infrastructuur', mei 2008, p. 32. Minder positief verliepen de Wijkertunnel en de Tunnel onder de Noord. Beide projecten betroffen schaduwtol (een vergoeding door de opdrachtgever per gepasseerde auto), waarbij het aantal auto's veel te laag was ingeschat. Hierdoor vielen de kosten voor de opdrachtgever veel hoger uit dan vooraf was begroot.
- 4 Denk hierbij aan de oprichting van het Servicecentrum Scholenbouw en de aangeboden ondersteuning bij pilotprojecten. Voor dit laatste was weinig animo. Zie bijvoorbeeld: 'Laatste poging tot vinden dbfm-projecten in de regio', *Cobouw* 13 november 2009.
- 5 *DBFM(O) Voortgangsrapportage 2010*, p. 9; Brief van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer, betreft: 'DBFM bij decentrale overheden', d.d. 14 juli 2009.
- 6 De meerwaarde van toepassing van DBFM(O) bij projecten wordt getoetst door de Public Private Comparator (PPC). De PPC is een instrument dat inzicht geeft in de mogelijke financiële meerwaarde van een PPS-uitvoering ten opzichte een traditionele aanpak.
- 7 Althans het Interprovinciaal Overleg (IPO), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), de G4 (Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht) en het SkVV (samenwerking van de zeven stadsregio's in het kader van verkeer en vervoer).
- 8 Brief van de Minister van Financiën d.d. 14 juli 2009 (noot 5).
- 9 Het betreft enkele tientallen projecten met een gemiddelde omvang van € 200 miljoen en meer dan 20 projecten met een gemiddelde omvang van € 350 miljoen waarbij de stadsregio's zijn betrokken. In beide gevallen betreft het wegen en openbaar vervoer. Zie de brief van de Minister d.d. 14 juli 2009 (noot 5).

lijnen de voornaamste kenmerken van DBFM(O) uiteengezet.¹⁰

2. Hoe werkt een 'normaal' DBFM(O)-contract?

Bij een DBFM-contract (*Design, Build, Finance and Maintain*) is de opdrachtnemer, meestal een SPV¹¹, jegens de opdrachtgever verantwoordelijk voor het ontwerp, de bouw, de financiering en het beheer en onderhoud van het desbetreffende object. Bij DBFM(O), dat veelal betrekking heeft op gebouwen¹², komt daar nog dienstverlening bij (*Operate*).¹³ De verantwoordelijkheid voor (de relaties tussen) al deze elementen ligt bij de SPV. Deze structuur is schematisch in de volgende figuur weergegeven.



periode waarin hij voor het onderhoud verantwoordelijk is. De totale kosten over de volledige looptijd van het contract zullen daardoor over het algemeen lager uit (kunnen) vallen dan bij een traditionele contractstructuur. Daarnaast heeft de opdrachtgever profijt van de belangrijke rol die (externe) financiers hebben bij DBFM(O). In ruil voor hun vermogensverschaffing eisen zij een vergaand toezicht op het project, zowel tijdens de aanbesteding en contractvorming als tijdens de uitvoering. In aanvulling op het toezicht van de opdrachtgever geldt deze 'tucht van de banken' als een extra waarborg voor een deugdelijke uitvoering van de overeenkomst door de SPV.

Financiering vanuit de markt¹⁵ betekent dat de SPV op het moment van de oplevering van het

Voor de opdrachtgever heeft dit als voordeel dat de SPV de zogeheten 'interfacierisico's'¹⁴ draagt. Een ander pluspunt van deze contractvorm vloeit voort uit de (economische) levensduurbenadering. Zo zal de SPV bij zijn ontwerp onder meer rekening houden met de onderhoudskosten over de gehele

object over het algemeen nog niets vergoed heeft gekregen. De opdrachtsom wordt pas betaald na de oplevering, periodiek verspreid over de gehele periode dat de SPV het object dient te beheren en te exploiteren.¹⁶ Dit geschiedt in de vorm van de zogeheten beschikbaarheidsvergoeding, waarvan de

10 Zie meer uitgebreid over dit onderwerp onder meer: J.H.W. Koster, 'Publiek-private samenwerking bij aanleg van infrastructuur werken - Het DBFM-contract: the heart of the matter', *MvV* juli/augustus 2005, p. 126 e.v.; A.G.J. van Wassenaer, 'PPS-projecten en de kredietcrisis: reddingsvesten aan', *TBR* 2009/45, p. 13.

11 De persoon van de opdrachtnemer is veelal een Special Purpose Vehicle (SPV), een projectvennootschap die speciaal voor het project in kwestie is opgericht. Voor de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden schakelt de SPV onderopdrachtnemers in. Dit zijn veelal dezelfde partijen als de aandeelhouders van de SPV of daaraan gelieerde vennootschappen.

12 Zoals gevangenissen, musea, kantoorgebouwen, zorginstellingen en scholen.

13 Denk hierbij bijvoorbeeld aan catering, beveiliging, schoonmaak en/of bediening van installaties.

14 Dit zijn risico's die samenhangen met de afstemming tussen de disciplines *Design, Build, Finance, Maintain* en *Operate*.

15 De financiering wordt vaak voor een klein deel door de aandeelhouders van de SPV verschaft (ca. 10%) en het resterende deel door externe financiers, meestal (een consortium van) banken.

16 Ten behoeve van een betere financierbaarheid van het project door de markt wordt er soms voor gekozen reeds bij de oplevering een (beperkt) deel van de totale contractsom te betalen.

hoogte afhangt van de prestaties van de SPV in de exploitatiefase.

De (externe) financiers zijn voor de terugbetaling van hun lening nagenoeg volledig afhankelijk van de vergoedingen die de opdrachtgever tijdens de looptijd aan de SPV betaalt. Daarbij is van belang dat geen onroerend goed aanwezig is dat als zekerheid voor de financiers kan dienen. De opdrachtgever wenst doorgaans zelf de eigendom te behouden van het object in kwestie. Dit is evident bij infrastructuurobjecten, maar ook bij de gebouwen-PPS is dit vrijwel zonder uitzondering het geval. Zekerheid voor de financiers zal dus uit een andere hoek moeten komen. Zij wensen ter waarborg van de betaling van de vergoedingen zo veel mogelijk risico's voor de SPV (en daarmee ook voor henzelf) uit te sluiten. Dit gebeurt op verschillende manieren. In de eerste plaats hebben de financiers een grote bemoeienis tijdens de aanbestedingsprocedure en de contractvorming die daarbinnen (en daarna) plaatsvindt. Zij zien erop toe dat risico's ofwel worden weggelegd bij de opdrachtgever, ofwel bij de onderopdrachtnemers van de SPV, ofwel anderszins worden afgedekt (bijvoorbeeld door deze te verzekeren). Daarnaast sluiten de financiers een zogenaamde directe overeenkomst¹⁷ met zowel de SPV als de opdrachtgever (en eventueel andere betrokken partijen). Op deze wijze kunnen de financiers nauw toezicht uitoefenen op het project, teneinde zo een constante inkomstenstroom zoveel mogelijk zeker te stellen.¹⁸ Tevens worden in de directe overeenkomst zogeheten *step-in* rechten bedongen die de financiers de mogelijkheid geven onder bepaalde (extreme) omstandigheden op de stoel van de SPV te gaan zitten en het contract (tijdelijk) over te nemen.

De grote en invloedrijke rol van de financiers tijdens de aanbesteding en de fase daarna (*contract close* en *financial close*) draagt in belangrijke mate bij aan de hoge transactiekosten die met een DBFM(O)-aanbesteding gepaard gaan. Dit verklaart waarom alleen bij projecten vanaf een zekere kritieke omvang wordt onderzocht of deze eventueel geschikt zouden zijn voor deze contractvorm.¹⁹

PPS-light, of liever gezegd DBFM(O)-light, biedt mogelijkheden om (deels) dezelfde voordelen te behalen als met de 'klassieke' DBFM(O). Daarvoor is een wezenlijk andere contractbenadering vereist.

3. DBFM(O)-light

Zoals uit het voorgaande blijkt, is het met name de rol van de financiers - als gevolg van de zekerheden die zij zoeken - die de 'klassieke' DBFM(O) zo *heavy* maakt. DBFM(O)-light daarentegen is een 'lichtere' samenwerkingsvorm dan DBFM(O), waarbij de rol van de financiers aanmerkelijk geringer is. Hierdoor worden een kortere aanbestedingsperiode en een eenvoudiger contractstructuur haalbaar. De transactiekosten zullen hierdoor lager kunnen zijn. Niettemin kent DBFM(O)-light in belangrijke mate dezelfde voordelen als DBFM(O). Hiervoor is het noodzakelijk om andere, eenvoudiger vormen van zekerheid te vinden. Hieronder worden hiertoe enkele mogelijkheden beschreven.

3.1 Gegarandeerde vergoeding

In de eerste plaats zou gedacht kunnen worden aan een gegarandeerde vergoeding.²⁰ Dit wil zeggen dat de opdrachtgever een deel van de periodieke beschikbaarheidsvergoeding gegarandeerd - ongeacht de prestaties van de opdrachtnemer tijdens de exploitatiefase - aan de opdrachtnemer zal vergoeden. Teneinde maximale zekerheid aan de financier te verschaffen, zal dit bedrag minimaal de hoogte van de kapitaallasten²¹ dienen te bedragen. Door deze 'kasstroomgarantie' is in ieder geval gewaarborgd dat de opdrachtnemer voldoende middelen ontvangt om aan de financier periodiek de kapitaallasten te kunnen voldoen.²² Het presteren van de opdrachtnemer is daarop niet van invloed. Dit betekent dat uitgebreide *due diligence* onderzoeken en andere zaken om de projectrisico's voor de SPV (en daarmee voor de financier) zoveel mogelijk uit te sluiten niet meer, of slechts nog in beperkte mate, nodig zijn.²³ Voor bijzondere gevallen als faillissement van de opdrachtnemer en voortijdige beëindiging van het DBFM(O)-contract dienen uiteraard wel voorzieningen te worden getroffen.²⁴

17 Zie meer over dit onderwerp: W.J. van den Berg, 'Directe overeenkomsten in projectfinanciering', *Vennootschap en Onderneming*, 2009, nr. 5, p. 106-108.

18 De financiële armlslag van de opdrachtgever is voor de financiers overigens ook van groot belang. Nu de rijksoverheid vrijwel altijd opdrachtgever is, zorgt dit aspect in de praktijk niet voor problemen.

19 Door middel van de eerder genoemde Public Private Comparator (PPC).

20 Het begrip Gegarandeerde Vergoeding wordt ook gehanteerd in de model DBFM(O)-overeenkomst van de Rijksgebouwendienst en Rijkswaterstaat. Daarin is deze evenwel 'slechts' als optie opgenomen (hetgeen binnen de systematiek van dat model niet onlogisch is).

21 Rente en aflossing op de door de financier gedane investeringen.

22 Het recht op deze gegarandeerde vergoeding zou kunnen worden verpand aan de financier.

23 Inherent hieraan is dat de 'tucht van de banken' als voordeel voor de opdrachtgever in belangrijke mate verdwijnt.

24 Bijvoorbeeld voor het geval de opdrachtgever de overeenkomst wenst te beëindigen op grond van (schromelijk) tekortschieten zijdens de opdrachtnemer.

Bedacht moet worden dat de beschikbaarheidsvergoeding een belangrijke incentive vormt voor de opdrachtnemer om zijn verplichtingen deugdelijk na te komen. Naarmate een groter deel van de beschikbaarheidsvergoeding gegarandeerd wordt, wordt deze incentive kleiner. De gegarandeerde vergoeding dient daarom niet (veel) hoger te zijn dan nodig is om de kapitaallasten te kunnen voldoen.

3.2 Aanvullende garantie

De solvabiliteit van de opdrachtgever blijft hoe dan ook van groot belang. Die zal immers moeten zorgen voor een ongestoorde betaling van de gegarandeerde vergoeding. We mogen aannemen dat de (Nederlandse) overheid ook in deze tijden nog altijd 'goed is voor haar geld'. Dit geldt echter niet zonder meer in die gevallen waarin de opdrachtgever geen overheid, maar semi-publiek of zelfs privaat van aard is. Zo geldt voor zorginstellingen sinds de afschaffing van het bouwregime dat de vergoeding van de kapitaallasten niet langer door de overheid wordt gegarandeerd. Dit betekent bij financiering aan zorginstellingen voor financiers een verhoogd risicoprofiel ten opzichte van enkele jaren geleden.²⁵ Afhankelijk van de uitkomsten van de solvabiliteitstoets, zal de financierer mogelijk extra waarborgen eisen, zoals bijvoorbeeld een overheid die voor de opdrachtgever borg staat. Er zijn praktijkgevallen bekend waar dit ook al gebeurt.²⁶

3.3 Eigendomsoverdracht

In sommige gevallen zal de opdrachtgever niet (per se) de eigendom van het vastgoedobject willen behouden. Uit de praktijk blijkt dat de opdrachtgever soms zelfs eigendomsoverdracht van het object aan de opdrachtnemer als voorwaarde stelt.²⁷

De optie van een dergelijke overdracht schept extra mogelijkheden voor wat betreft de financierbaarheid van het object in kwestie. Dit kan bijvoorbeeld van pas komen indien een gegarandeerde vergoeding naar het oordeel van de betrokken financier(s) niet of niet voldoende zekerheid biedt. Afhankelijk van het project zou in aanvulling op de gegarandeerde

vergoeding (of misschien zelfs wel in de plaats daarvan) de eigendomsoverdracht van het desbetreffende object uitkomst kunnen bieden.²⁸

Het contract zou in dat geval als een DBFM(O)T-light-contract kunnen worden aangemerkt, waarbij de T staat voor *Transfer*. Deze vorm zal uitsluitend interessant zijn indien het object als min of meer courant heeft te gelden. Voor infrastructuurprojecten zal dit dus geen uitkomst kunnen bieden.²⁹ Vastgoedobjecten hebben daarentegen een zekere waarde in het maatschappelijk economisch verkeer, die voor de opdrachtnemer c.q. de financier als zekerheid kan dienen. Het ene vastgoedobject zal in dit verband meer mogelijkheden bieden dan het andere. Een kantoorgebouw is bijvoorbeeld meer courant dan een zwembad. Ook aspecten als de locatie van het object en eventuele mogelijkheden tot herontwikkeling zijn hierop van invloed. Hoe couranter het object, des te beter het financierbaar zal zijn door de markt.

De opdrachtnemer zal, indien hij een bouwer/ontwikkelaar is, het object mogelijk willen doorverkopen aan bijvoorbeeld een belegger. De belegger zal het object vermoedelijk op haar beurt verhypothekeren teneinde vreemd vermogen aan te kunnen trekken, nodig voor de aankoop van het object. Ook is denkbaar dat de persoon van de opdrachtnemer zelf een belegger is. In beide gevallen zal de belegger, wanneer het object zijn eigendom is geworden, de mogelijkheid willen hebben het object te verhandelen. Verhandelbaarheid van vastgoed(portefeuilles) is voor beleggers veelal essentieel. De opdrachtgever dient bezwaring en vervreemding van het object dus niet onmogelijk te maken.

Met de koopprijs die de belegger aan de opdrachtnemer betaalt, kan deze de lening (plus rente) terugbetalen die de opdrachtnemer voor de bouw van het object met een bank zal zijn aangegaan. Van de (gegarandeerde) vergoedingen die de opdrachtnemer van de opdrachtgever ontvangt tijdens de exploitatiefase, kan hij vervolgens de kapitaallasten voldoen aan de belegger. De belegger op zijn beurt

25 Zie over zorginstellingen in dit verband: 'Integraal bouwen, beheren en bekostigen, rapport over de voor- en nadelen van geïntegreerd contracteren (DBFMO) van zorgvastgoedontwikkeling', TNO, 034-UTC-2010-00006.

26 Bij is onder meer het geval bij het project PPS Campus Internationale School Eindhoven (ISE), waarvan de aanbesteding thans gaande is. De opdrachtgever, ISE, is een samenvoeging van Regional International School (RIS) voor het primair onderwijs en International Secondary School Eindhoven (ISSE) voor het voortgezet onderwijs. De gemeente Eindhoven staat naar verluidt garant voor de (betalings)verplichtingen van ISE.

27 Dat was bijvoorbeeld het geval bij het DBFMO-project Zorgacademie Parkstad Limburg.

28 Bij het vormgeven van deze eigendomsoverdracht moet rekening worden gehouden met het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW). De rechtshandeling van partijen dient te strekken tot 'werkelijke overdracht'. Derhalve moet beoogd worden het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt (zie onder meer: HR 19 mei 1995, NJ 1996/119 (*Sogelease*), r.ov. 3.4.3.). Zie ook: A.F.M. Dorresteyn e.a., 'Vijf jaar nieuw BW - De betekenis van het fiduciaverbod voor de financieringspraktijk', Deventer: Kluwer 1998, p. 5 e.v.

29 Van DBFMT zal in veel gevallen vermoedelijk geen sprake zijn, omdat DBFM meestal infrastructuurprojecten betreft en infrastructuur in de regel in eigendom blijft van de opdrachtgever.

kan daarmee zijn betalingsverplichtingen aan zijn eventuele financier(s) voldoen.

Als de opdrachtgever zelf eigenaar van het object wil blijven is deze vorm van (additionele) zekerheid niet mogelijk. In die situatie kan wellicht worden gedacht aan het vestigen van een derdenhypotheek. Dit houdt in dat de opdrachtgever een hypotheek op het object verschaft ten faveure van de financier.

Bedacht moet worden dat aan onroerendgoedtransacties fiscale gevolgen (kunnen) kleven. Uiteraard dienen de financiële gevolgen daarvan mee te worden gewogen bij de vraag of al dan niet wordt gekozen voor toepassing van DBFMOT-light en, zo ja, voor welke vorm van zekerheidsverstrekking wordt gekozen. Uitgebreide fiscale beschouwingen gaan echter buiten het bestek van dit artikel.

3.4 Exit-risico

In het geval van toepassing van DBFM(O)T kan mogelijk extra zekerheid gevonden worden in een koopgarantie van de opdrachtgever na afloop van het contract, tegen een vooraf bepaalde prijs dan wel op basis van vooraf bepaalde uitgangspunten. Hiermee wordt het risico bij de opdrachtnemer weggenomen dat hij aan het einde van de looptijd geen koper of nieuwe gebruiker weet te vinden (of zulks uitsluitend op basis van ongunstige voorwaarden) en heeft de opdrachtgever de zekerheid van overname aan het eind van de looptijd van het contract tegen een vooraf bepaalde prijs.³⁰

3.5 Variant 'Eelde'

Voor die gevallen waarin (volledige) private financiering niet mogelijk of wenselijk is, maar de opdrachtgever toch een aantal van de DBFM(O)-voordelen wil benutten, kan wellicht de zogeheten 'Eelde'-variant uitkomst bieden. Bij deze variant, die bij het project Baanverlenging Groningen Airport Eelde thans wordt toegepast, bedraagt de omvang van de financiering door de opdrachtnemer 'slechts' zo'n 20 tot 30 procent van de opdrachtsom (afhankelijk van de omvang van de opdracht).³¹ Het

leeuwendeel van de opdrachtsom (70 tot 80 procent) zal op het moment van oplevering, al dan niet in termijnen, door de opdrachtgever zijn betaald. Het door de opdrachtnemer gefinancierde bedrag kan vanaf dat moment tijdens de onderhoud- en beheerfase worden terugverdiend door middel van beschikbaarheidsvergoedingen, vergelijkbaar aan de manier waarop dat gebeurt bij de 'klassieke' DBFM(O).

De variant 'Eelde' is wellicht geschikt indien de (voor)financiering in verhouding tot de totale opdrachtsom voor de opdrachtnemer nog enigszins substantieel is. Er moet namelijk voldoende prikkel zijn om reeds in de ontwerpfaserekening te houden met het beheer en onderhoud in de toekomst en om de beheer- en onderhoudswerkzaamheden naar behoren uit te voeren. Anderzijds, naarmate het aandeel van de behoefte van het eigen vermogen in absolute zin (nog) groter wordt, zullen er minder partijen in de markt te vinden zijn die bereid en in staat zijn een dergelijke voorfinanciering te dragen. Dit zou de concurrentie op enig moment meer dan wenselijk is, kunnen beperken.³²

4. Contractmodel

4.1 Het rijksmodel DBFM(O)

De vraag is of er thans contractmodellen bestaan die geschikt zouden zijn voor toepassing van DBFM(O)-light. De DBFM(O)-modellen die vanuit de rijksoverheid zijn opgesteld³³ komen van oorsprong uit de Angelsaksische rechtscultuur en vertonen daar nog steeds sterk de karakteristieken van. Deze contracten zijn bijna volledig 'dichtgetimmerd'; weinig wordt overgelaten aan de open normen uit het Nederlandse rechtssysteem.³⁴ Dit zal vermoedelijk ook in de toekomst zo blijven gezien de vereiste internationale financiering bij (zeer) grote projecten. Deze financiering geschiedt vaak op basis van internationale (Angelsaksische) standaarden, hetgeen de contracten behoorlijk complex maakt.

30 Indien de overname van het object aan het einde van de looptijd van het contract op voorhand vaststaat, dient bijzondere aandacht voor het fiduciaverbod te bestaan.

31 Een groter aandeel is bij grotere projecten mogelijk lastig te financieren vanuit het eigen vermogen.

32 De geraamde waarde van het project Baanverlenging Groningen Airport Eelde is ca. € 20 miljoen. Volgens de huidige plannen dient hiervan ca. 20% door de opdrachtnemer te worden gefinancierd. De onderhoudstermijn bedraagt 10 jaar. In deze periode zal de opdrachtnemer een periodieke beschikbaarheidsvergoeding ontvangen. Deze vergoeding zal worden gekort in geval van afsluitingen van de landingsbaan (vanwege onderhoud of anderszins) en bij het achterblijven door de opdrachtnemer bij de gestelde prestatie-eisen. Zie ook: 'DBFM Light: sturen op beschikbaarheid', d.d. 28 juni 2010 <http://www.ppsbijhetrijk.nl/Actueel/Nieuws/2010/06/DBFM_Light_sturen_op_beschikbaarheid>.

33 Model DBFMO Overeenkomst RGD/Defensie d.d. 16 juli 2009 en DBFM Overeenkomst Rijkswaterstaat Standaard 2.0, 30 juli 2009.

34 Denk hierbij aan ingekaderde begrippen als Geval van Overmacht, Geval van Vergoeding, Tekortkoming Opdrachtgever en Tekortkoming Opdrachtnemer.

Anders dan Rijkswaterstaat, VROM en Defensie zullen lagere overheden en semi-publieke instellingen niet of nauwelijks ervaring hebben met de DBFM(O)-systematiek overeenkomstig de door deze ministeries ontwikkelde modellen. Gezien de vormen van zekerheid (een kasstroomgarantie al of niet in combinatie met andere vormen) is het echter de vraag of het rijksmodel wel nodig is. Ingewikkelde regelingen met betrekking tot bijvoorbeeld *financial close*, herfinanciering, *step-in* rechten en een directe overeenkomst zullen dan in beginsel niet noodzakelijk zijn.³⁵

Voor andere onderwerpen die vanzelfsprekend wel geregeld moeten worden, zoals ontwerp-, bouw- en onderhoudsverplichtingen, aansprakelijkheid, kwaliteitsborging, voortijdige beëindiging, wijzigingen en intellectueel eigendom, is er geen afhankelijkheid van de DBFM(O)-standaard. Al deze zaken worden ook geregeld in meer traditionele overeenkomsten, die veel bekender zijn bij decentrale overheden, alsook bij middelgrote (bouw)bedrijven. Dit laatste maakt deelname aan aanbestedingen voor een grotere groep geïnteresseerden mogelijk, hetgeen de concurrentie bevordert. Een combinatie van dergelijke overeenkomsten zou mijns inziens daarom zonder meer geschikt kunnen zijn voor toepassing bij kleinere projecten.

4.2 Modulaire opbouw

Deze combinatie zou allereerst kunnen bestaan uit een *Design&Build*-overeenkomst, bijvoorbeeld gebaseerd op de UAV-GC 2005. In de tweede plaats zijn regelingen vereist met betrekking tot de door de opdrachtnemer te verrichten (onderhouds)diensten tijdens de exploitatiefase, waarmee ook *Maintain* en *Operate* zijn geregeld. Voor deze tweede 'module' zouden uit het rijksmodel DBFM(O) bijvoorbeeld de onderdelen *Exploitatie*, *Benchmarkonderzoek*, *Market testing* en *Kwaliteitsborging*³⁶ heel wel bruikbaar kunnen zijn.

Een regeling die vanuit het rijksmodel DBFM(O) zonder meer ook van waarde zou kunnen zijn in het kader van DBFM(O)-light betreft het betaalmechanisme. Dit betaalmechanisme is een gedetailleerde methodiek die in de DBFM(O)-contracten op rijksniveau wordt gehanteerd voor de berekening van de vergoeding die aan de opdrachtnemer wordt betaald tijdens de exploitatiefase van het contract. Dit betaalmechanisme houdt kort gezegd in dat de periodieke vaste vergoeding (ook wel: de Bruto Beschikbaarheidsvergoeding), afhankelijk van de prestaties die de opdrachtnemer tijdens deze periode verricht,

kan worden verminderd met beschikbaarheidscorrecties en/of prestatiekortingen. Het resultaat van deze rekensom is het bedrag dat de opdrachtnemer over de desbetreffende periode ontvangt (ook wel: de Netto Beschikbaarheidsvergoeding). Het is met name dit betaalmechanisme dat de opdrachtnemer incentives zal moeten geven om de uitvoering van al zijn werkzaamheden gedurende de totale looptijd van het contract op integrale wijze te benaderen. Bedenk dat in geval van kasstroomfinanciering - al dan niet in combinatie met (andere) zekerheden - de vergoeding in ieder geval nooit lager zal kunnen zijn dan het deel van de kasstroom dat is gegarandeerd, de gegarandeerde vergoeding.

De inrichting van de 'Finance-module' verschilt per *light*-variant. Afhankelijk van de hiervoor beschreven zekerheden zijn bijvoorbeeld garanties, panden/en/of hypotheek(akten) vereist. Indien de eigendom aan de opdrachtnemer zal worden overgedragen, dient de koop (en levering) te worden geregeld. Hiervoor kan gebruik worden gemaakt van (diverse elementen uit) een recht-toe-recht-aan koopovereenkomst. Al deze documenten zijn weinig exotisch en daardoor relatief eenvoudig toepasbaar.

Een bijkomend voordeel van deze modulaire structuur is dat deze betrekkelijk eenvoudig is 'door te contracteren' naar de onderopdrachtnemers, al dan niet *back-to-back*. Dit maakt het ook voor het kleine en middelgrote aannemers eenvoudiger als (onder) opdrachtnemer bij een DBFM(O)-project betrokken te zijn, mede gezien de toepassing van modellen die in de markt bekend zijn.

Voor de situatie van eigendomsoverdracht verdient het volgende aspect de bijzondere aandacht.

4.3 Huur

In die gevallen waarin de eigendom overgaat naar de opdrachtnemer, is de opdrachtnemer als eigenaar jegens de opdrachtgever op grond van de DBFM(O)-overeenkomst verplicht aan de opdrachtgever het object ter beschikking te stellen. De opdrachtgever betaalt daarvoor periodiek een vergoeding. In de situatie dat de eigendom terechtkomt bij een belegger, komt daar nog een vergelijkbare rechtsverhouding bij. Hierin is de belegger als eigenaar jegens de opdrachtnemer verplicht aan deze het object ter beschikking te stellen. De opdrachtgever betaalt een vergoeding aan de opdrachtnemer, die op zijn beurt de periodieke kapitaallasten aan de belegger vergoedt.

35 Ondergetekende heeft zelf mogen ervaren hoe decentrale opdrachtgevers soms worstelen met de rijksmodellen bij projecten die daarvoor eigenlijk te klein zijn.

36 Artikelen 5, 6.2, 6.3 respectievelijk 8 uit de Model DBFM(O) Overeenkomst RGD/Defensie d.d. 16 juli 2009.

Zowel de relatie belegger-opdrachtnemer als de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer kwalificeren waarschijnlijk als een overeenkomst van huur.³⁷ De DBFMO-light-overeenkomst is in deze structuur aldus (mede) te kwalificeren als een huurovereenkomst.³⁸ Zo ontstaat een keten van verhuurder-hoofdhuurder-onderhuurder (respectievelijk belegger-opdrachtnemer-opdrachtgever).

Een en ander heeft tot gevolg dat op de beide verhoudingen (belegger-opdrachtnemer en opdrachtgever-opdrachtnemer) het wettelijk huurregime van toepassing is. Gelet op de bestemming van de meeste DBFMO-objecten³⁹ zal het veelal gaan om de verhuur van zogenaamde 230a ruimte (dat wil zeggen ruimte in de zin van art. 7:230a BW⁴⁰). Sommige bepalingen die hierop van toepassing zijn, zijn van regeland recht. Daarvan kunnen partijen in de DBFMO-light-overeenkomst afwijken. Andere bepalingen zijn van semi-dwingend recht, wat betekent dat daarvan alleen ten voordele (en dus niet ten nadele) van de huurder kan worden afgeweken.

Voor wat betreft bijvoorbeeld de prijs, de duur van de overeenkomst en de (gronden voor) beëindiging geldt dat partijen kunnen afspreken wat zij willen. Dit betreft regeland recht. Dit geldt evenzo ten aanzien van het verrichten van onderhoud en andere diensten ten behoeve van het object. Een belegger wil over het algemeen zo weinig mogelijk met dit laatste van doen te hebben. Het wettelijk systeem ter zake zal dan ook vermoedelijk behoorlijk zijn uitgekleed. Hiervoor zouden bijvoorbeeld bepalingen ontleend kunnen worden aan een huurovereenkomst op basis van *triple net*.⁴¹

Een voorbeeld van een semi-dwingendrechtelijke bepaling is de ontruimingsbescherming die de huurder geniet.⁴² Ontruimingsbescherming houdt - kort gezegd - in dat de verplichting van de huurder om het gehuurde na het einde van de huurovereenkomst te ontruimen, van rechtswege wordt geschorst voor een periode van twee maanden na de datum

waartegen hem door de verhuurder de ontruiming is aangezegd. Gedurende deze periode kan de huurder de kantonrechter verzoeken om de termijn van ontruimingsbescherming te verlengen (gedurende welke periode de huurder evenmin hoeft te ontruimen). De kantonrechter weegt de belangen van de huurder bij verlenging van de ontruimingsbescherming af tegen de belangen van de verhuurder bij ontruiming. Een en ander zou erin kunnen resulteren dat ontruimingsbescherming wordt verlengd tot een periode van in totaal maximaal drie jaar. Het semi-dwingendrechtelijke karakter van de ontruimingsbescherming brengt voor de opdrachtnemer dus het risico mee dat hij na ommekomst van de contracttermijn nog enige tijd met de opdrachtgever als huurder zit 'opgescheept'.⁴³

Daarnaast geldt semi-dwingendrechtelijk dat ontbinding van de huurovereenkomst op de grond dat de huurder - kort gezegd - wanprestatie heeft gepleegd alleen door de rechter kan geschieden.⁴⁴

Al met al dienen de betrokken partijen bij de light-variant van DBFMOT goed bedacht te zijn op deze huurrechtelijke consequenties.

4.4 Samenwerkingsstructuur

Hierboven is voor wat betreft de mogelijke contractvorm DBFMOT-light de structuur beschreven dat de opdrachtgever de eigendom zal overdragen aan de opdrachtnemer die het op zijn beurt weer overdraagt aan een belegger. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn - afhankelijk van de wensen en mogelijkheden van de partijen in kwestie - dat de opdrachtgever het object direct in eigendom overdraagt aan een belegger. Dit zal meebrengen dat er een directe huurrelatie ontstaat tussen de opdrachtgever en de belegger. Daaraan parallel zouden de opdrachtgever en de opdrachtnemer dan een overeenkomst kunnen sluiten waarin de laatste de verantwoordelijkheid voor het ontwerp, de bouw, het onderhoud en de exploitatie op zich neemt. Dit

37 Art. 7:201 lid 1 BW: 'Huur is de overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder, zich verbindt aan de andere partij, de huurder, een zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie.'

38 Voor zover in de DBFMO-overeenkomst zou zijn opgenomen dat partijen beogen dat de DBFMO-overeenkomst geen huurovereenkomst is, doet dat daar niet aan af. Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat de benaming van de overeenkomst niet doorslaggevend is, maar haar inhoud. Niet van belang is of partijen dit karakter hebben onderkend (HR 9 maart 1964, NJ 1964, 215).

39 Denk aan: overheidshuisvesting, zorgverlening (*care en cure*), opleiding (scholen), cultuur (theaters).

40 Dit houdt in een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan niet zijnde woonruimte of bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW. Bedrijfsruimte in de zin van 7:290 BW is - kort samengevat - middenstandsbijruimte (met namen winkels en horeca). Zie voor een volledige definitie lid 2 van art. 7:290 BW.

41 *Triple net lease* houdt in dat met betrekking tot het huurobject (1) verzekeringen, (2) belastingen en (3) onderhoud alle voor rekening en verantwoording van de huurder komen.

42 Art. 7:230a BW.

43 Van ontruimingsbescherming is geen sprake indien de huurder de huur zelf heeft opgezegd, uitdrukkelijk in de beëindiging daarvan heeft toegestemd of veroordeeld is tot ontruiming wegens niet nakoming van zijn verplichtingen (art. 7:230a lid 2 BW).

44 Zie art. 7:231 BW. Hier kan echter (mogelijk) de facto van worden afgeweken door (bepaalde vormen van) tekortschieten van de huurder in de nakoming van zijn verplichtingen als opzeggingsgrond te formuleren (vgl. art. 7:228 BW).

laatste is een DBMO-verhouding die tezamen met de huur- en kooprelatie het DBFMOT-karakter krijgt.

Andere mogelijkheden zijn ook denkbaar. De opdrachtnemer zou bijvoorbeeld de eigendom zelf kunnen behouden en het object kunnen financieren met vreemd vermogen, waarbij hij het object verhuypothekeert. Daarnaast is het mogelijk dat een opdrachtnemer het object deels financiert vanuit het eigen vermogen, waarbij de verhouding EV/VV zal kunnen verschillen.

Naar mijn mening zijn de samenwerkingsstructuur en daarmee samenhangende financieringswijze bij uitstek een onderwerp dat tijdens de dialooffasen tussen de opdrachtgever en de deelnemers aan de concurrentiegerichte dialoog besproken zouden moeten worden.⁴⁵ Alle creativiteit en mogelijkheden die in de markt aanwezig zijn, zouden in begin-

sel zoveel mogelijk moeten kunnen worden benut. De opdrachtgever zal in de aanbestedingsprocedure de kaders moeten scheppen die nodig zijn voor de verschillende financieringsmogelijkheden.⁴⁶

5. Tot slot

DBFM(O)-light is een (stelsel van) samenwerkingsvorm(en) die het mogelijk kan maken dat kleine(re) projecten, ondanks hun beperkte omvang, toch kunnen profiteren van een aantal van de voordelen die DBFM(O) kenmerkt. Vermoedelijk zal niet ieder 'klein' project, mede gelet op de persoon van haar opdrachtgever, hiervoor geschikt zijn. Niettemin zullen er nog talrijke regionale en lokale projecten overblijven die te licht zijn voor de 'klassieke' DBFM(O), maar waarvoor de *light*-variant heel wel een werkbare oplossing zou kunnen bieden.⁴⁷

45 Algemeen wordt aangenomen dat de meeste (complexe) PPS-projecten zich goed lenen voor gebruik van de concurrentiegerichte dialoog, al zal dat voor ieder project telkens opnieuw moeten worden bezien. Zie ook: De 'Explanatory note' van de Europese Commissie over toepassing van de concurrentiegerichte dialoog, CC/2005/04_rev 1 van 5 oktober 2005, p. 3. Mijn veronderstelling is dat dit evenzo zal gelden voor de meeste PPS-light-projecten.

46 Denk hierbij aan de verhandelbaarheid van het object, wat voor de meeste beleggers een essentiële voorwaarde zal zijn.

47 PPS Netwerk Nederland werkt thans in samenwerking met een aantal marktpartijen aan een 'Toolkit PPS-light'. Naar verwachting komt deze dit najaar op de markt.