

De DBFMO-overeenkomst voor huisvestingsprojecten ontrafeld

– Mr. M.A. Moolhuizen en mr. K.K.S. te Brake¹

1. Introductie

Op 9 december 2014 is een nieuwe versie van de standaard DBFM(O)-overeenkomst gepubliceerd.² Deze nieuwe versie bevat aanpassingen die voortkomen uit lopende of al afgeronde aanbestedingen.³ Evenals de voorgaande versie bestaat ook deze nieuwe versie uit twee modules: een module voor huisvestingsprojecten en een module voor (natte) infrastructuur. Wij beperken ons in dit artikel tot de module voor huisvestingsprojecten (hierna: de 'Overeenkomst').⁴

In de praktijk krijgen wij geregeld vragen over de concrete toepassing van of vragen over de werking van bepaalde mechanismen in de Overeenkomst. Uit deze vragen menen wij op te maken dat er in de praktijk behoefte bestaat aan een meer algemene behandeling van de Overeenkomst. In deze behoefte beogen wij in deze bijdrage te voorzien door op pragmatische wijze door de Overeenkomst heen te lopen. Ons doel is de kennis van potentiële gebruikers te vergroten en aldus een handvat te bieden bij het toepassen van de Overeenkomst.⁵

2. Geïntegreerde karakter van de Overeenkomst

De Overeenkomst is een zogenaamde 'geïntegreerde overeenkomst'. Met 'geïntegreerd' wordt in dit verband bedoeld dat voorzien wordt in meer-

dere disciplines en/of meerdere levensfasen van een project.⁶ De Overeenkomst voorziet in beide.

Voor wat betreft de verschillende disciplines, voorziet de Overeenkomst in: het ontwerp (D), de bouw (B), de financiering (F), het onderhoud (M) en de exploitatie (O). In dit opzicht wijkt een DBFMO-project af van een project dat op een 'traditionele wijze' wordt gerealiseerd. In een 'traditioneel project' wordt door de opdrachtgever voor iedere discipline van het project afzonderlijk gecontracteerd met een partij. Dit bewerkstelligt dat iedere gecontracteerde partij alleen verantwoordelijk wordt voor dat onderdeel van het project. Ter illustratie van een 'traditioneel project': de opdrachtgever geeft eerst opdracht aan een architect voor het vervaardigen van een (technisch) ontwerp. Vervolgens sluit de opdrachtgever een overeenkomst met een aannemer. De aannemer is verantwoordelijk voor de realisatie van het object op basis van het (technisch) ontwerp. De opdrachtgever zorgt veelal zelf voor financiering van het project en betaalt de aannemer bij oplevering van het object.

Doordat in een DBFMO-project slechts één opdrachtnemer verantwoordelijk is voor de verschillende disciplines, is hij in staat om beter op elkaar aansluitende oplossingen door te voeren. Op deze wijze wordt optimaal gebruik gemaakt van de expertise van de opdrachtnemer, waardoor uiteindelijk meer 'value for money' kan worden gerealiseerd.⁷

De Overeenkomst voorziet daarnaast in een integratie van verschillende levensfasen. De Overeenkomst omvat namelijk de ontwerp en-voorbereidingsfase, de realisatiefase en de uitvoeringsfase. De Overeenkomst heeft hierdoor gemiddeld een

¹ Mark Moolhuizen en Kim te Brake zijn beiden advocaat bij Van Doorne in Amsterdam.

² De Rijksbrede model DBFM(O) overeenkomst [2014], versie 4.1.

³ <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2014/12/19/rijksbrede-modelovereenkomst-dbfmo-huisvesting-2014.html>>.

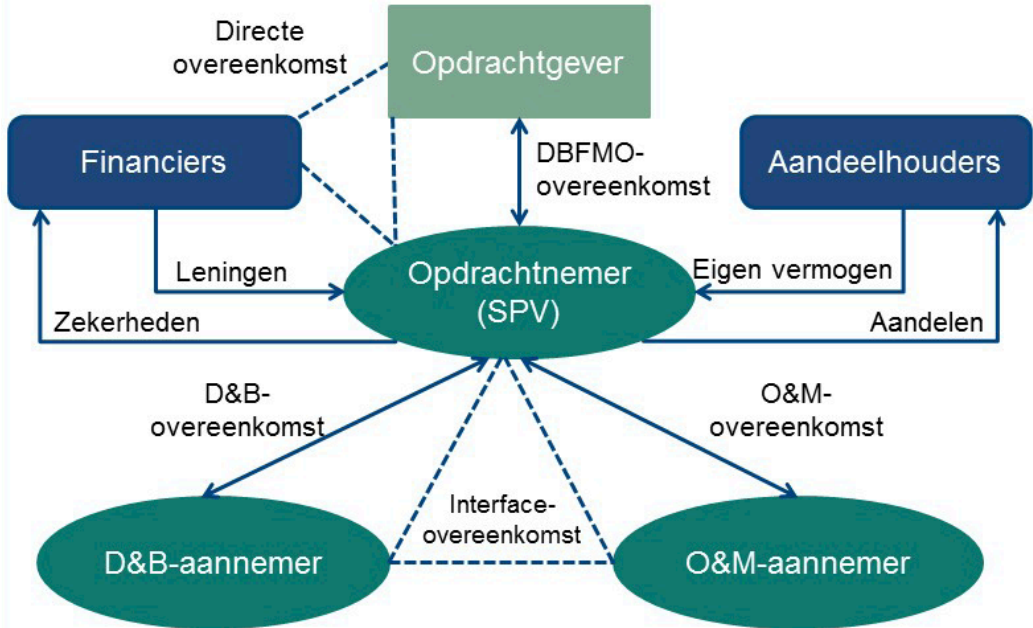
⁴ De Rijksbrede model DBFM(O) overeenkomst [2014], versie 4.1 voor huisvestingsprojecten.

⁵ Deze bijdrage is niet geschreven voor ervaren gebruikers van de Overeenkomst.

⁶ <<http://www.rijksvastgoedbedrijf.nl/expertise-en-diensten/z/zakendoen-met-het-rijksvastgoedbedrijf/inhoud/contractvormen/geintegreerde-contracten>>.

⁷ J.G.J. Janssen e.a., 'De rijksbrede model DBFM(O) overeenkomst', TBR 2010/163.

Structuur DBFMO-omgeving



looptijd tussen de 15 en 30 jaar, waarbij wordt aangesloten bij de levenscyclus van het *object*.⁸ De verwachting is dat de opdrachtnemer hierdoor extra geprikkeld wordt om al bij het ontwerp rekening te houden met de onderhoudskosten en voor duurzamere en kwalitatief hoogwaardigere oplossingen te kiezen. Op deze manier kan meer 'value for money' worden gecreëerd.⁹ Deze focus op 'value for money' is zelfs één van de succesfactoren van DBFMO in Nederland.¹⁰

3. Betrokken partijen

Een ander voorbeeld van deze focus op 'value for money' vinden we terug in de onderverdeling van taken en risico's tussen de betrokken partijen. De bovenstaande afbeelding geeft een overzicht van deze partijen.

De rollen van partijen zijn zodanig op elkaar afgestemd dat ze elkaar in evenwicht houden: een uitgebalanceerd systeem van 'checks and balances'. Dit evenwicht is tevens terug te vinden in de risicoverdeling tussen partijen. Risico's worden toebedeeld aan de partij die de risico's het best kan beheersen. Op deze manier wordt meer 'value for money' bereikt. We gaan nu kort in op de verschillende partijen.

Opdrachtnemer

Allereerst staan we stil bij de opdrachtnemer. De opdrachtnemer bestaat uit een juridische entiteit, veelal opgericht door de *financier* en de (bouwkundig) aannemer van het DBFMO-project. Deze juridische entiteit heeft in de regel de rechtsvorm van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en is een zogenaamd 'special purpose vehicle' ('SPV'); een projectvennootschap. Dit betekent dat de SPV alleen is opgericht voor het betreffende DBFMO-project. De SPV mag geen andere taken hebben dan die voortvloeiend uit het betreffende project. De SPV dient verder zo risicovrij mogelijk te worden gemaakt. Voor zover de SPV op basis van de Overeenkomst bepaalde verplichtingen heeft, dienen deze verplichtingen te worden afgedekt met adequate verzekeringen of te worden doorgelegd naar de onderopdrachtnemers.

⁸ We sluiten in deze bijdrage zoveel mogelijk aan bij de terminologie als toegepast in de Overeenkomst. Gedefinieerde termen in de Overeenkomst zijn in het hiernavolgende cursief gedrukt. Voor de betekenis van de respectievelijke definities verwijzen we naar bijlage 1 bij de Overeenkomst.

⁹ J.G.J. Janssen e.a., 'De rijksbrede model DBFMO(O) overeenkomst', TBR 2010/163.

¹⁰ Ministerie van Financiën, Voortgangsrapportage DBFMO(O) 2014, p. 8.

Deze onderaannemingsovereenkomsten dienen (zo veel mogelijk) identiek (*back-to-back*) te zijn aan de relevante bepalingen in de Overeenkomst. Door deze *back-to-back* risicoallocatie is de SPV in feite niet veel meer dan een entiteit die zich uitsluitend bezighoudt met het management van het project en de financiële afwikkeling van betalingsstromen.¹¹

Aandeelhouder(s)

Het vermogen van de SPV bestaat deels uit eigen vermogen maar grotendeels uit vreemd vermogen. Het eigen vermogen wordt aan de SPV verstrekt door haar *aandeelhouders*. De *aandeelhouders* verlenen ook een gedeelte van het vreemd vermogen op basis van *overeenkomsten van aandeelhouderslening*. De *aandeelhoudersleningen* zijn achtergesteld bij de *financieringsovereenkomsten* op grond waarvan het overige vreemd vermogen aan de SPV ter beschikking is gesteld.

De *aandeelhouders* zijn vaak niet alleen maar geldverstrekkers. In veel DBFMO-projecten worden de *aandeelhouders* namelijk gevormd door de partijen die de *werkzaamheden* verrichten als *onderdrachtnemer* en/of als *financier*. Daardoor bestaat er een directe betrokkenheid tussen de *aandeelhouders* en de uitvoering van het project. Deze directe betrokkenheid is voor de opdrachtgever van belang. Mede vanwege het belang van deze directe betrokkenheid verbindt de Overeenkomst restricties aan de vrije overdraagbaarheid van de aandelen in het kapitaal van de SPV.¹² In het geval een overdracht of uitgifte van aandelen in de SPV zal leiden tot een overgang van *zeggenschap*, heeft de *aandeelhouder* hiervoor eerst toestemming nodig van de opdrachtgever.¹³ Deze 'change of control'-bepaling is zowel van toepassing op een overgang of uitgifte van aandelen in het kapitaal van de SPV zelf als op een overgang of uitgifte van aandelen in het kapitaal van een (rechts)persoon die direct of indirect *zeggenschap* over de onderneming van de SPV uitoefent.¹⁴

Financier(s)

Het vreemd vermogen wordt door de *financiers* aan de SPV verstrekt op basis van *projectfinanciering*.¹⁵ Dit betekent dat de *financiers* voor de terugbetaling van het krediet afhankelijk zijn van de te generen inkomstenstroom onder het project. De *financiers* hebben daarnaast slechts beperkte moge-

lijkheden tot verhaal. Vanwege het financiële risico dat de *financiers* hierdoor lopen, houden zij scherp in de gaten dat de SPV al haar verplichtingen onder de Overeenkomst nakomt. Dit heeft een disciplinerend effect. Dit wordt ook wel de 'tucht van de banken' genoemd.¹⁶

Als gevolg van de beperkte verhaalsmogelijkheden is het voor de *financiers* van groot belang te waarborgen dat de projectinkomsten daadwerkelijk beschikbaar zijn om de *financiers* te kunnen terugbetalen en ervoor te zorgen dat de inkomsten op geen enkele wijze door risico's buiten het project worden beïnvloed. Eén van de middelen om dit te waarborgen is het oprichten van een SPV teneinde het insolventierisico te verkleinen.

Een tweede voorbeeld is een heldere risicoverdeling tussen partijen te bewerkstelligen. Uit de Overeenkomst blijkt zeer eenduidig welke partij waarvoor voor verantwoordelijk is. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de risico's worden toebedeeld aan de partij die deze risico's het best kan beheersen. De *financiers* zullen voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst een uitgebreid due-diligence-onderzoek laten uitvoeren om alle risico's in kaart te brengen en op grond daarvan te bepalen of de aan de SPV toebedeelde risico's aanvaardbaar en bovendien financierbaar zijn. Door een goede risicoallocatie is een project ook financierbaar.¹⁷

Daarnaast kadert de Overeenkomst de financiële risico's zeer uitvoerig in waardoor het financieel risico voor de *financiers* beheersbaar is. In dat verband zijn de financiële consequenties van risico's in de Overeenkomst duidelijk benoemd.

De Overeenkomst bepaalt bijvoorbeeld dat partijen een uitputtende regeling hebben gegeven van gebeurtenissen en omstandigheden op grond waarvan een tekortkoming aan een partij kan worden toegerekend als bedoeld in artikel 6:75 van het Burgerlijk Wetboek. Buiten deze *bijzondere omstandigheden* mag een partij geen beroep doen op deze bepaling.¹⁸

Verder bevat de Overeenkomst een uitputtende regeling voor wat betreft de mogelijkheden tot voortijdige beëindiging van de Overeenkomst.¹⁹ Andere mogelijkheden tot voortijdige beëindiging van de Overeenkomst zijn nadrukkelijk uitgesloten.

Een ander voorbeeld is de wijze waarop de Overeenkomst omgaat met 'onvoorziene omstandigheden'.²⁰ De Overeenkomst bevat een uitputtend

11 W.J. van den Berg, 'Directe overeenkomsten in projectfinanciering', *V&O* 2009/5, p. 106 e.v.

12 Zie art. 15 van de Overeenkomst.

13 Zie art. 15 (a) van de Overeenkomst.

14 Zie art. 15 (c) van de Overeenkomst. Uit art. 15 (b) en (d) van de Overeenkomst volgt dat geen toestemming nodig is voor een overdracht aan een groepsvennootschap of aan een vennootschap die aan een beurs in Europees of de Verenigde Staten is gevestigd.

15 Zie art. 3.1 van de Overeenkomst.

16 M.B. Klijn, 'PPS-light: voordelen van DBFM(O) ook haalbaar voor kleine(re) projecten?', *TBR* 2010/164.

17 W.J. van den Berg, 'Directe overeenkomsten in projectfinanciering', *V&O* 2009/5, p. 106 e.v.

18 Zie art. 9.7 (b) van de Overeenkomst.

19 Zie art. 10 van de Overeenkomst.

20 Zie art. 24.8 van de Overeenkomst.

overzicht van *bijzondere omstandigheden*.²¹ Indien een omstandigheid niet valt onder één van de *bijzondere omstandigheden*, dan is er geen sprake van een onvoorziene omstandigheid. In dat geval hebben partijen er bewust voor gekozen dat de opdrachtnemer het risico draagt. De Overeenkomst voorziet op die manier in alle mogelijke omstandigheden. Daardoor kan er geen sprake zijn van onvoorziene omstandigheden. Hiermee is beoogd artikel 6:258 Burgerlijk Wetboek buiten werking te stellen.

Verder bepaalt de Overeenkomst bijvoorbeeld dat de opdrachtnemer alleen die rechten heeft welke aan haar zijn toegekend op basis van de Overeenkomst.²² Dit betekent bijvoorbeeld dat de opdrachtnemer geen recht heeft op enige betaling van de opdrachtgever, geen recht heeft op uitstel of opschorting en geen recht heeft tegenover de opdrachtgever in geval van een *tekortkoming opdrachtgever*, tenzij uitdrukkelijk bepaald in de Overeenkomst.

Een laatste voorbeeld is de verplichting van de opdrachtgever en de SPV om op *financial close* de *directe overeenkomst* met de *security agent* aan te gaan.²³ In de *directe overeenkomst* is onder andere een instaprecht ten behoeve van de *financiers* opgenomen. Het instaprecht bewerkstelligt dat de opdrachtgever niet bevoegd is om de Overeenkomst te beëindigen voordat de instapperiode is afgelopen. Gedurende de instapperiode hebben de *financiers* de mogelijkheid om op basis van hun instaprecht de verplichtingen van de opdrachtnemer 'over te nemen'. De Overeenkomst kan ook alleen beëindigd worden met inachtneming van de *directe overeenkomst*.²⁴

Onderopdrachtnemer(s)

De *onderopdrachtnemer* is de partij die de *werkzaamheden* en/of de *diensten* feitelijk zal uitvoeren. Zij doet dit op basis van een onderaannemingsovereenkomst met de SPV. Deze dient back-to-back te zijn met de Overeenkomst. Het doel is dat zoveel mogelijk risico's worden doorgelegd naar de *onderopdrachtnemer* waardoor er zo min mogelijk risico's in de SPV achterblijven. Het mag bijvoorbeeld niet voorkomen dat een *onderopdrachtnemer* een vordering kan verhalen op de SPV, terwijl de SPV geen verhaal heeft op de opdrachtgever. In dat geval wordt het insolventierisico van de SPV namelijk groter. De *financiers* zijn daarom veelal direct betrokken bij het opstellen van de onderaannemingsovereenkomsten.

Voor de opdrachtgever is het van belang te weten welke *onderopdrachtnemers* de *werkzaamheden* zullen uitvoeren. Voor dat doel wordt in de Over-

eenkomst een lijst opgenomen van *belangrijke onderopdrachtnemers*.²⁵ De opdrachtnemer is verplicht om de *belangrijke onderopdrachtnemers* in te zetten bij de uitvoering van de *werkzaamheden*. De SPV is niet bevoegd om nieuwe onderopdrachtnemers te contracteren indien de opdrachtgever hiervoor geen toestemming heeft gegeven.

Opdrachtgever

Tot slot nog enkele opmerkingen over de opdrachtgever. In principe kan de opdrachtgever zowel een private als publieke partij zijn. In geval de opdrachtgever een publieke partij is, spreekt men over een publiek-private-samenwerking (hierna: 'PPS'). Vanuit juridisch perspectief heeft het feit dat sprake is van een publieke partij onder andere de consequentie dat de opdrachtgever het DBFMO-project moet aanbesteden. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om hier nader bij stil te staan.

Voorbeelden van PPS-projecten die op basis van een DBFMO-overeenkomst zijn aanbesteed, zijn bijvoorbeeld Rijnstraat 8 en Bezuidenhoutseweg 30 in Den Haag. Deze projecten bevinden zich op dit moment in de realisatiefase. De Kromhout Kazerne is een voorbeeld van een project dat zich op dit moment al in de exploitatiefase bevindt.²⁶

4. Verplichtingen opdrachtnemer

Tot zover enkele opmerkingen over het karakter van de Overeenkomst en de betrokken partijen in een DBFMO-project. Het voorgaande geeft een beeld van de structuur van de Overeenkomst. Wij gaan nu nader in op enkele onderdelen van de Overeenkomst.

Het uitgangspunt in de Overeenkomst zijn de verplichtingen van de opdrachtnemer en de opdrachtgever.²⁷ Allereerst de verplichtingen van de opdrachtnemer.²⁸ De verplichtingen van de opdrachtnemer bestaan voor een groot gedeelte uit het verkrijgen van verschillende *certificaten*. Chronologisch betreft het: (i) het *aanvangscertificaat*, (ii) het *beschikbaarheidscertificaat*, (iii) het *voltooiingscertificaat* en (iv) het *overdrachtscertificaat*. De voorwaarden voor het verkrijgen van deze *certificaten* staan in het *certificatenplan*.²⁹ De datum waarop de opdrachtnemer een *certificaat* verkrijgt, leidt als het ware een nieuwe projectfase in. De cyclus begint daarbij op de datum waarop de Overeenkomst

²¹ Zie art. 9 van de Overeenkomst.

²² Zie art. 2.1 (c) van de Overeenkomst.

²³ Zie art. 3.2 (f) van de Overeenkomst.

²⁴ Zie art. 10.7 van de Overeenkomst.

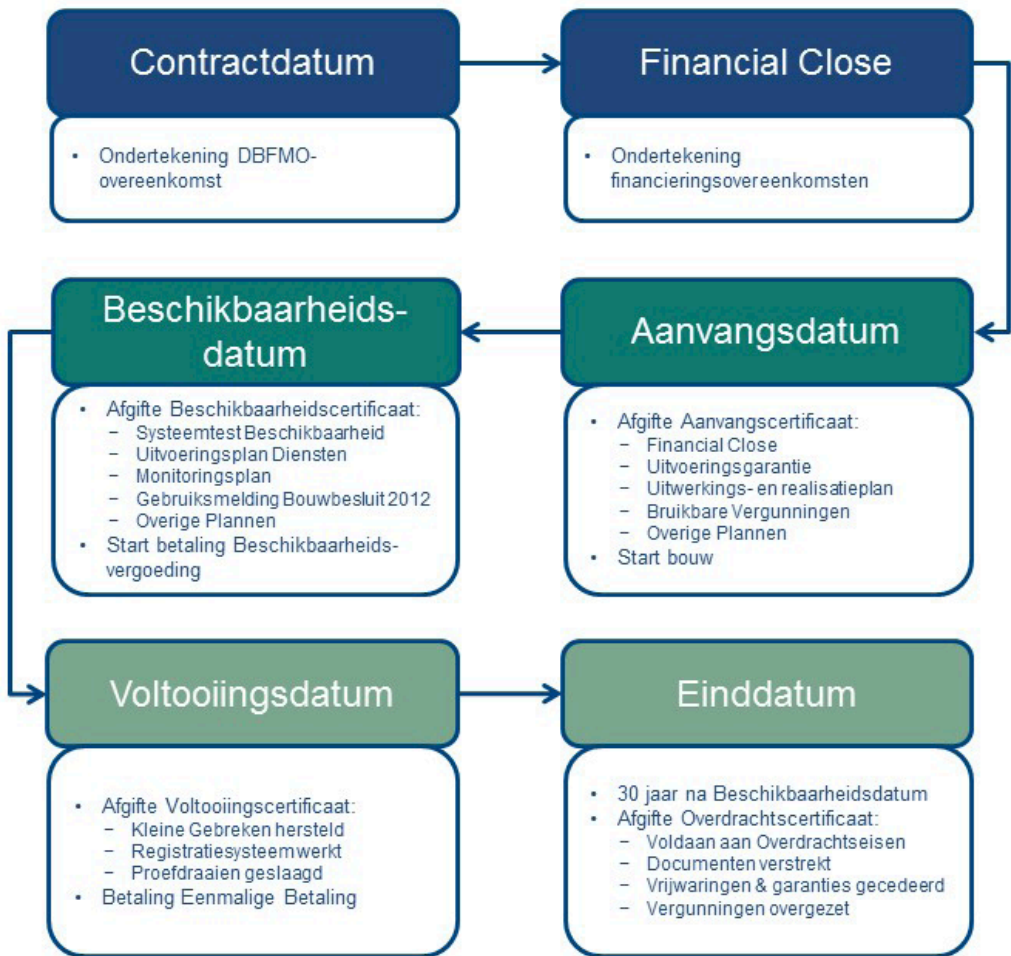
²⁵ Zie art. 16.1 (b) van de Overeenkomst.

²⁶ Ministerie van Financiën, Voortgangsrapportage DBFM(O) 2014, p. 32 e.v.

²⁷ Zie art. 2 van de Overeenkomst.

²⁸ Zie art. 2.1 (a) van de Overeenkomst.

²⁹ Zie bijlage 8 bij de Overeenkomst.



wordt ondertekend: de *contractdatum*.³⁰ Vanaf die datum treedt de Overeenkomst in werking.

In de bovenstaande afbeelding staan de verschillen van projectfasen afgebeeld.

4.1 Verkrijgen van het Aanvangscertificaat

De opdrachtnemer dient vanaf de *contractdatum* alle *werkzaamheden* te verrichten ter verkrijging van het *aanvangscertificaat*.³¹ In het *certificatenplan* zijn alle voorwaarden opgenomen.³² We gaan op enkele van deze voorwaarden in.

³⁰ Zie definitie contractdatum in Bijlage 1 bij de Overeenkomst.

³¹ Het aanvangscertificaat is een schriftelijke kennisgeving van de opdrachtgever aan de opdrachtnemer waarin wordt bevestigd dat aan de voorwaarden voor afgifte van het aanvangscertificaat genoemd in het certificatenplan is voldaan.

³² Zie bijlage 8 bij de Overeenkomst.

Financial Close

Een belangrijke voorwaarde voor het verkrijgen van het *aanvangscertificaat* is het kunnen aantonen dat *financial close* is bereikt.³³ Ter toelichting dient het volgende.

De Overeenkomst bepaalt dat de opdrachtnemer verplicht is om alle kosten die hij moet maken om zijn verplichtingen onder de Overeenkomst te kunnen vervullen voor zijn eigen rekening komen.³⁴ De opdrachtnemer heeft daarom (voor)financiering nodig. De (voor)financiering wordt gedurende het project terugbetaald door middel van betaling door de opdrachtgever van de *beschikbaarheidsvergoeding*, maar pas vanaf de *beschikbaarheidsdatum*.

De opdrachtnemer is verplicht om de *werkzaamheden* te financieren op basis van *projectfinanciering*.

³³ Zie art. 3.2 van de Overeenkomst.

³⁴ Zie art. 2.1 (b) van de Overeenkomst.

ring.³⁵ In dat verband sluit de opdrachtnemer *financieringsovereenkomsten*. *Financial close* is de datum waarop de opschortende voorwaarde in de *financieringsovereenkomsten* zijn vervuld of zijn komen te vervallen.³⁶ Vanaf het moment van *financial close* zijn de *financiers* dus 'onvoorwaardelijk' gebonden aan het project.

Financial close dient plaats te vinden binnen een vastgesteld aantal maanden na *datum indiening gecommiteerde financiering*.³⁷ Het niet binnen deze termijn behalen van *financial close* heeft verschillende consequenties, afhankelijk van de reden voor het niet tijdig behalen.

- a. De eerste reden kan gelegen zijn in het zich voordoen van een *bijzondere omstandigheid*. In dat geval geldt dat de termijn voor het bereiken van *financial close* uitgesteld wordt tot vier weken na de dag waarop de *bijzondere omstandigheid* niet meer in de weg staat aan het bereiken van *financial close*.³⁸ Hierbij geldt wel een uiterste datum, een zogenaamde 'long stop date'.³⁹ Indien de long-stop-date is bereikt en *financial close* nog steeds niet heeft plaatsgevonden, dan hebben beide partijen het recht om de Overeenkomst te beëindigen. De opdrachtgever is in dat geval geen vergoeding verschuldigd aan de opdrachtnemer.⁴⁰
- b. Indien er inderdaad sprake is van een *bijzondere omstandigheid* waardoor *financial close* niet binnen de afgesproken termijn kan plaatsvinden, kan zich nog een andere complicatie voordoen. Dit betreft de situatie dat de *financiers* niet langer bereid zijn om de financieringsvoorwaarden gestand te doen zoals deze golden op de *datum indiening gecommiteerde financiering*. In dat geval heeft de opdrachtnemer het recht om de Overeenkomst te beëindigen. Partijen zijn elkaar in dat geval geen vergoeding verschuldigd.⁴¹
- c. Als de opdrachtnemer er om een andere reden niet in slaagt om *financial close* tijdig te bereiken, kwalificeert dit als een *grond voor onmiddellijke beëindiging*.⁴² Alleen de opdrachtgever is in dat geval bevoegd om de Overeenkomst te beëindigen tegen een door hem genoemde datum.⁴³ De opdrachtnemer moet een vergoeding

betalen aan de opdrachtgever gelijk aan het bedrag van de *financial close garantie*.⁴⁴

Op de dag waarop *financial close* is bereikt, moeten diverse handelingen worden verricht. Er moeten bijvoorbeeld verschillende bevestigingen worden verstrekt en verschillende verklaringen worden afgegeven door zowel de opdrachtgever als de opdrachtnemer.⁴⁵

De opdrachtgever en de opdrachtnemer gaan op *financial close* de *directe overeenkomst* aan met de *security agent*.⁴⁶ De *security agent* is de rechtspersoon die namens de *financiers* de *directe overeenkomst* aangaat en de zekerheidsrechten houdt ten behoeve van de *financiers*.

Verder is de opdrachtnemer verplicht om op *financial close* de *uitvoeringsgarantie* te stellen⁴⁷ en de opdrachtgever moet de ontvangst van de *uitvoeringsgarantie* bevestigen.⁴⁸ Het ter hand stellen van de *uitvoeringsgarantie* aan de opdrachtgever is ook een voorwaarde voor afgifte van het *aanvangscertificaat*.⁴⁹ Tot zover enkele opmerkingen over *financial close*. We gaan nu kort in op de andere voorwaarden voor afgifte van het *aanvangscertificaat*.

Uitwerkings- en realisatieplan

Een andere voorwaarde voor afgifte van het *aanvangscertificaat* is dat het *uitwerkings- en realisatieplan* is vastgesteld.⁵⁰ Het *uitwerkings- en realisatieplan* bestaat uit verschillende onderdelen, waaronder het *definitief ontwerp*.⁵¹ Het *definitief ontwerp* dient gebaseerd te zijn op en tenminste hetzelfde kwaliteitsniveau te hebben als het *voorlopig ontwerp*, zoals ingediend bij de *inschrijving*.⁵²

Een ander onderdeel van het *uitwerkings- en realisatieplan* wordt gevormd door de *plannen* die zien op de *werkzaamheden* in de *realisatiefase*.⁵³ De *plannen* dienen gebaseerd te zijn op en tenminste hetzelfde niveau te hebben als de *voorlopige plannen*, zoals ingediend bij de *inschrijving*. Het *uitwerkings- en realisatieplan* biedt de opdrachtgever al-

³⁵ Zie art. 3.1 van de Overeenkomst en voor een nadere toelichting paragraaf 3.6 e.v. van dit artikel.

³⁶ Zie definitie *financial close* in Bijlage 1 bij de Overeenkomst.

³⁷ Zie art. 3.2 (a) van de Overeenkomst.

³⁸ Zie art. 3.2 (b) van de Overeenkomst.

³⁹ Zie art. 3.2 (d) van de Overeenkomst.

⁴⁰ Zie bijlage 4, deel 4 bij de Overeenkomst.

⁴¹ Zie art. 3.2 (c) van de Overeenkomst.

⁴² Zie bijlage 1 definitie grond voor onmiddellijke beëindiging onder (c).

⁴³ Zie art. 10.1 (a) van de Overeenkomst.

⁴⁴ Zie art. 10.1 (b) van de Overeenkomst jo. bijlage 4, paragraaf 1 bij de Overeenkomst.

⁴⁵ Zie art. 3.2 (g) van de Overeenkomst, art. 3.3 (a) van de Overeenkomst, art. 22.5 (c) tot en met (f) van de Overeenkomst en art. 3.2 (h) van de Overeenkomst. De modellen hiervoor zijn opgenomen in bijlage 7 bij de Overeenkomst.

⁴⁶ Zie art. 3.2 (f) van de Overeenkomst.

⁴⁷ Het model hiervoor is opgenomen in bijlage 7, deel 1 bij de Overeenkomst.

⁴⁸ Het model hiervoor is opgenomen in bijlage 7, deel 11 bij de Overeenkomst.

⁴⁹ Zie art. 3.4 (a) van de Overeenkomst.

⁵⁰ Zie art. 4.1 van de Overeenkomst. De vaststellingsprocedure is beschreven in bijlage 10 bij de Overeenkomst.

⁵¹ Zie art. 4.1 (a) van de Overeenkomst.

⁵² Zie art. 4.1 (a) (i) van de Overeenkomst.

⁵³ Zie art. 4.1 (a) (ii) van de Overeenkomst.

dus een middel om te toetsen of de opdrachtnemer daadwerkelijk uitvoert waarop is gegund.

Bruikbare vergunningen

Een volgende voorwaarde voor afgifte van het *aanvangscertificaat* is dat de *bruikbare vergunningen* zijn verkregen. De Overeenkomst omschrijft een *bruikbare vergunning* als een *vergunning* ten aanzien waarvan twee weken na de bezwaar- of beroepstermijn zijn verstreken zonder dat een bezwaar- of beroepsschrift is ingediend, of als wel een bezwaar- of beroepsschrift is ingediend, geen verzoek om een voorlopige voorziening is ingediend binnen twee weken nadat de bezwaar- of beroepstermijn is verstreken.⁵⁴

De Overeenkomst gaat ervan uit dat de opdrachtnemer alle voor de *werkzaamheden* benodigde *vergunningen* verkrijgt, tenzij de Overeenkomst expliciet bepaalt dat de opdrachtgever hiervoor verantwoordelijk is.⁵⁵ Aangezien tussen *financial close* en de *aanvangsdatum* in beginsel maximaal zes maanden liggen, is het voor de opdrachtnemer van belang om tijdig te starten met het aanvragen van de benodigde *vergunningen*.

Indien aan alle voorwaarden voor afgifte van het *aanvangscertificaat* is voldaan, zal de opdrachtgever het *aanvangscertificaat* moeten afgeven.⁵⁶ Afgifte moet in beginsel binnen zes maanden na *financial close* plaatsvinden.⁵⁷

Is de opdrachtnemer niet in staat om het *aanvangscertificaat* binnen deze termijn te verkrijgen vanwege het zich voordoen van een *bijzondere omstandigheid* dan geldt dat de termijn wordt opgeschort met een zelfde periode als de duur van de *bijzondere omstandigheid*.⁵⁸ Hierbij geldt een 'long-stop-date' na het verloop waarvan beide partijen bevoegd zijn om de Overeenkomst te beëindigen.⁵⁹ In geval van beëindiging vanwege een langdurig *geval van uitstel* zal de opdrachtgever de opdrachtnemer een vergoeding betalen die de volgende componenten bevat: (i) hoofdsommen die uitstaan op grond van de *financieringsovereenkomsten* plus de over die hoofdsommen verschuldigde maar nog niet betaalde rente en commitment fees (voor zover marktconform), (ii) verbrekingskosten van de *financieringsovereenkomsten* (voor zover marktconform), (iii) hoofdsommen die uitstaan op grond van de *overeenkomsten van aandeelhouderslening*, (iv) het gestort en uitstaand kapitaal op de aandelen in de opdrachtnemer plus eventueel bedongen betaalde agio, (v) verschillende rendementsvergoedingen,

(vi) contractverbrekingskosten van bijvoorbeeld de onderaannemingsovereenkomsten en (vii) eventueel verschuldigde belasting minus uitkeringen van de verzekeraar.⁶⁰

Indien het niet tijdig verkrijgen van het *aanvangscertificaat* wordt veroorzaakt door een andere omstandigheid dan een *bijzondere omstandigheid*, dan is de opdrachtnemer hiervoor verantwoordelijk. Deze situatie kwalificeert vervolgens als een *grond voor onmiddellijke beëindiging*. Alleen de opdrachtgever heeft dan het recht om de Overeenkomst te beëindigen.⁶¹ De opdrachtgever moet een vergoeding betalen die de volgende componenten omvat: de waarde van de reeds verrichte werkzaamheden minus (i) een gefixeerde vergoeding voor additionele kosten en (ii) een bedrag ter hoogte van 50% van het bedrag van de *uitvoeringsgarantie*.⁶² Deze vergoeding kan negatief zijn. In dat geval dient de opdrachtnemer aan de opdrachtgever te betalen.⁶³

De datum waarop het *aanvangscertificaat* door de opdrachtgever aan de opdrachtnemer is afgegeven, heet de *aanvangsdatum*. In de periode tussen de *contractdatum* en de *aanvangsdatum* is de opdrachtnemer alleen bevoegd om *werkzaamheden* te verrichten ten einde het *aanvangscertificaat* te kunnen behalen.⁶⁴ Daarnaast is het de opdrachtnemer toegestaan om alvast enkele voorbereidende *werkzaamheden* te verrichten.⁶⁵ Alleen voor dat doel verkrijgt de opdrachtnemer in de periode tot en met de *aanvangsdatum* toegang tot het *projectgebied*.⁶⁶ De opdrachtnemer mag pas vanaf de *aanvangsdatum* beginnen met de realisatiewerkzaamheden.

4.2 Verkrijgen van het beschikbaarheids-certificaat

De *realisatiefase* omvat de periode beginnend op de *aanvangsdatum* en eindigend op de *beschikbaarheidsdatum*. In deze periode zal de opdrachtnemer de feitelijke *werkzaamheden* verrichten ter realisering van het *object*. Voor dat doel dient de opdrachtgever de opdrachtnemer toegang te verlenen tot het *projectgebied*.⁶⁷ Gedurende de *realisatiefase* dient de opdrachtnemer verder alle *werkzaamheden* te verrichten ter verkrijging van het *beschikbaarheidscertificaat*.⁶⁸ Ook deze voorwaarden zijn opgenomen in het *certificatenplan*.⁶⁹

Zo dienen er bijvoorbeeld diverse *plannen* te zijn vastgesteld, waaronder het *uitvoeringsplan* dien-

54 Zie definitie bruikbare vergunning in Bijlage 1 bij de Overeenkomst.

55 Zie art. 18.3 (a) van de Overeenkomst.

56 Zie art. 4.2 (c) e.v. van de Overeenkomst.

57 Zie art. 4.2 (a) van de Overeenkomst.

58 Zie art. 4.2 (a) van de Overeenkomst.

59 Zie art. 4.2 (b) van de Overeenkomst.

60 Zie bijlage 4, paragraaf 3 bij de Overeenkomst.

61 Zie art. 10.1 van de Overeenkomst.

62 Zie bijlage 4, paragraaf 1 bij de Overeenkomst.

63 Zie bijlage 4, paragraaf 1 bij de Overeenkomst.

64 Zie art. 4.4 (b) van de Overeenkomst.

65 Zie art. 4.4 (c) van de Overeenkomst.

66 Zie art. 4.3 (a) van de Overeenkomst.

67 Zie art. 4.3 (b) van de Overeenkomst.

68 Zie art. 2.1 (a) (ii) van de Overeenkomst.

69 Zie bijlage 8 bij de Overeenkomst.

sten en het *monitoringsplan*. De vaststelling van de verschillende *plannen* vindt plaats overeenkomstig de vaststellingsprocedure.⁷⁰ De vaststellingsprocedure houdt - samengevat - in dat de opdrachtnemer na ontvangst binnen 20 *werkdagen* moet aangeven of het document is vastgesteld of niet. Indien het document is vastgesteld dan wordt het document aan de opdrachtnemer teruggestuurd met de aantekening 'ontvangen'. Indien de opdrachtnemer niet binnen de gestelde termijn (van 20 *werkdagen*) reageert, geldt het document ook als 'ontvangen' en dus als vastgesteld.⁷¹ Als de opdrachtnemer het document niet heeft vastgesteld, dan stuurt hij het document terug met één van de volgende drie aantekeningen: (i) ontvangen met opmerkingen, (ii) ontvangen en aanvullende informatie vereist of (iii) ontvangen, aanpassen en opnieuw voorleggen.⁷² In de vaststellingsprocedure is per aantekening het verdere verloop beschreven.⁷³

Voor wat betreft de vaststelling van (i) het *verhuisplan*⁷⁴, (ii) het *uitvoeringsplan diensten*⁷⁵ en (iii) het *monitoringsplan*⁷⁶ geldt bovendien dat de opdrachtnemer een boete verbeurt voor iedere maand dat het respectievelijke *plan* niet tijdig is vastgesteld.

Om te waarborgen dat het *object* tijdig *beschikbaar* wordt gesteld aan de opdrachtnemer is aan het niet tijdig behalen van het *beschikbaarheidscertificaat* zelf ook een boete gekoppeld. Als het *beschikbaarheidscertificaat* niet is verkregen op de *geplande beschikbaarheidsdatum* verbeurt de opdrachtnemer deze boete.⁷⁷ Overigens zal de opdrachtnemer zelf ook streven naar tijdige verkrijging van het *beschikbaarheidscertificaat*, aangezien vanaf de *beschikbaarheidsdatum* de betaling van de periodiek te betalen *beschikbaarheidsvergoeding* aanvangt.

Uit de definitie van *grond voor onmiddellijke beëindiging* volgt dat voor het behalen van het *beschikbaarheidscertificaat* ook een zogenaamde 'long-stop-date' geldt. Indien de opdrachtnemer niet binnen deze termijn het *beschikbaarheidscertificaat* heeft verkregen, dan heeft de opdrachtnemer het eenzijdige recht om de Overeenkomst te beëindigen. De opdrachtnemer moet dan een vergoeding betalen die de volgende componenten omvat: de waarde van de reeds verrichte werkzaamheden minus (i) een gefixeerde vergoeding voor additionele kosten en (ii) een bedrag ter hoogte van 50% van het bedrag van de *uitvoeringsgarantie*. Deze vergoeding

kan negatief zijn. In dat geval dient de opdrachtnemer aan de opdrachtgever te betalen.⁷⁸

De Overeenkomst bepaalt de verdere procedure voor afgifte van het *beschikbaarheidscertificaat*.⁷⁹ Op de *beschikbaarheidsdatum* vindt geen oplevering plaats in traditionele zin. Immers, bij oplevering in traditionele zin gaat het risico over op de opdrachtgever. Dat is in een DBFMO-project juist niet het geval. In plaats van een oplevering in traditionele zin wordt het *object* vanaf de *beschikbaarheidsdatum* namelijk ter beschikking gesteld aan de opdrachtnemer. De opdrachtnemer dient er na de *beschikbaarheidsdatum* steeds voor te zorgen dat het *object* voldoet aan de vereisten zoals geformuleerd in de *outputspecificatie* en in overeenstemming is met het *uitwerkings- en realisatieplan*. Alleen dan is sprake van *beschikbaarheid* en verbeurt de opdrachtnemer geen *kortingen* op de *beschikbaarheidsvergoeding*.

4.3 Verkrijgen van het voltooiingscertificaat

Kleine gebreken kunnen geen reden zijn voor de opdrachtnemer om afgifte van het *beschikbaarheidscertificaat* te weigeren.⁸⁰ Onder *kleine gebreken* worden verstaan het op ondergeschikte punten niet voldoen van het *object* aan de daaraan gestelde eisen. De *kleine gebreken* worden door de opdrachtnemer opgenomen in het *beschikbaarheidscertificaat*. Herstel van deze *kleine gebreken* is vervolgens een voorwaarde voor afgifte van het *voltooiingscertificaat*.⁸¹ Verder dient de opdrachtnemer voor afgifte van het *voltooiingscertificaat* aan te tonen dat het *registratiesysteem* werkt en leidt tot rechtmatige facturatie.⁸²

De Overeenkomst beschrijft de verdere procedure voor afgifte van het *voltooiingscertificaat*.⁸³ De datum waarop het *voltooiingscertificaat* is afgegeven wordt de *voltooiingsdatum* genoemd. Op de *voltooiingsdatum* dient de opdrachtnemer een *eenmalige betaling* aan de opdrachtnemer te voldoen.⁸⁴ Het is daarom ook in het belang van de opdrachtnemer dat afgifte van het *voltooiingscertificaat* spoedig plaatsvindt.

Uit de definitie van *grond voor onmiddellijke beëindiging* volgt dat voor het behalen van het *voltooiingscertificaat* ook een 'long-stop-date' geldt. Indien de opdrachtnemer niet binnen de voorgescreven termijn vanaf de *geplande voltooiingsdatum* het *voltooiingscertificaat* heeft verkregen, heeft de opdrachtnemer het eenzijdige recht om de Over-

70 Zie bijlage 10 bij de Overeenkomst.

71 Zie Bijlage 10, paragraaf 1.1 (b) en (c) bij de Overeenkomst.

72 Zie Bijlage 10, paragraaf 1.1 (a) bij de Overeenkomst.

73 Zie Bijlage 10 bij de Overeenkomst.

74 Zie art. 4.5 (k) van de Overeenkomst.

75 Zie art. 6.1 (d) van de Overeenkomst.

76 Zie art. 8.2 (e) van de Overeenkomst.

77 Zie art. 4.6 van de Overeenkomst.

78 Zie bijlage 4, paragraaf 1 bij de Overeenkomst.

79 Zie art. 4.5 van de Overeenkomst.

80 Zie art. 4.5 (i) van de Overeenkomst.

81 Zie bijlage 8 bij de Overeenkomst.

82 Zie bijlage 8 bij de Overeenkomst.

83 Zie art. 4.8 van de Overeenkomst.

84 Zie art. 5 van bijlage 2 bij de Overeenkomst.

eenkomst te beëindigen.⁸⁵ De opdrachtgever moet dan een vergoeding betalen die de volgende componenten omvat: de waarde van de reeds verrichtte werkzaamheden minus (i) een gefixeerde vergoeding voor additionele kosten en (ii) een bedrag ter hoogte van 50% van het bedrag van de *uitvoeringsgarantie*. Deze vergoeding kan negatief zijn. In dat geval dient de opdrachtnemer aan de opdrachtgever te betalen.⁸⁶

4.4 Verkrijgen van het overdrachtscertificaat

De opdrachtnemer dient er tot slot voor te zorgen dat op de *einddatum* is voldaan aan de voorwaarden voor afgifte van het *overdrachtscertificaat*.⁸⁷ Deze voorwaarden zijn opgenomen in het *certificatenplan*.⁸⁸ De voorwaarden zijn erop gericht om een soepele overgang van het *object* te bewerkstelligen. Partijen dienen het *object* op verzoek van de opdrachtgever gezamenlijk te inspecteren binnen de voorgeschreven termijn.⁸⁹ De opdrachtnemer is vervolgens verplicht om een *overdrachtsgarantie* ter hand te stellen aan de opdrachtgever met een looptijd tot 6 maanden na de *einddatum*.⁹⁰ De Overeenkomst beschrijft de procedure voor afgifte van het *overdrachtscertificaat*.⁹¹

4.5 Overige verplichtingen van de opdrachtnemer

De *exploitatiefase* omvat de periode vanaf de *beschikbaarheidsdatum* tot en met de *einddatum*. In deze fase staat de 'exploitatie' of beter gezegd het *beschikbaar* stellen van het *object* en het leveren van de *diensten* centraal.⁹² Gedurende de *exploitatiefase* dient de opdrachtnemer: (i) alle *werkzaamheden* uit te voeren overeenkomstig het *managementsysteem*⁹³, (ii) het *object* beschikbaar te houden en (iii) de *diensten* te leveren.⁹⁴

De opdrachtgever dient voor dat doel aan de opdrachtnemer (en zijn *hulpverleners*) toegang te verlenen tot het *object*.⁹⁵ De opdrachtnemer moet bij het uitvoeren van de *werkzaamheden* rekening houden met de werkzaamheden van de opdrachtgever of derden in opdracht van de opdrachtgever.⁹⁶ Voor de opdrachtgever geldt een vergelijkbare verplichting tegenover de opdrachtnemer. De opdrachtgever moet ervoor zorgen dat haar werk-

zaamheden worden gecoördineerd met de *werkzaamheden* van de opdrachtnemer.⁹⁷ Het *object* mag door de opdrachtgever alleen worden gebruikt voor het doel als omschreven in de Overeenkomst.⁹⁸ De opdrachtgever dient te bevorderen dat *gebruikers* van het *object* zich als goede gebruikers gedragen.⁹⁹

5. Verplichtingen opdrachtgever

In een DBFMO-project is de rol van de opdrachtgever veel meer van passieve aard dan in traditionele bouwprojecten. Zoals we hiervoor al beschreven, is dit een gevolg van het karakter van een DBFMO-project. In plaats van op de 'input' wordt veel meer gestuurd op de 'output'. In dat verband dus geen bestek en tekeningen, maar een functioneel programma van eisen opgenomen in de *outputspecificatie*, waarbij de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor de wijze waarop de 'output' wordt bewerkstelligd. Om te bewerkstelligen dat de 'output' uiteindelijk overeenkomt met de verwachtingen van de opdrachtgever, staan de opdrachtgever in ieder geval twee 'middelen' ter beschikking.

Het eerste is dat het *definitief ontwerp*, dat als onderdeel van het *uitwerkings- en realisatieplan* door de opdrachtgever wordt vastgesteld, gebaseerd dient te zijn op en tenminste hetzelfde kwaliteitsniveau dient te hebben als het *voorlopig ontwerp* dat de opdrachtnemer bij de *inschrijving* heeft ingediend.¹⁰⁰ Ten tweede bevat de Overeenkomst een speciaal betalingsmechanisme, gekoppeld aan de *outputspecificatie*. Samengevat komt het erop neer dat de opdrachtgever door deze koppeling in staat is om *kortingen* toe te passen op de *beschikbaarheidsvergoeding* indien het *object* en/of de *dienst* niet overeenstemt met de *outputspecificatie*. We lichten dit als volgt toe.

Het betalingsmechanisme werkt als volgt. De opdrachtgever moet: (i) over de periode vanaf de *beschikbaarheidsdatum* tot en met de *einddatum* aan de opdrachtnemer de *netto beschikbaarheidsvergoeding* betalen¹⁰¹, (ii) de *eenmalige betaling* doen op de *voltooiingsdatum*¹⁰² en (iii) vanaf de *beschikbaarheidsdatum* tot en met de *einddatum* de vergoeding *standaard variabele diensten* betalen aan de opdrachtnemer.¹⁰³

Het betalingsmechanisme prikkelt de opdrachtnemer aldus tot het tijdig realiseren van het *object*. Dit zit als volgt. De opdrachtgever betaalt

⁸⁵ Zie art. 10.1 van de Overeenkomst.

⁸⁶ Zie bijlage 4, paragraaf 1 bij de Overeenkomst.

⁸⁷ Zie art. 7.1 van de Overeenkomst.

⁸⁸ Zie bijlage 8 bij de Overeenkomst.

⁸⁹ Zie art. 7.2 van de Overeenkomst.

⁹⁰ Zie art. 7.3 van de Overeenkomst.

⁹¹ Zie art. 7.4 van de Overeenkomst.

⁹² Zie art. 5.2 van de Overeenkomst in overeenstemming met de outputspecificatie en de regelgeving.

⁹³ Zie art. 8.1 van de Overeenkomst.

⁹⁴ Zie art. 2.1 (a) van de Overeenkomst.

⁹⁵ Zie art. 5.1 van de Overeenkomst.

⁹⁶ Zie art. 5.1 (b) van de Overeenkomst.

⁹⁷ Zie art. 5.3 van de Overeenkomst.

⁹⁸ Zie art. 5.4 van de Overeenkomst.

⁹⁹ Zie art. 5.4 (b) van de Overeenkomst.

¹⁰⁰ Zie art. 4.1 (a) (i) van de Overeenkomst.

¹⁰¹ Zie bijlage 2 bij de Overeenkomst.

¹⁰² Zie bijlage 2 bij de Overeenkomst.

¹⁰³ Zie art. 2.2 van de Overeenkomst.

de *beschikbaarheidsvergoeding* pas vanaf de *beschikbaarheidsdatum*. Hierdoor heeft de opdrachtnemer - naast de boete bij te late *beschikbaarheid* - nog een financiële prikkel om het *object* op de *geplande beschikbaarheidsdatum* beschikbaar te hebben.¹⁰⁴ De betaling van de *eenmalige betaling* is vervolgens gekoppeld aan de *voltooiingsdatum*.¹⁰⁵ Zolang de opdrachtnemer het *object* niet *beschikbaar* heeft gemaakt, ontvangt hij geen enkele vergoeding van de opdrachtgever. De opdrachtgever betaalt niet voor een *object*, maar voor een dienst, namelijk de beschikbaarheid van het *object*.

Het betalingsmechanisme prikkelt de opdrachtnemer verder tot het leveren van de gewenste kwaliteit. De *beschikbaarheidsvergoeding* is namelijk gekoppeld aan de *beschikbaarheid* van een *ruimte* in het *object* en het daadwerkelijk leveren van de *dienst*. Het *beschikbaar* hebben of het leveren van de *diensten* alleen is niet voldoende. Vereist is verder dat het *object* en de *diensten* ook voldoen aan de (kwaliteits)eisen die de opdrachtgever in de *outputspecificatie* heeft geformuleerd. De Overeenkomst bevat voor dat doel een systeem bestaande uit het betalingsmechanisme, de *outputspecificatie* en monitoring. Op hoofdlijnen werkt dit systeem als volgt. De *outputspecificatie* bevat de eisen waaraan de *ruimten* en de *diensten* gedurende de *exploitatiefase* moeten voldoen. Als niet aan een eis in de *outputspecificatie* wordt voldaan, wordt dit via een *melding* geregistreerd in het *registratiesysteem*.¹⁰⁶ Indien de opdrachtgever bekend raakt met een *tekortkoming opdrachtnemer*, dan stelt hij de opdrachtnemer daarvan in kennis.¹⁰⁷ Als een *melding* ontvangen is, gaat vanaf dat moment de *toegestane herstelltijd* voor de betreffende prestatie-eis of beschikbaarheidseis lopen.¹⁰⁸ De opdrachtnemer heeft vervolgens een herstellplicht.¹⁰⁹ Dit betekent dat de opdrachtnemer het gebrek dient te herstellen: (i) binnen de *toegestane herstelltijd* dan wel (ii) binnen een redelijke termijn. Als het gebrek vervolgens binnen de *toegestane herstelltijd* wordt verholpen, ontvangt de opdrachtnemer het volledige bedrag van de periodiek te betalen *beschikbaarheidsvergoeding*. Het is daarom belangrijk dat de gewenste 'output' in *outputspecificatie* scherp geformuleerd is. Aldus is de opdrachtgever in staat om te monitoren of het *object* voldoet aan de gewenste output.

In het geval de opdrachtnemer er niet in slaagt om het gebrek tijdig te herstellen dan mag de opdrachtgever er, naast het toepassen van de *korting* op de *beschikbaarheidsvergoeding*, alleen voor kiezen

om: (i) een vordering tot nakoming in te stellen¹¹⁰, (ii) zelf de *tekortkoming opdrachtnemer* te herstellen of door een ander te laten herstellen, (iii) maatregelen te treffen of (iv) de Overeenkomst te beëindigen.

Als de opdrachtgever ervoor kiest om (ii) zelf de *tekortkoming opdrachtnemer* te herstellen of door een ander te laten herstellen of (iii) maatregelen te treffen, moet de opdrachtnemer een bedrag vergoeden aan de opdrachtgever gelijk aan de door de opdrachtgever aan derden betaalde kosten, de door opdrachtgever intern gemaakte kosten vermeerderd met een opslag van 10%.¹¹¹

De opdrachtgever kan er vervolgens niet zonder meer voor kiezen om de Overeenkomst te beëindigen. Eerst dient gekeken te worden naar de *directe overeenkomst*.¹¹² Dit kan ertoe leiden dat de *financiers* zullen 'instappen'. Indien de Overeenkomst wordt beëindigd, dan dient de opdrachtgever een vergoeding te betalen die de volgende componenten omvat: de waarde van de reeds verrichte werkzaamheden minus (i) een gefixeerde vergoeding voor additionele kosten en (ii) een bedrag ter hoogte van 50% van het bedrag van de *uitvoeringsgarantie*.¹¹³ Deze vergoeding kan negatief zijn. In dat geval dient de opdrachtnemer aan de opdrachtgever te betalen.¹¹⁴ De opdrachtgever is overigens niet bevoegd voor deze optie te kiezen indien de *tekortkoming opdrachtnemer* de beëindiging van de Overeenkomst niet rechtvaardigt.

De opdrachtgever kan in geval van herstel, maatregelen of nakoming ook *kortingen* toepassen op de *beschikbaarheidsvergoeding*. De *bruto beschikbaarheidsvergoeding* verminderd met een *beschikbaarheidscorrectie*, verminderd met een *prestatiecorrectie* en verminderd met een *herhalingskorting* wordt de *netto beschikbaarheidsvergoeding* genoemd.¹¹⁵ De *kortingen* zijn als volgt.

De *beschikbaarheidscorrectie* in een *betalperiode* is gelijk aan de som van de *beschikbaarheidskortingen* en de kortingen op basis van periodieke metingen.¹¹⁶

- Een *beschikbaarheidskorting* is het bedrag dat wordt ingehouden op de *bruto beschikbaarheidsvergoeding* in het geval dat een *ruimte* in een *betalperiode* gedurende enige tijd niet beschikbaar is en de *toegestane herstelltijd* is overschreden.
- Een korting op basis van een periodieke meting is van toepassing indien uit het resultaat van een periodieke meting blijkt dat de kwaliteit van

¹⁰⁴ Dit wordt tevens bewerkstelligd door de boete in art. 4.6 van de Overeenkomst.

¹⁰⁵ Zie art. 5 van bijlage 2 bij de Overeenkomst.

¹⁰⁶ Zie art. 8.3 van de Overeenkomst.

¹⁰⁷ Zie art. 11.1 van de Overeenkomst.

¹⁰⁸ Zie art. 8.9 van de Overeenkomst.

¹⁰⁹ Zie art. 8.9 van de Overeenkomst.

¹¹⁰ Zie art. 3:296 Burgerlijk Wetboek.

¹¹¹ Zie art. 11.1 (c) van de Overeenkomst.

¹¹² Zie art. 10.7 van de Overeenkomst.

¹¹³ Zie bijlage 4, paragraaf 1 bij de Overeenkomst.

¹¹⁴ Zie bijlage 4, paragraaf 1 bij de Overeenkomst.

¹¹⁵ Zie art. 1.3 van bijlage 2 bij de Overeenkomst.

¹¹⁶ Zie art. 2 van bijlage 2 bij de Overeenkomst.

een *ruimte* niet voldoet aan de gestelde eisen in de *outputspecificatie* of een periodieke meting niet (tijdig) is uitgevoerd conform de *outputspecificatie*.

De *prestatiecorrectie* in een *betalperiode* is gelijk aan de som van de *prestatiekortingen* en de kortingen op basis van periodieke metingen.¹¹⁷

- Een *prestatiekorting* is het bedrag dat wordt ingehouden op de *bruto beschikbaarheidsvergoeding* in het geval van een *prestatiegebrek* als de *toegestane hersteltijd* is overschreden. Een *prestatiegebrek* is in de Overeenkomst omschreven als het niet voldoen van een *dienst* aan de daaraan in de *outputspecificatie* gestelde eisen.
- Een korting op basis van een periodieke meting is van toepassing indien uit het resultaat van een periodieke meting blijkt dat de kwaliteit van een *dienst* niet voldoet aan de gestelde eisen in de *outputspecificatie* of een periodieke meting niet (tijdig) is uitgevoerd conform de *outputspecificatie*.

De opdrachtgever kan een *herhalingskorting* toepassen indien ten aanzien van dezelfde *dienst* in een *betalperiode* meer dan het in de *outputspecificatie* maximaal aantal *prestatiegebreken* optreedt dan wel ten aanzien van dezelfde *ruimte* meer dan het in de *outputspecificatie* vermelde maximaal aantal *beschikbaarheidsgebreken* optreedt.¹¹⁸

Voor zover de *tekortkoming opdrachtnemer* het gevolg is van een *bijzondere omstandigheid* geldt een afwijkende procedure. Op deze procedure zal in de volgende paragraaf worden ingegaan. De opdrachtgever heeft geen andere rechten dan in de Overeenkomst uitdrukkelijk genoemd. De opdrachtgever mag bijvoorbeeld niet zijn verplichtingen op grond van de Overeenkomst opschorten of (aanvullende) schadevergoeding of ontbinding vorderen van de Overeenkomst.¹¹⁹

De opdrachtgever dient de *beschikbaarheid* en de *diensten* gedurende de *exploitatiefase* goed te monitoren. De opdrachtgever heeft hiertoe verschillende middelen, bijvoorbeeld het doen van periodieke metingen¹²⁰, het doen van incidentele metingen¹²¹ en het uitvoeren van inspecties.¹²² Het *monitoringsplan* bevat een *registratiesysteem* waarin de resultaten kunnen worden geregistreerd.¹²³ De

opdrachtnemer dient maandelijks te rapporteren aan de opdrachtgever over het *monitoringsplan*.¹²⁴

Om het potentieel van DBFMO volledig te benutten is het van belang dat het contractmanagement adequaat is. Het is bijvoorbeeld belangrijk dat de opdrachtgever *meldingen* tijdig aan de opdrachtnemer kenbaar maakt en in geval van overschrijding van de *toegestane hersteltijd kortingen* daadwerkelijk toepast. Een goed contractmanagement is een blijvend aandachtspunt voor de opdrachtgever.¹²⁵

Naast de betaling van de *netto beschikbaarheidsvergoeding* betaalt de opdrachtgever ook een vergoeding voor de *standaard variabele diensten*.¹²⁶ Deze vergoeding wordt per *betalperiode* vastgesteld op de som van de producten van de hoeveelheid in de desbetreffende *betalperiode* afgenomen *standaard variabele diensten* maal de bij deze *standaard variabele diensten* behorende eenheidsprijs. De opdrachtgever betaalt alleen voor de werkelijk afgenomen *diensten*. De vastgestelde eenheidsprijzen kunnen gedurende de looptijd van de Overeenkomst worden aangepast.¹²⁷

De opdrachtnemer is gedurende de *exploitatiefase* verantwoordelijk voor een tijdige en juiste aansluiting en levering van gas en elektriciteit ten behoeve van het *object*.¹²⁸ De opdrachtgever draagt alleen het risico in prijs en volume van het gebruikersdeel van het elektriciteitsverbruik. De overige kosten zijn in beginsel voor rekening van de opdrachtnemer. Deze kosten worden per *betalperiode* verrekend tussen partijen.¹²⁹

6. Bijzondere omstandigheden

Tot zover een beschrijving van de verplichtingen van partijen onder de Overeenkomst. Gedurende de lange looptijd kunnen zich allerlei omstandigheden voordoen waardoor het niet dan wel alleen met *financieel nadeel* mogelijk is om de verplichtingen onder de Overeenkomst (tijdig) na te komen. De Overeenkomst onderscheidt in dat verband de volgende *bijzondere omstandigheden*: (i) een *geval van overmacht*, (ii) een *geval van uitstel*, (iii) een *geval van uitgestelde voltooiing* of (iv) een *geval van vergoeding*. Op deze *bijzondere omstandigheden* en de (financiële) gevolgen ervan gaan we hieronder verder in.

¹¹⁷ Zie art. 3 van bijlage 2 bij de Overeenkomst.

¹¹⁸ Zie art. 4 van bijlage 2 bij de Overeenkomst.

¹¹⁹ Zie art. 11.1 (d) van de Overeenkomst.

¹²⁰ Zie art. 8.4 van de Overeenkomst.

¹²¹ Zie art. 8.5 van de Overeenkomst.

¹²² Zie art. 8.7 van de Overeenkomst.

¹²³ Zie art. 8.2 van de Overeenkomst.

¹²⁴ Zie art. 8.6 (a) van de Overeenkomst.

¹²⁵ Ministerie van Financiën, Voortgangsrapportage DBFM(O) 2014, p. 7.

¹²⁶ Zie art. 6 van bijlage 2 bij de Overeenkomst.

¹²⁷ Zie art. 6.2 en 6.3 van de Overeenkomst.

¹²⁸ Zie art. 5.6 van de Overeenkomst.

¹²⁹ Zie art. 7 van bijlage 2 bij de Overeenkomst.

Geval van overmacht

De Overeenkomst geeft een limitatieve omschrijving van de *gevallen van overmacht*.¹³⁰ Deze limitatieve opsomming geeft aan dat andere omstandigheden dus niet kwalificeren als *geval van overmacht*.¹³¹ Het risico van het zich voordoen van een andere omstandigheid ligt bij de opdrachtnemer. De opdrachtnemer dient deze risico's te beprijzen en waar mogelijk te verzekeren.

Het uitgangspunt bij een *geval van overmacht* is dat de oorzaak van een *geval van overmacht* niet te beheersen is door partijen. In dat verband is ervoor gekozen om de gevolgen zoveel mogelijk te verdelen. Partijen zijn tegenover elkaar bijvoorbeeld niet aansprakelijk voor enige schade als gevolg van een *geval van overmacht*.¹³² Schade blijft geheel voor rekening van de partij die de schade heeft geleden.

Er kunnen vervolgens twee scenario's worden onderscheiden.

In het eerste scenario betreft het een *geval van overmacht* aan de kant van de opdrachtnemer.¹³³ Partijen dienen eerst vast te stellen welke maatregelen de opdrachtnemer kan nemen om de nadelige gevolgen van het *geval van overmacht* te beperken, zonder daarbij dus gehouden te zijn om schade aan het *object* als gevolg van het *geval van overmacht* te herstellen. De opdrachtnemer is wel gehouden om de maatregelen te nemen die redelijkerwijs mogelijk zijn om de nadelige gevolgen van het *geval van overmacht* te beperken. Verder moeten partijen in overleg treden over de mogelijkheden van voortzetting van de Overeenkomst, al dan niet in gewijzigde vorm. Daarbij kan de opdrachtgever de opdrachtnemer opdragen om tegen vergoeding van het *financieel nadeel* de gevolgen van een *geval van overmacht* te herstellen. Voor de duur van het *geval van overmacht* worden de verplichtingen van de opdrachtnemer die ten gevolge daarvan niet of alleen met *financieel nadeel* kunnen worden nagekomen, opgeschort. Als de Overeenkomst wordt beëindigd, zullen die verplichtingen worden geacht te zijn vervallen.¹³⁴

In het tweede scenario betreft het een *geval van overmacht* aan de kant van de opdrachtgever.¹³⁵ In dat scenario worden voor de duur ervan de verplichtingen van de opdrachtgever die ten gevolge van het *geval van overmacht* niet of slechts tegen hogere kosten kunnen worden nagekomen, opgeschort. Partijen moeten in overleg treden over de mogelijkheden van voortzetting van de Overeen-

komst, al dan niet in gewijzigde vorm. Als de Overeenkomst wordt beëindigd, zullen die verplichtingen worden geacht te zijn vervallen.¹³⁶

De opdrachtgever moet gedurende de periode van het zich voordoen van een *geval van overmacht* een vergoeding betalen aan de opdrachtnemer.¹³⁷ Voor wat betreft de hoogte van de vergoeding is het moment waarop het *geval van overmacht* zich voordoet bepalend.

Is dit moment gelegen voor de *beschikbaarheidsdatum* dan is de vergoeding nihil.

Bij een *geval van overmacht* dat zich voordoet na de *beschikbaarheidsdatum* moet vastgesteld worden ten aanzien van welk gedeelte van het *object* als gevolg van dat *geval van overmacht* de opdrachtnemer zijn verplichtingen niet meer, of slechts met *financieel nadeel*, kan nakomen. Dit gedeelte wordt uitgedrukt in een *gedeeltelijk niet-beschikbaarheidspercentage* (GNBP%). De vergoeding bestaat in dat geval - samengevat - uit een betaling voor dat deel van het *object* dat *beschikbaar* is en voor het gedeelte van het *object* dat niet *beschikbaar* is, krijgt de opdrachtnemer alleen de financieringslasten vergoed.

Onder de volgende voorwaarden zijn partijen bevoegd om de Overeenkomst te beëindigen.

Als een *geval van overmacht* 180 werkdagen voortduurt en partijen geen overeenstemming hebben bereikt over de voortzetting van de Overeenkomst, of zoveel eerder als vaststaat dat de Overeenkomst als gevolg van een *geval van overmacht* niet zal worden voortgezet.¹³⁸

Als de *kritieke vertraging* als gevolg van een *geval van overmacht* tezamen met alle voorgaande *kritieke vertragingen* langer duurt dan 2 jaar. De opdrachtnemer mag de Overeenkomst alleen op deze grond beëindigen nadat de opdrachtgever de keuze heeft gemaakt of geacht wordt te hebben gemaakt voor betaling van een vergoeding in plaats van beëindiging.¹³⁹ De opdrachtgever mag de Overeenkomst slechts op deze grond beëindigen als de opdrachtgever niet kiest of geacht wordt te hebben gekozen voor betaling van een vergoeding.¹⁴⁰

Als bij een *geval van overmacht*, de totale *kritieke vertraging voltooiing* van dat *geval van overmacht*, tezamen met alle voorgaande *kritieke vertragingen voltooiing* en tezamen met alle voorgaande *kritieke*

¹³⁶ Zie art. 10.6 van de Overeenkomst.

¹³⁷ Zie bijlage 3, paragraaf 3 bij de Overeenkomst, tenzij het een *geval van overmacht* als bedoeld onder (a) van de definitie daarvan betreft dan wel het *geval van overmacht* kwalificeert als een *geval van uitstel* die aanleiding geeft tot een *kritieke vertraging*. In dat laatste geval vindt vergoeding plaats overeenkomstig de vergoeding bij een *geval van uitstel*.

¹³⁸ Zie art. 10.6 (a) van de Overeenkomst. Niet van toepassing op een *geval van overmacht* dat in de weg staat aan het bereiken van financial close als bedoeld in artikel 3.2 (c) van de Overeenkomst.

¹³⁹ Zie bijlage 3, paragraaf 3.1 in samenhang met paragraaf 1.3 sub (a) onder (ii).

¹⁴⁰ Zie art. 10.6 (b) van de Overeenkomst jo. bijlage 3, paragraaf 3.1 (b) in samenhang met paragraaf 1.3 (a) (ii) bij de Overeenkomst.

¹³⁰ Zie bijlage 1 bij de Overeenkomst.

¹³¹ Zie art. 24.8 van de Overeenkomst.

¹³² Zie art. 9.7 van de Overeenkomst.

¹³³ Zie art. 9.5 van de Overeenkomst.

¹³⁴ Zie art. 10.6 van de Overeenkomst.

¹³⁵ Zie art. 9.6 van de Overeenkomst.

vertragingen en verminderd met het aantal kalenderdagen dat de *beschikbaarheidsdatum* valt vóór de *geplande beschikbaarheidsdatum* langer duurt dan 2 jaar. De opdrachtnemer mag de Overeenkomst slechts op deze grond beëindigen nadat de opdrachtgever de keuze heeft gemaakt of geacht wordt te hebben gemaakt voor betaling van een vergoeding. De opdrachtgever mag de Overeenkomst slechts op deze grond beëindigen als de opdrachtgever niet kiest of geacht wordt te hebben gekozen om een vergoeding te betalen.¹⁴¹

Bij een beëindiging moet de opdrachtgever een vergoeding betalen aan de opdrachtnemer.¹⁴² De vergoeding bevat samengevat de volgende componenten: (i) hoofdsommen die uitstaan op grond van de *financieringsovereenkomsten* plus de over de hoofdsommen verschuldigde maar nog niet betaalde rente en commitment fees (voor zover marktconform), (ii) verbrekingskosten van de *financieringsovereenkomsten* (voor zover marktconform), (iii) hoofdsommen die uitstaan op grond van de *overeenkomsten van aandeelhouderslening* minus de reeds gedane rentebetalingen op grond van de *overeenkomsten van aandeelhouderslening*, (iv) het gestort kapitaal op aandelen in de opdrachtnemer plus eventueel bedongen en betaalde agio minus de reeds gedane uitkeringen op aandelen en (v) eventueel verschuldigde belasting minus: (i) uitkeringen van de verzekeraar en (ii) het netto werkkapitaal.

Geval van uitstel en geval van uitgestelde voltooiing

Een andere *bijzondere omstandigheid* is een *geval van uitstel*. De Overeenkomst geeft een limitatieve opsomming van gebeurtenissen die hieronder vallen.¹⁴³ Van een *geval van uitstel* is alleen sprake in geval van een *kritieke vertraging*. Van een *kritieke vertraging* is sprake bij een vertraging van de *werkzaamheden* als gevolg waarvan het zonder *financieel nadeel* onvermijdelijk is dat de *geplande beschikbaarheidsdatum* (additioneel) wordt overschreden.

Als bij een *geval van uitstel* de opdrachtnemer de *kritieke vertraging* of een deel daarvan met *financieel nadeel* kan inlopen, moet de opdrachtnemer dat op verzoek van de opdrachtgever doen.¹⁴⁴ De *geplande beschikbaarheidsdatum* schuift op met een periode die gelijk is aan de duur van de *kritieke vertraging*. Bij een *geval van uitstel* moeten de opdrachtgever en de opdrachtnemer voor elke *betalingsperiode* na het optreden van het *geval van uitstel* een vergoeding vaststellen volgens een vast systeem. Deze vergoeding kan negatief zijn.¹⁴⁵

Een andere *bijzondere omstandigheid* is een *geval van uitgestelde voltooiing*. De Overeenkomst geeft een limitatieve opsomming van de gebeurtenissen die hieronder vallen.¹⁴⁶ Van een *geval van uitgestelde voltooiing* is alleen sprake in geval van een *kritieke vertraging voltooiing*. Van een *kritieke vertraging voltooiing* is sprake bij een vertraging van de *werkzaamheden* als gevolg waarvan het zonder *financieel nadeel* onvermijdelijk is dat de *geplande voltooiingsdatum* (additioneel) wordt overschreden.

Als bij een *geval van uitgestelde voltooiing* de opdrachtnemer de *kritieke vertraging voltooiing* of een deel daarvan met *financieel nadeel* kan inlopen, moet de opdrachtnemer dat op verzoek van de opdrachtgever doen.¹⁴⁷ De *geplande voltooiingsdatum* schuift op met een periode die gelijk is aan de duur van de *kritieke vertraging voltooiing*. Bij een *geval van uitgestelde voltooiing* moeten de opdrachtgever en de opdrachtnemer voor elke *betalingsperiode* na het optreden van het *geval van uitgestelde voltooiing* een vergoeding vaststellen volgens een vast systeem. Deze vergoeding kan negatief zijn.¹⁴⁸

Onder de volgende voorwaarden zijn partijen bevoegd om de Overeenkomst te beëindigen.

- als bij een *geval van uitstel* de *kritieke vertraging* langer duurt dan, of vaststaat dat de *kritieke vertraging* langer zal duren dan twee jaar en de opdrachtgever kiest of geacht wordt te hebben gekozen voor betaling van een vergoeding.¹⁴⁹ De opdrachtnemer mag de Overeenkomst slechts op deze grond beëindigen binnen 20 werkdagen nadat de opdrachtgever de keuze heeft gemaakt of geacht wordt te hebben gemaakt voor betaling van de vergoeding;
- als bij een *geval van uitstel* de *kritieke vertraging* tezamen met de reeds opgetreden *kritieke vertraging* van alle eerdere *gevallen van uitstel* langer duurt dan twee jaar en de opdrachtgever kiest of geacht wordt te hebben gekozen voor betaling van een vergoeding.¹⁵⁰ De opdrachtnemer mag de Overeenkomst slechts op deze grond beëindigen binnen 20 werkdagen nadat de opdrachtgever de keuze heeft gemaakt of geacht wordt te hebben gemaakt voor betaling van de;
- als bij een *geval van uitgestelde voltooiing* de *kritieke vertraging voltooiing* langer duurt dan, of vaststaat dat de *kritieke vertraging voltooiing* langer zal duren dan twee jaar en de opdrachtgever kiest of geacht wordt te hebben gekozen voor betaling van een vergoeding.¹⁵¹ De opdracht-

¹⁴¹ Zie art. 10.6 (c) (iii) van de Overeenkomst.

¹⁴² Zie bijlage 4, paragraaf 4 bij de Overeenkomst.

¹⁴³ Zie bijlage 1 bij de Overeenkomst.

¹⁴⁴ Zie art. 9.2 (c) van de Overeenkomst.

¹⁴⁵ Zie bijlage 3, paragraaf 1 bij de Overeenkomst.

¹⁴⁶ Zie bijlage 1 bij de Overeenkomst.

¹⁴⁷ Zie art. 9.3 (c) van de Overeenkomst.

¹⁴⁸ Zie bijlage 3, paragraaf 4 bij de Overeenkomst.

¹⁴⁹ Zie bijlage 3, paragraaf 1.3 (a) (ii) bij de Overeenkomst.

¹⁵⁰ Zie bijlage 3, paragraaf 1.3 (a) (ii) bij de Overeenkomst.

¹⁵¹ Zie bijlage 3, paragraaf 4.3 (a) (ii) bij de Overeenkomst.

nemer mag de Overeenkomst slechts op deze grond beëindigen binnen 20 werkdagen nadat de opdrachtgever de keuze heeft gemaakt of geacht wordt te hebben gemaakt voor betaling van de vergoeding; of

- als bij een *geval van uitgestelde voltooiing* de *kritieke vertraging voltooiing* tezamen met de reeds opgetreden *kritieke vertraging voltooiing* van alle eerdere *gevallen van uitgestelde voltooiing* en tezamen met de reeds opgetreden *kritieke vertraging* van alle eerdere *gevallen van uitstel* en verminderd met het aantal kalenderdagen dat de *beschikbaarheidsdatum* valt vóór de *geplande beschikbaarheidsdatum* langer duurt dan twee jaar en de opdrachtgever kiest of geacht wordt te hebben gekozen voor betaling van een vergoeding.¹⁵² De opdrachtnemer mag de Overeenkomst slechts op deze grond beëindigen binnen 20 werkdagen nadat de opdrachtgever de keuze heeft gemaakt of geacht wordt te hebben gemaakt voor betaling van de vergoeding.¹⁵³

Bij een beëindiging van de Overeenkomst ten gevolge hiervan moet de opdrachtgever een vergoeding betalen aan de opdrachtnemer.¹⁵⁴ De opdrachtgever zal de opdrachtnemer een vergoeding betalen die de volgende componenten bevat: (i) hoofdsommen die uitstaan op grond van de *financieringsovereenkomsten* plus de over die hoofdsommen verschuldigde maar nog niet betaalde rente en commitment fees (voor zover marktconform), (ii) verbrekingskosten van de *financieringsovereenkomsten* (voor zover marktconform), (iii) hoofdsommen die uitstaan op grond van de *overeenkomsten van aandeelhouderslening*, (iv) het gestort en uitstaand kapitaal op de aandelen in de opdrachtnemer plus eventueel bedongen en betaalde agio, (v) verschillende rendementsvergoedingen, (vi) contractverbrekingskosten van bijvoorbeeld de onderaannemingsovereenkomsten en (vii) eventueel verschuldigde belasting minus uitkeringen van de verzekeraar.¹⁵⁵

Geval van vergoeding

De laatste *bijzondere omstandigheid* is een *geval van vergoeding*. De Overeenkomst geeft een limitatieve opsomming van de gebeurtenissen die hieronder vallen.¹⁵⁶ Het uitgangspunt bij een *geval van vergoeding* is dat de oorzaak van een *geval van vergoeding* het best te beheersen is door de opdrachtgever. In dat verband is bepaald dat bij een *geval van vergoeding* de opdrachtgever aan de opdrachtnemer, of als het gaat om een *wijziging opdrachtgever* mogelijkwerwijs de opdrachtnemer aan de opdrachtge-

ver, een vergoeding moet betalen.¹⁵⁷ Het *financieel nadeel* wordt daarbij vastgesteld door partijen met inachtneming van het bepaalde in *bijlage 3* bij de Overeenkomst. Voor zover het *geval van vergoeding* tevens kwalificeert als een *geval van uitstel* of een *geval van uitgestelde voltooiing*, schuift de *geplande beschikbaarheidsdatum* respectievelijk de *geplande voltooiingsdatum* op met het aantal dagen dat de *kritieke vertraging (voltooiing)* zich voordoet.

Voor wat betreft de vergoeding geldt een drempelbedrag bij enkele gebeurtenissen die leiden tot een *geval van vergoeding*. Voor wat betreft die *gevallen van vergoeding* is de opdrachtgever alleen verplicht om het vastgestelde bedrag te vergoeden voor zover dit groter is dan: (i) in de *realisatiefase* tienduizend euro en (ii) in de *exploitatiefase* drieduizend en vijfhonderd euro.¹⁵⁸

7. Voortijdige beëindiging

In de vorige paragraaf is al ingegaan op de mogelijkheden tot voortijdige beëindiging ten gevolge van een *bijzondere omstandigheid*. In het voorgaande is ook de mogelijkheid besproken tot voortijdige beëindiging van de Overeenkomst in geval van een *tekortkoming opdrachtnemer*. Hierna gaan we in op de overige mogelijkheden tot voortijdige beëindiging van de Overeenkomst, namelijk in geval van een *tekortkoming opdrachtgever*, in geval van een discretionaire beëindiging door de opdrachtgever en in geval dat zich een *grond van onmiddellijke beëindiging* voordoet.

Tekortkoming opdrachtgever

De Overeenkomst bepaalt wanneer er sprake is van een *tekortkoming opdrachtgever*.¹⁵⁹ Als een *tekortkoming opdrachtgever* zich voordoet, dient de opdrachtnemer de opdrachtgever daarvan kennis te geven en de opdrachtgever een redelijke termijn te stellen om de *tekortkoming opdrachtgever* te herstellen. In het geval de opdrachtgever hierin niet slaagt dan heeft de opdrachtnemer twee mogelijkheden: (i) een vordering tot nakoming instellen¹⁶⁰ of (ii) de beëindigingsrechten uitoefenen die hem uitdrukkelijk in de Overeenkomst zijn toegekend.¹⁶¹ De opdrachtnemer heeft vervolgens geen andere rechten dan in de Overeenkomst uitdrukkelijk genoemd. Zo mag de opdrachtnemer bijvoorbeeld: niet zijn verplichtingen opschorten, (aanvullende) schadevergoeding of ontbinding vorderen van de Overeenkomst. De opdrachtnemer is niet bevoegd

¹⁵² Zie bijlage 3, paragraaf 4.3 (a) (ii) bij de Overeenkomst.

¹⁵³ Zie art. 10.5 (a) en (b) van de Overeenkomst.

¹⁵⁴ Zie bijlage 4, paragraaf 3.

¹⁵⁵ Zie bijlage 4, paragraaf 3 bij de Overeenkomst.

¹⁵⁶ Zie bijlage 1 bij de Overeenkomst.

¹⁵⁷ Zie art. 9.4 van de Overeenkomst jo. bijlage 3, paragraaf 2 bij de Overeenkomst.

¹⁵⁸ Zie bijlage 3, paragraaf 2.1 bij de Overeenkomst.

¹⁵⁹ Zie bijlage 1 bij de Overeenkomst.

¹⁶⁰ Zie art. 3:296 Burgerlijk Wetboek.

¹⁶¹ Zie art. 10.3 van de Overeenkomst.

voor beëindiging te kiezen als de *tekortkoming opdrachtgever* de beëindiging niet rechtvaardigt.

Als de opdrachtnemer ervoor kiest om te beëindigen dan dient de opdrachtgever aan de opdrachtnemer een vergoeding te betalen.¹⁶² Indien de beëindiging plaatsvindt vóór *financial close* dan dient de opdrachtgever een vergoeding te betalen aan de opdrachtnemer die omvat: (i) de waarde van de door de opdrachtnemer verrichte werkzaamheden tot het moment van beëindiging, vast te stellen door een onafhankelijke deskundige en (ii) een vooraf vastgesteld bedrag voor schade.¹⁶³ Indien de beëindiging plaatsvindt na *financial close* dan dient de opdrachtgever een vergoeding te betalen aan de opdrachtnemer die de volgende componenten bevat: (i) hoofdsommen die uitstaan op grond van de *financieringsovereenkomsten*, (ii) verbrekingskosten van de *financieringsovereenkomsten* (voor zover marktconform), (iii) hoofdsommen die uitstaan op grond van de *overeenkomsten van aandeelhouderslening*, (iv) het gestort en uitstaand kapitaal in de opdrachtnemer en eventueel bedongen en betaalde agio, (v) verschillende rendementsvergoedingen, (vi) contractverbrekingskosten van bijvoorbeeld de onderaannemingsovereenkomsten en (vii) eventueel verschuldigde belasting minus (i) contante waarde van het rendement na belastingen dat de opdrachtnemer kan behalen met alternatieve aanwending van de bedragen en (ii) uitkeringen van de verzekeraar.

Discretionaire beëindiging door de opdrachtgever

Alleen de opdrachtgever heeft de mogelijkheid tot een discretionaire beëindiging van de Overeenkomst.¹⁶⁴ De opdrachtgever dient dan een vergoeding aan de opdrachtnemer te betalen.¹⁶⁵ Deze vergoeding is gelijk aan de vergoeding in geval van een *tekortkoming opdrachtgever*.

Grond voor onmiddellijke beëindiging

De Overeenkomst onderscheidt diverse *gronden voor onmiddellijke beëindiging*.¹⁶⁶ Als zich een *grond voor onmiddellijke beëindiging* voordoet, bestaat er geen mogelijkheid tot herstel. De beëindiging kan in principe 'onmiddellijk' door de opdrachtgever worden ingeroepen.¹⁶⁷ Wij zeggen uitdrukkelijk 'in principe' omdat de rechten van de opdrachtgever alleen kunnen worden uitgeoefend met inachtneming van het bepaalde in de *directe overeenkomst*.¹⁶⁸ De opdrachtgever moet aan de

opdrachtnemer een vergoeding betalen.¹⁶⁹ Deze vergoeding omvat de volgende componenten: de waarde van de reeds verrichtte werkzaamheden minus (i) een gefixeerde vergoeding voor additionele kosten en (ii) een bedrag ter hoogte van 50% van het bedrag van de uitvoeringsgarantie. Deze vergoeding kan negatief zijn. In dat geval dient de opdrachtnemer aan de opdrachtgever te betalen. De opdrachtgever is overigens niet bevoegd voor deze optie te kiezen indien de *tekortkoming opdrachtnemer* de beëindiging niet rechtvaardigt.

8. Aansprakelijkheid en vrijwaring

De aansprakelijkheid van partijen onder de Overeenkomst is beperkt. De beperking van de aansprakelijkheid van de opdrachtgever ziet met name op een beperking van de omstandigheden waarvoor de opdrachtnemer de opdrachtgever aansprakelijk kan stellen.¹⁷⁰ Hetzelfde geldt ten aanzien van de aansprakelijkheidsbeperking van de opdrachtnemer.¹⁷¹ De beperkte aansprakelijkheid van de opdrachtnemer betreft aanvullend nog een maximaal bedrag waarvoor de opdrachtnemer aansprakelijk kan worden gesteld. De maximum aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is vanaf de *beschikbaarheidsdatum* zowel beperkt tot een bepaald bedrag per geval als per kalenderjaar.¹⁷² Voor de opdrachtnemer is de beperking van zijn aansprakelijkheid van belang in verband met de financierbaarheid en de verzekeraarbaarheid van het project.

Partijen geven elkaar over-en-weer enkele vrijwaringen.¹⁷³ De beperking in aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is tevens van toepassing op aanspraken uit hoofde van de vrijwaringen.¹⁷⁴

Om het aansprakelijkheidsrisico en het vrijwarringsrisico te dragen, zal de opdrachtnemer in de praktijk diverse verzekeringen afsluiten. In overleg met de opdrachtgever kunnen enkele van deze verzekeringen worden opgenomen in *bijlage 9* bij de Overeenkomst. Voor deze verzekeringen geldt dat indien zich een *buitengewone premiestijging* voordoet de opdrachtgever de keuze heeft om: (i) het *financieel nadeel* voortvloeiend uit de *buitengewone premiestijging* te vergoeden als een *geval van vergoeding* of (ii) één of meer risico's die aanleiding hebben gegeven tot de *buitengewone premiestijging* aan te merken als een *onverzekeraar risico*.¹⁷⁵ Partijen treden in het tweede geval in overleg met elkaar hoe

¹⁶² Zie bijlage 4, paragraaf 2 bij de Overeenkomst.

¹⁶³ Zie Bijlage 4, paragraaf 2.1 bij de Overeenkomst.

¹⁶⁴ Zie art. 10.4 van de Overeenkomst.

¹⁶⁵ Zie bijlage 4, paragraaf 2 bij de Overeenkomst.

¹⁶⁶ Zie de definitie in bijlage 1 bij de Overeenkomst.

¹⁶⁷ Zie art. 10.1 van de Overeenkomst.

¹⁶⁸ Zie art. 10.7 van de Overeenkomst.

¹⁶⁹ Zie bijlage 4, paragraaf 1 bij de Overeenkomst.

¹⁷⁰ Zie art. 12.1 (a) en (b) van de Overeenkomst.

¹⁷¹ Zie art. 12.1 (d) van de Overeenkomst.

¹⁷² Zie art. 12.1 (e) van de Overeenkomst.

¹⁷³ Zie art. 12.2 en 12.3 van de Overeenkomst.

¹⁷⁴ Zie art. 12.3 van de Overeenkomst.

¹⁷⁵ Zie art. 14.3 van de Overeenkomst.

ze met het *onverzekerbare risico* zullen omgaan. Het omgekeerde kan zich ook voordoen, namelijk een *buitengewone premiedaling*. In dat geval dient de opdrachtnemer aan de opdrachtgever een vergoeding te betalen, indien de *buitengewone premiedaling* hoger is dan 30%.¹⁷⁶

9. Wijzigingen

Vanwege de lange looptijd van de Overeenkomst is het heel goed mogelijk dat op enig moment veranderingen aan (de kwaliteit van) het *object* en/of de *diensten* gewenst zijn. Voor dat doel bevat de Overeenkomst een wijzigingsprocedure.¹⁷⁷ Als de opdrachtgever een wijziging van de Overeenkomst voorstelt, dan wordt dat aangemerkt als een *wijziging opdrachtgever*.¹⁷⁸ Als de opdrachtnemer een wijziging van de Overeenkomst voorstelt, dan wordt dat aangemerkt als een *wijziging opdrachtnemer*.¹⁷⁹ We gaan eerst in op de *wijziging opdrachtgever* en vervolgens op de *wijziging opdrachtnemer*.

Wijziging opdrachtgever

Een *wijziging opdrachtgever* mag niet tot gevolg hebben dat:

- de *werkzaamheden* wezenlijk worden gewijzigd ten opzichte van het oorspronkelijke doel van de Overeenkomst; of
- de opdrachtnemer in de uitvoering van de *werkzaamheden* moet handelen in strijd met *regelgeving*.

Een *wijziging opdrachtgever* is een *geval van vergoeding*. Als de opdrachtnemer kan aantonen dat het risicoprofiel van de *werkzaamheden* voor de opdrachtnemer de *financiers* of de *aandeelhouders* nadelig wordt beïnvloed, moet worden gewaarborgd dat de meerdere risico's worden gecompenseerd of gedragen door de opdrachtgever.

Als (i) een *relevante wetswijziging* tot een wijziging van de Overeenkomst noodzaakt, (ii) het *bestemmingsplan* zoals dat luidt wanneer het onherroepelijk wordt inhoudelijk afwijkt van het *bestemmingsplan* zoals dat luidde op de datum gelegen twee weken vóór *datum eerste deel inschrijving* en dit tot een wijziging van de Overeenkomst noodzaakt of (iii) de Overeenkomst dwingt tot een handeling die in strijd is met *regelgeving* of met intellectuele of industriële eigendomsrechten van een derde en dit gecorrigeerd kan worden door een wijziging van de Overeenkomst moeten partijen die wijziging tot stand brengen als een *wijziging opdrachtgever*.

Wijziging opdrachtnemer

Een *wijziging opdrachtnemer* mag niet tot gevolg hebben dat:

- de *werkzaamheden* wezenlijk worden gewijzigd ten opzichte van het oorspronkelijke doel van de Overeenkomst of
- de opdrachtgever moet handelen in strijd met *regelgeving*.

Voor zover partijen niet anders overeenkomen, zijn de gevolgen van een *wijziging opdrachtnemer* voor rekening van de opdrachtnemer. Als het *uitwerkings- en realisatieplan* dwingt tot een handeling die in strijd is met *regelgeving* (anders dan ten gevolge van een *relevante wetswijziging*) of met intellectuele of industriële eigendomsrechten van een derde en dit gecorrigeerd kan worden door een wijziging van de Overeenkomst, moeten partijen die wijziging tot stand brengen als een *wijziging opdrachtnemer*.

10. Geschillenprocedure

Tot slot de situatie dat het misgaat tussen partijen dan wel partijen geen overeenstemming kunnen krijgen over bijvoorbeeld het vaststellen van een redelijke termijn voor herstelmaatregelen¹⁸⁰ of bijvoorbeeld de opdrachtgever niet aanvaardt dat er sprake zou zijn van een *bijzondere omstandigheid*.¹⁸¹ De Overeenkomst bevat voor dat doel een geschillenregeling.¹⁸² Het uitgangspunt is het inwinnen van *deskundigenadvies*. Partijen zijn in principe alleen in spoedeisende gevallen gerechtigd om het geschil direct voor te leggen aan de voorzieningenrechter in Den Haag. In de overige gevallen zijn partijen alleen bevoegd om naar de rechter te gaan, indien eerst *deskundigenadvies* is ingewonnen van de *commissie van deskundigen*.

11. Tot slot

In de 'Voortgangsreportage DBFM(O) 2014'¹⁸³ staat dat de verdere standaardisatie van DBFM(O)-procedures en documenten één van de succesfactoren van de Nederlandse DBFM(O) aanpak zijn.¹⁸³ Wij ondersteunen dit standpunt. Het succes wordt vervolgens pas echt optimaal benut indien de gebruikers over voldoende kennis van de standaarddocumentatie bezitten om het in de praktijk eenvoudig te kunnen toepassen. Wij hopen dat deze bijdrage hierbij een handvat biedt. ●

¹⁷⁶ Zie art. 14.4 van de Overeenkomst.

¹⁷⁷ Zie art. 13 van de Overeenkomst jo. bijlage 5 bij de Overeenkomst.

¹⁷⁸ Zie art. 13.2 van de Overeenkomst.

¹⁷⁹ Zie art. 13.3 van de Overeenkomst.

¹⁸⁰ Zie art. 8.9 (a) van de Overeenkomst.

¹⁸¹ Zie art. 9.1 (f) van de Overeenkomst.

¹⁸² Zie art. 21 van de Overeenkomst.

¹⁸³ Ministerie van Financiën, Voortgangsrapportage DBFM(O) 2014, p.8-9.