

Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten

Aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen

– Mr. drs. S. van den Boogaart en mr. L.F. Dröge¹

1. Inleiding

Back-to-back contracteren kan worden omschreven als een vorm van contracteren waarbij een partij haar rechten en verplichtingen uit de overeenkomst met haar contractpartij een-op-een ('back-to-back') doorlegt aan een andere partij. Back-to-back contracteren is in diverse contractuele verhoudingen denkbaar, maar wordt met name toegepast in de bouwsector. In deze sector is vaak sprake van onderaanneming, waarbij een hoofdaannemer een opdracht aanneemt van een opdrachtgever en vervolgens een deel van de werkzaamheden uitbestedt aan één of meer onderaannemers. In die gevallen wenst de hoofdaannemer met zijn onderaannemers niet zelden te contracteren tegen dezelfde voorwaarden als die waaronder hij met zijn opdrachtgever heeft gecontracteerd. Daartoe legt de hoofdaannemer de rechten en verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst met zijn opdrachtgever een-op-een door aan deze onderaannemers in een onderaannemingsovereenkomst, uiteraard voor zover deze rechten en verplichtingen betrekking hebben op het deel van de werkzaamheden dat aan deze onderaannemers wordt uitbestedd. Aldus worden voor de hoofdaannemer, als tussenschakel tussen zijn opdrachtgever en zijn onderaannemers, de risico's op 'mismatches' geminimaliseerd.

Deze bijdrage concentreert zich op een specifieke vorm van back-to-back contracteren in de bouwsector, namelijk back-to-back contracteren in het kader van DBFM(O)-projecten. Aan de orde komen enkele van de belangrijkste aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen bij DBFM(O)-projecten. Dit wil niet zeggen dat de relevantie van deze bijdrage beperkt is tot DBFM(O)-projecten. Veel van hetgeen in deze bijdrage wordt besproken is evenzeer relevant bij andere back-to-back constructies in de bouwsector of zelfs daarbuiten, zoals bij distributieverhoudingen.²

2. Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten

Op de juiste wijze back-to-back contracteren is van groot belang bij het contracteren in het kader van DBFM(O)-projecten. Voor de niet-inge-wijde lezer volgt voor een goed begrip hierna eerst een korte omschrijving van DBFM(O).

DBFM - *Design, Build, Finance, Maintain* - is een geïntegreerde contractsvorm waarbij ontwerp, realisatie, financiering en onderhoud van een project door een publieke of private opdrachtgever wordt opgedragen aan een private opdrachtnemer. In het geval van DBFMO - waarbij de O staat voor *Operate* - komt daar de exploitatie van het object na realisatie bij. Een groot voordeel van DBFM(O) voor de opdrachtgever is dat zij slechts één contractuele

¹ Sander van den Boogaart en Lucas Dröge zijn advocaat bij Houthoff Buruma. De auteurs danken Michel Klijn en Peter Habraken, beiden tevens advocaat bij Houthoff Buruma, voor het proeflezen en commentariëren van deze bijdrage.

² Vgl. T.J. de Graaf, 'Back-to-back contracteren bij distributie', *ORP* 2014/2, p. 31-35.

relatie hoeft aan te gaan ten behoeve van de realisatie (en exploitatie) van een project van A tot Z. De private opdrachtnemer functioneert derhalve tijdens het gehele project als aanspreekpunt en is verantwoordelijk voor alle facetten van het project.³

Hoewel DBFM(O)-contracten kunnen worden gesloten door zowel publieke als private opdrachtgevers, wordt deze wijze van contracteren voornamelijk gehanteerd bij PPS-projecten waarbij een private opdrachtnemer een 'publiek-private samenwerking' aangaat met een publieke opdrachtgever. In Nederland is die publieke opdrachtgever doorgaans de rijksoverheid.⁴ De DBFM(O)-contracten die de rijksoverheid sluit⁵, zijn steeds gebaseerd op een rijksbreed model, hierna kortweg de 'Modelovereenkomst'. Deze Modelovereenkomst is op Angelsaksische leest geschoeid⁶ en is tot stand gekomen in samenwerking tussen Rijkswaterstaat, het Rijksvastgoedbedrijf, het Ministerie van Defensie en het Ministerie van Financiën. Naar aanleiding van ervaringen uit de praktijk wordt de Modelovereenkomst met enige regelmaat aangepast.⁷

Kenmerkend voor de betalingsystematiek in het DBFM(O)-contract⁸ is dat de opdrachtgever (het grootste deel van) de vergoeding voor de werkzaamheden pas betaalt na realisatie van het project. De private opdrachtnemer moet daarom het ontwerp en de realisatie van het project zelf voorfinan-

cieren. Deze verplichting tot voorfinanciering is als zodanig opgenomen in het DBFM(O)-contract.⁹ De voorfinanciering geschiedt met eigen vermogen en vreemd vermogen, waarbij een ratio eigen vermogen/vreemd vermogen van 10/90 gebruikelijk is.¹⁰ Met de inkomstenstroom tijdens de exploitatiefase van het project kan de private opdrachtnemer vervolgens rente en aflossingen betalen aan de financiers. Voor de financiers is het dus van groot belang dat deze inkomstenstroom niet wordt aangestast door wat in de literatuur wel 'projectvreemde risico's' worden genoemd; risico's die voortkomen uit de bedrijfsvoering van de private opdrachtnemer en niet gerelateerd zijn aan het onderhavige DBFM(O)-project.¹¹ De financiers eisen daarom doorgaans dat de private opdrachtnemer een *special purpose vehicle* of kortweg SPV¹² opricht en dat het DBFM(O)-contract met deze SPV zal worden gesloten. De SPV heeft in dat geval geen ander doel dan de uitvoering van het DBFM(O)-contract.

Ook de opdrachtgever heeft belang bij de oprichting van een SPV. De opdrachtgever zal - net zoals de financiers - 'projectvreemde risico's' willen mijden, omdat deze het welslagen van het project kunnen bedreigen. Als deze risico's er niet zijn, althans de inkomstenstroom niet kunnen aantasten, zullen bovendien de financieringsvoorwaarden gunstiger zijn en kan de private opdrachtnemer een betere prijs aan de opdrachtgever aanbieden.¹³

Tot slot heeft ook de private opdrachtnemer zelf belang bij de oprichting van een SPV. Dit belang is niet zozeer ingegeven door de wens om projectvreemde risico's te mijden, maar veeleer doordat zij niet gedurende lange tijd (rechtstreeks) wenst te worden blootgesteld aan de risico's die zijn verbonden aan de uitvoering van het DBFM(O)-contract. Door het DBFM(O)-contract aan te gaan via een speciale projectvennootschap, die zich enkel bezig houdt met het uitvoeren van het project, blijft het

3 Zie voor een uitgebreide beschrijving van (de werking van) DBFM(O)-overeenkomsten onder meer: J.H.W. Koster e.a., *DBFM-Handboek, 'een verkenning van contractonderdelen'*, Den Haag: Ministerie van Financiën 2008; R.A. Wuijster, 'DBFM-overeenkomst', in: M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012; J.G.J. Janssen e.a., 'De rijksbrede model DBFM(O) overeenkomst. De eerste ervaringen', *TBR* 2010/163, p. 902-910.

4 DBFM(O) wordt door de rijksoverheid toegepast bij zowel huisvestingsprojecten als infrastructuurprojecten. Namens de rijksoverheid treedt doorgaans het Rijksvastgoedbedrijf (RVB) als opdrachtgever op bij huisvestingsprojecten en Rijkswaterstaat (RWS) als opdrachtgever bij infrastructuurprojecten.

5 Bij ieder huisvestingsproject met een waarde boven € 25 miljoen - zoals kantoren, rechtbanken en kazernes - en ieder infrastructuurproject met een waarde boven € 60 miljoen - zoals sluisen, kanalen en wegen - toetst de rijksoverheid of DBFM(O) meerwaarde heeft ten opzichte van andere contractvormen. Zie Ministerie van Financiën, *Voortgangsrapportage DBFM(O) 2014*, 2014, p. 6. Te downloaden via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2014/12/18/bijlage-dbfm-o-voortgangsrapportage-2014.html>>.

6 De Angelsaksische oorsprong blijkt onder meer uit de hoge mate van gedetailleerdheid van de Modelovereenkomst en de daarin gehanteerde begrippen. Zie ook J.H.W. Koster, 'Publiek-private samenwerking bij aanleg van infrastructuur werken. Het DBFM-contract: the heart of the matter', *MvV* 2005, 7/8, p. 127.

7 De laatste versie van de Modelovereenkomst is verschenen op 9 december 2014 (versie 4.1) en is te downloaden via: <<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/publiek-private-samenwerking-pps-bij-het-rijk>>. Bij de Modelovereenkomst hoort een rijksbreed model voor de aanbestedingsleidraad DBFM(O), hierna kortweg de 'Model Aanbestedingsleidraad'. Van de Modelovereenkomst en de Model Aanbestedingsleidraad bestaan twee versies, toegespitst op huisvestingsprojecten enerzijds en infrastructuurprojecten anderzijds.

8 In par. 4.1 van deze bijdrage wordt nader ingegaan op het betalingsmechanisme in de Modelovereenkomst.

9 Men moet erop bedacht zijn dat enkel de verplichting tot voorfinanciering in het DBFM(O)-contract staat. Het DBFM(O)-contract is zelf geen financieringsovereenkomst.

10 J.H.W. Koster, 'Publiek-private samenwerking bij aanleg van infrastructuur werken. Het DBFM-contract: the heart of the matter', *MvV* 2005, 7/8, p. 128; E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Oxford: Elsevier 2014, p. 8; R.A. Wuijster, 'DBFM-overeenkomst', in: M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 194; A.G.J. van Wassenaer, 'PPS-projecten en de kredietcrisis: reddingsvesten aan', *TBR* 2009/45; M.B. Klijn, 'PPS-Light: voordelen van DBFM(O) ook haalbaar voor kleine(re) projecten?', *TBR* 2010/164.

11 J.H.W. Koster, 'Publiek-private samenwerking bij aanleg van infrastructuur werken. Het DBFM-contract: the heart of the matter', *MvV* 2005, 7/8, p. 127.

12 Een dergelijke projectvennootschap wordt in binnen- en buitenland ook wel aangehaald als SPC (*special purpose company*) of SPE (*special purpose entity*).

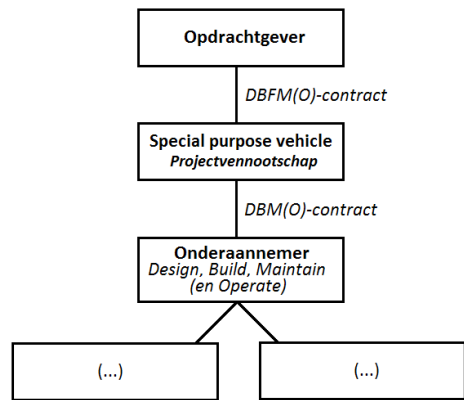
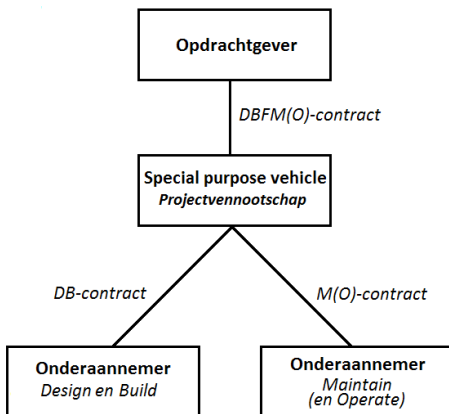
13 In de Model Aanbestedingsleidraad is daarom zelfs als eis opgenomen dat de opdrachtnemer onder het DBFM(O)-contract een SPV moet zijn en dat het DBFM(O)-contract met deze SPV zal worden gesloten.

financiële risico voor de aandeelhouders in de SPV in beginsel beperkt tot hun investering in de SPV. Omdat deze vorm van financiering geen of slechts beperkt verhaal op de aandeelhouders toelaat - financiering op basis van *non-recourse*, respectievelijk *limited recourse*¹⁴ - heeft projectfinanciering voor aandeelhouders het voordeel dat het project *off-balance* kan worden gefinancierd, waardoor de balans van de afzonderlijke investeerders nauwelijks door het project wordt bezwaard.¹⁵

Kortom, contracteren met een SPV als opdrachtnemer onder het DBFM(O)-contract biedt alle betrokken partijen voordelen. De SPV heeft echter zelf niet de middelen om de opdracht uit te voe-

en constructiewerkzaamheden uitbesteed aan een onderaannemer (hierna kortweg 'DB-aannemer'¹⁶) en de onderhoudswerkzaamheden (en eventueel de exploitatie) aan een andere onderaannemer (hierna kortweg 'M(O)-aannemer'¹⁷). In het tweede geval worden zowel de ontwerp- en constructiewerkzaamheden als de onderhoudswerkzaamheden aan dezelfde onderaannemer (hierna kortweg 'DB-M(O)-aannemer') uitbesteed. Dit betekent overigens niet dat er in dit geval per definitie geen enkele splitsing van werkzaamheden plaatsvindt; op een lager niveau in de keten van aannemers zal dit vaak alsnog het geval zijn.

Schematisch zien deze constructies er als volgt uit:



ren. Zij dient daarom onderaannemingscontracten te sluiten met één of meer onderaannemers die de fysieke werkzaamheden uitvoeren. Om de risico's voor de SPV, als tussenschakel tussen haar opdrachtgever en onderaannemers, te minimaliseren, zal de SPV haar rechten en verplichtingen als opdrachtnemer onder het DBFM(O)-contract zoveel mogelijk back-to-back willen doorleggen aan haar onderaannemers.

Twee back-to-back constructies die in dit kader vaak voorkomen zijn de constructie waarbij de werkzaamheden aan meerdere onderaannemers worden uitbesteed en de constructie waarbij de werkzaamheden aan één onderaannemer worden uitbesteed. In het eerste geval worden de ontwerp-

De aandachtspunten, risico's en valkuilen van het back-to-back contracteren die in deze bijdrage worden besproken zijn voor beide constructies relevant. Voor veel aspecten van het back-to-back contracteren maakt het immers geen verschil of de werkzaamheden die voortvloeien uit het DBFM(O)-contract door de SPV aan één of meer onderaannemers worden uitbesteed.

Ten onrechte lijkt meer dan eens het idee te bestaan dat bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen eenvoudigweg kan worden volstaan met een enkele algemene bepaling die niet (veel) meer zegt dan dat de rechten en verplichtingen van de SPV als opdrachtnemer onder het DBFM(O)-contract back-to-back worden doorgelegd aan haar onderaannemer(s). Een dergelijke summier back-to-back regeling is bepaald risicovol. In deze bijdrage worden de belangrijkste aandachtspunten, risico's en valkuilen besproken van het back-to-back doorleggen van de rechten en verplichtingen. In paragraaf 3 zal allereerst worden

¹⁴ *Non-recourse of limited recourse* houdt in dat de financiers geen respectievelijk een (zeer) beperkt verhaalsrecht (*recourse*) hebben op de afzonderlijke aandeelhouders van de SPV of de vermogensobjecten van de SPV. Dit betekent dat de financiers slechts verhaal hebben op de inkomsten (*cashflow*) gegenereerd uit het project. Zie ook J.H.W. Koster e.a., *DBFM-Handboek, 'een verkenning van contractonderdelen'*, Den Haag: Ministerie van Financiën 2008, p. 62; O. Laan, 'Publiek-private samenwerking: DBFM(O) en de rol van de overheid als opdrachtnemer', *Vastgoedrecht* 2013/3, p. 96.

¹⁵ W.J. van den Berg, 'Directe overeenkomsten in projectfinanciering', *V&O* 2009/5, p. 106.

¹⁶ DB staat voor *Design & Build*. In infrastructuurprojecten wordt deze aannemer ook wel aangeduid als EPC-aannemer, waarbij EPC staat voor *Engineering, Procurement & Construction*.

¹⁷ M(O) staat voor *Maintenance (& Operation)*.

ingegaan op de verschillende wijzen waarop het onderaannemingscontract kan worden gestructureerd. In paragraaf 4 komt vervolgens onder de noemer *capita selecta* een reeks onderwerpen aan de orde die bij het opstellen van het onderaannemingscontract in het bijzonder de aandacht behoeven. Afgesloten wordt met een beknopte conclusie.

3. Het opstellen van back-to-back onderaannemingscontracten in DBFM(O)-verband

Een back-to-back onderaannemingscontract laat zich op verschillende wijzen structureren. In deze paragraaf worden de twee structuren besproken die in de praktijk het meest voorkomen:

- ‘spiegeling’ (ook wel bekend als *mirroring* of *replicating*) van het DBFM(O)-contract; en
- ‘vertaling’ van het DBFM(O)-contract.

Bij beide structuren dient men erop bedacht te zijn dat – ondanks het feit dat tussen het DBFM(O)-contract en het onderaannemingscontract een nauwe samenhang bestaat – het onderaannemingscontract een volwaardige overeenkomst met een eigen identiteit en afzonderlijke rechten en verplichtingen is.¹⁸ De SPV doet er dus goed aan haar bedoeling om back-to-back te contracteren duidelijk in het onderaannemingscontract naar voren te laten komen. Het verdient daarom aanbeveling om, ter voorkoming van ongewenste uitleg- of interpretatiegeschillen, het back-to-back karakter als zodanig te benadrukken in het onderaannemingscontract. Zo kan bijvoorbeeld expliciet in de considerans of in een aparte contractsbepaling van het onderaannemingscontract worden opgenomen dat de SPV en haar onderaannemer overeenkomen dat de rechten en verplichtingen uit het DBFM(O)-contract back-to-back worden doorgezet in het onderaannemingscontract. Daarnaast is het aanbevelenswaardig om (delen van) het DBFM(O)-contract als bijlage bij het onderaannemingscontract te voegen.

Uiteraard stopt het contracteren niet op het niveau van de onderaannemer. Zoals hierboven is aangegeven pleegt de onderaannemer van de SPV op zijn beurt doorgaans weer andere onderaannemers in te schakelen. Het is goed denkbaar dat in de contractuele verhouding tussen de onderaannemer van de SPV en zijn onderaannemers (of zelfs op nog lagere niveaus in de keten van aannemers) ook back-to-back wordt gecontracteerd. Ook voor die

contractuele verhoudingen zijn de hierna te bespreken structuren derhalve relevant.

3.1 Spiegeling DBFM(O)-contract

Met spiegeling van het DBFM(O)-contract wordt bedoeld dat de bepalingen van het DBFM(O)-contract een-op-een worden doorgezet in het onderaannemingscontract, met uitzondering van bepaalde bepalingen die naar hun aard niet geschikt zijn om op die wijze te worden doorgezet (zoals de bepalingen met betrekking tot de te ontvangen vergoeding).

Er zijn verschillende methoden denkbaar om het DBFM(O)-contract in het onderaannemingscontract te spiegelen. De meest eenvoudige methode lijkt om in het onderaannemingscontract een algemene bepaling op te nemen van de strekking dat het DBFM(O)-contract tussen de SPV en de onderaannemer geldt alsof de SPV de opdrachtgever zou zijn en de onderaannemer de SPV.¹⁹ Deze methode – die ook wel *incorporation by reference* wordt genoemd – lijkt vanwege haar eenvoud het meest kostenefficiënt. Een complicatie is echter dat *incorporation by reference* niet werkt voor iedere bepaling van het DBFM(O)-contract. Voor sommige bepalingen kan niet worden volstaan met het onaangepast doorleggen van rechten en verplichtingen. In die gevallen zou een algemene bepaling van bovengenoemde strekking tot onduidelijkheden – en dus tot risico's – kunnen leiden.

Om die onduidelijkheden zoveel mogelijk te voorkomen, wordt er in de praktijk daarom in toenemende mate voor gekozen om het DBFM(O)-contract *integraal* te spiegelen in het onderaannemingscontract, in die zin dat elke bepaling afzonderlijk wordt gespiegeld. Zo kan per bepaling worden beoordeeld of 'opdrachtgever' kan worden vervangen door 'SPV' en 'SPV' door 'onderaannemer', zonder dat dit per abuis tot onbedoelde gevolgen leidt.²⁰ Bovendien kunnen sommige bepalingen desgewenst in aangepaste vorm worden doorgezet. Integraal spiegelen kan daarnaast zijn nut bewijzen op het moment dat het DBFM(O)-contract nadien wordt gewijzigd, hetgeen in het licht van de doorgaans lange looptijd van het contract niet ondenk-

¹⁹ Vgl. T.J. de Graaf, 'Back-to-back contracteren bij distributie', *ORP* 2014/2, p. 31.

²⁰ Bij wijze van voorbeeld: op grond van art. 4.1 onder (h) van de Modelovereenkomst (infrastructuurmodule) moet de opdrachtgever het aanvancingscertificaat afgeven binnen 20 dagen nadat de SPV heeft aangetoond dat hij heeft voldaan aan alle vereisten voor afgifte hiervan. Het vervangen van 'opdrachtgever' door 'SPV' en 'SPV' door 'onderaannemer' leidt onbedoeld tot een onwerkbaar en onafdwingbare situatie: de SPV bepaalt immers niet zelf of aan de vereisten voor afgifte is voldaan, maar blijft ook zelf afhankelijk van afgifte van het certificaat door de opdrachtgever. De SPV kan aldus niet door haar onderaannemer verantwoordelijk worden gehouden voor afgifte van een certificaat dat zij zelf niet afgeeft.

¹⁸ Asser/Van den Berg 7-VI 2013/193; Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, 'De verhouding onderaannemer-hoofdaannemer-opdrachtgever (deel 1)', *TBR* 2013/67, waarin de auteur enkele recente uitspraken aanhaalt als illustraties van problemen die bij het back-to-back karakter van de overeenkomsten aan de orde komen.

baar is. Het is dan immers direct inzichtelijk in hoeverre de wijzigingen van het DBFM(O)-contract moeten worden doorgezet in (het gespiegelde deel van) het onderaannemingscontract. Het doorzetten zelf zal bovendien relatief eenvoudig zijn.

In vergelijking met 'vertaling' van het DBFM(O)-contract is een voordeel van spiegeling dat, mits het spiegelen goed wordt uitgevoerd, de SPV op precies dezelfde wijze contracteert met haar onderaannemers als met haar opdrachtgever. De risico's voor de SPV, als tussenschakel tussen de opdrachtgever en de onderaannemer, worden zodoende geminimaliseerd. Dit is niet alleen voordelig voor de SPV, maar tevens voor de financiers van de SPV. Zij zijn immers gebaat bij zo min mogelijk risico's voor de SPV en zullen daarom over het algemeen positief staan tegenover spiegeling van het DBFM(O)-contract in het onderaannemingscontract.²¹ Het is zelfs niet ondenkbaar dat de financiers van de SPV deze spiegeling als voorwaarde voor het verstrekken van de financiering zullen stellen. Ongeacht de methode waarop het DBFM(O)-contract in het onderaannemingscontract wordt gespiegeld, geldt echter dat spiegelen een bewerkelijk proces is. Hierin schuilt dan ook direct het nadeel van spiegelen. Dit nadeel zou kunnen worden ondervangen door het DBFM(O)-contract niet te spiegelen, maar te 'vertalen' in het onderaannemingscontract.

3.2 'Vertaling' DBFM(O)-contract

In het geval van 'vertaling' van het DBFM(O)-contract wordt een onafhankelijk functionerende overeenkomst opgesteld tussen de SPV en de onderaannemer, ook wel *standalone* onderaannemingscontract genoemd. Daarbij wordt weliswaar acht geslagen op de bepalingen van het DBFM(O)-contract en de rechten en verplichtingen die daaruit voortvloeien, maar deze worden, anders dan bij spiegeling, niet een-op-een doorgezet in het onderaannemingscontract. Een risico - en daarmee een nadeel - van deze variant is dat er licht zit tussen het DBFM(O)-contract en het onderaannemingscontract, waardoor het onvermijdelijk is dat bepaalde risico's blijven 'hangen' op het niveau van de SPV. Hoe groot die risico's voor de SPV zijn, hangt af van de aard en omvang van het onderaannemingscontract en de zorgvuldigheid van het vertalen van het DBFM(O)-contract.

Een voordeel van een *standalone* onderaannemingscontract boven een gespiegeld onderaannemingscontract is dat de contractpartijen in een *standalone* onderaannemingscontract geheel vrij zijn in de wijze waarop zij hun rechten en verplich-

tingen contractueel vastleggen. De contractspartijen hoeven zich niet te verbinden aan de opzet en de afzonderlijke bepalingen van het DBFM(O)-contract. Een *standalone* onderaannemingscontract kan daarom op zichzelf beschouwd overzichtelijker gevonden worden dan een gespiegeld onderaannemingscontract, aangezien alle contractuele rechten en verplichtingen direct uit één overeenkomst volgen - en niet telkens in samenhang met de hoofdovereenkomst beschouwd moeten worden.

Kort en goed geldt dat spiegelen bewerklijker is dan vertalen, maar preciezer; vertalen is eenvoudiger dan spiegelen, maar risicovoller.

4. Capita selecta – aandachtspunten voor back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten

Ongeacht de wijze waarop het onderaannemingscontract wordt gestructureerd, geldt dat een aantal onderwerpen dat niet rechtstreeks is ingegeven door het DBFM(O)-contract niettemin moet worden geregeld in het onderaannemingscontract tussen de SPV en haar onderaannemer. In zoverre vormen deze onderwerpen dus een uitzondering op het back-to-back karakter van het onderaannemingscontract. Daarnaast dient een aantal regelingen weliswaar doorgezet te worden in het onderaannemingscontract, maar niet volledig een-op-een. In het hierna volgende zullen de voornaamste van deze onderwerpen worden besproken. Aan de orde komen achtereenvolgens: betaling, contractuele deadlines, vertraging, zekerheden, onderhoud en verborgen gebreken, beëindiging en de geschillenregeling.

4.1 Betaling

Hiervoor is reeds besproken dat (het grootste deel van) de vergoeding onder het DBFM(O)-contract door de opdrachtgever pas wordt betaald na realisatie van het project. In de Modelovereenkomst is deze vergoeding gerelateerd aan de beschikbaarheid van het project. Tijdens de realisatiefase van het project is doorgaans slechts een percentage van de bruto beschikbaarheidsvergoeding, zoals deze vergoeding in de Modelovereenkomst wordt genoemd, verschuldigd (bijvoorbeeld 10%).²² Pas tijdens de exploitatiefase is de opdrachtgever, bij volledig functioneren van het project, de volledige (100%) bruto beschikbaarheidsvergoeding verschuldigd. Op de bruto beschikbaarheidsvergoeding kunnen zowel tijdens de realisatiefase als de exploitatiefase zogenaamde beschikbaarheidscor-

²¹ Zie ook G. Vinter e.a., *Project Finance. A Legal Guide*, Londen: Sweet & Maxwell 2013, p. 93.

²² Tijdens de realisatiefase wordt doorgaans een percentage van de bruto beschikbaarheidsvergoeding toegekend indien de SPV tevens bestaande infrastructuur (bijvoorbeeld een bestaande weg) van de opdrachtgever overneemt en beschikbaar houdt gedurende deze fase.

recties en prestatiecorrecties in mindering worden gebracht. Beschikbaarheidscorrecties kunnen worden opgelegd als bijvoorbeeld een rijstrook is afgesloten (in het geval van een infrastructuurproject) of een ruimte niet toegankelijk is (in het geval van een huisvestingsproject). Prestatiecorrecties kunnen worden opgelegd als de opdrachtnemer tekortschiet in bepaalde verplichtingen. In aanvulling op deze vergoeding wordt veelal gewerkt met een eenmalige betaling van de opdrachtgever aan de SPV bij beschikbaarheid en/of voltooiing van het project.

Voor genoemd betalingsmechanisme leent zich er niet voor back-to-back te worden doorgelegd aan de onderaannemer. Immers, een van de wezenskenmerken van het DBFM(O)-contract is nu juist dat de SPV de voorfinanciering van het project verzorgt (de F-component). Uit deze voorfinanciering worden vervolgens de onderaannemers betaald. In het onderaannemingscontract wordt derhalve gewerkt met een ander betalingsmechanisme. Veelal zullen de SPV en de onderaannemer een vaste aanneemsom overeenkomen die al dan niet gefaseerd wordt uitbetaald aan de onderaannemer.^{23,24} Ook gefaseerde betaling kan weer verschillende vormen aannemen. Zo kan de fasering worden gekoppeld aan het bereiken van bepaalde fysieke 'mijlpalen', zoals voltooiing van een bepaalde brug die onderdeel uitmaakt van een te realiseren snelwegtraject. Als alternatief kan de fasering worden gekoppeld aan *works done*. In dat geval ontvangt de onderaannemer steeds een vooraf vastgesteld bedrag zodra de waarde van het werk een bepaalde drempel overstijgt.

Hoewel het betalingsmechanisme in het onderaannemingscontract doorgaans dus geen back-to-back vertaling is van het betalingsmechanisme in het DBFM(O)-contract, dient wel rekening te worden gehouden met eventuele beschikbaarheidscorrecties en prestatiecorrecties die de opdrachtgever aan de SPV oplegt onder het DBFM(O)-contract. Voor zover deze zijn toe te rekenen aan de onderaannemer, ligt het voor de hand deze door te leggen aan die onderaannemer en deze aldus in mindering te brengen op de aanneemsom die de onderaannemer ontvangt.

²³ Zie ook G. Vinter e.a., *Project Finance. A Legal Guide*, Londen: Sweet & Maxwell 2013, p. 167, waarin de auteurs stellen dat de financiers op hun 'shopping list' opnemen dat 'there should be a fixed price, incapable of being re-opened, and the price should be paid in one lump sum on completion'. Verderop (p. 168) stellen de auteurs evenwel vast dat de financiers in de praktijk accepteren dat 'payments to the contractor are made over time so long as these are made on sensible milestones being achieved or by reference to the value of the work done (...) and so long as some price retention (or bond in lieu thereof) is included'.

²⁴ De SPV en de onderaannemer die het onderhoud (en eventueel de exploitatie) van het project op zich neemt (de M(O)-component), zullen voor die werkzaamheden veelal een periodieke vergoeding overeenkomen.

De betalingen die de onderaannemer van de SPV ontvangt, zijn voorts niet per se beperkt tot de aanneemsom. Als bijvoorbeeld op voorstel van de opdrachtgever het DBFM(O)-contract wordt gewijzigd, dan zal de SPV voor de eventuele meerkosten in financiële zin worden gecompenseerd.²⁵ Als de wijziging van het DBFM(O)-contract tevens een wijziging van het onderaannemingscontract tot gevolg heeft, dan zal de onderaannemer op zijn beurt door de SPV voor de eventuele meerkosten in financiële zin moeten worden gecompenseerd. In dergelijke gevallen zal de SPV haar betaling aan haar onderaannemer willen onderwerpen aan de voorwaarde dat zij het corresponderende bedrag van haar opdrachtgever heeft ontvangen onder het DBFM(O)-contract. Veelvoorkomende bedingen in het onderaannemingscontract om deze voorwaardelijke betaling te regelen zijn de zogenaamde *pay-when-paid* en *pay-if-paid* clauses. Zoals de begrippen al doen vermoeden hebben deze clauses een Angelsaksische oorsprong. *Pay-when-paid* en *pay-if-paid* zijn aan elkaar gerelateerd, maar strikt genomen niet hetzelfde.

Pay-when-paid houdt in dat de SPV pas gehouden is tot betaling aan haar onderaannemer zodra de SPV betaald is door haar opdrachtgever onder het DBFM(O)-contract. In het algemeen wordt aangenomen dat *pay-when-paid* niet inhoudt dat de SPV van haar verplichting tot betaling aan de onderaannemer is gekweten als de SPV niet wordt betaald door haar opdrachtgever onder het DBFM(O)-contract. Het incassorisico onder het DBFM(O)-contract rust derhalve bij de SPV.

Dit is anders bij *pay-if-paid*, in welk geval de SPV enkel tot betaling aan haar onderaannemer gehouden is indien en voor zover de SPV betaling heeft ontvangen van haar opdrachtgever onder het DBFM(O)-contract. Het incassorisico onder het DBFM(O)-contract wordt derhalve afgewenteld op de onderaannemer.

Naast het incassorisico geldt voor zowel *pay-when-paid* als *pay-if-paid* dat het voor de onderaannemer vaak moeilijk is om zicht te houden op betalingen van de opdrachtgever aan de SPV. In die gevallen is het onmogelijk voor de onderaannemer om te bepalen hoeveel de SPV gehouden is aan hem te betalen. De onderaannemer doet er daarom goed aan te bedingen dat de SPV hem op de hoogte stelt van betalingen van de opdrachtgever aan de SPV, voor zover die aan hem moeten worden doorbetaald.

Vanwege de risico's die voor de onderaannemer met *pay-when-paid* en - met name - *pay-if-paid* gepaard gaan, zijn deze concepten niet onder alle

²⁵ Zie bijvoorbeeld art. 13.2 onder (d) van de Modelovereenkomst.

rechtssystemen toegestaan. Zo staat de Britse Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 eraan in de weg dat betaling door een SPV aan een aannemer die betrokken is bij een project in Engeland, Wales of Schotland wordt onderworpen aan de voorwaarde dat de SPV betaling heeft ontvangen van de opdrachtgever.²⁶ In veel andere jurisdicties, waaronder Nederland, zijn *pay-when-paid* en *pay-if-paid* wel toegestaan.²⁷

4.2 Contractuele deadlines

Bij uitstek niet geschikt om zonder aanpassing back-to-back door te leggen aan de onderaannemer zijn bepaalde tussen opdrachtgever en SPV overeengekomen deadlines en termijnen. Gedacht kan worden aan aanlever-, indienings- of aanvaardingstermijnen waarbinnen de SPV een prestatie dient te verrichten. Wanneer deze in het DBFM(O)-contract opgenomen bepalingen een-op-een worden doorgelegd aan de onderaannemer, en dus niet op de onderlinge verhoudingen worden aangepast en afgestemd, betekent een tekortschieten van de onderaannemer jegens de SPV automatisch dat de SPV in gelijke mate tekortschiet jegens haar opdrachtgever. Dit is voor de SPV zeer onwenselijk.

Ter voorkoming van dergelijke situaties dient de SPV het onderaannemingscontract ten aanzien van deze contractuele deadlines zodanig op het DBFM(O)-contract af te stemmen dat zij zich voldoende mogelijkheden voorbehoudt om zelf alsnog aan haar verplichtingen jegens de opdrachtgever te voldoen, ook indien de onderaannemer jegens haar tekortschiet.²⁸ Wanneer de SPV onder het DBFM(O)-contract gehouden is om binnen een vastgestelde termijn te presteren - bijvoorbeeld bepaalde meldingen te doen - dient zij in het onderaannemingscontract vast te leggen dat de onderaannemer deze prestatie verricht binnen een zodanige termijn dat de SPV de verrichte prestatie kan aannemen en kan beoordelen voordat zij zelf geacht wordt te presteren onder het DBFM(O)-contract. In dergelijke gevallen zal de SPV jegens de onderaannemer een kortere termijn willen bedingen om die prestatie te verrichten die zij zelf jegens de opdrachtgever dient te verrichten.

Aan de andere kant geldt voor die verplichtingen die de opdrachtgever jegens de SPV heeft - en, bij back-to-back doorcontracteren, de SPV dus jegens haar onderaannemer - dat de SPV juist een langere termijn in het onderaannemingscontract zal willen bedingen dan de termijn die in dit kader in het DBFM(O)-contract is bepaald. Gedacht kan worden aan een bepaalde termijn waarbinnen de opdrachtgever moet laten weten of aan de voorwaarden voor afgifte van een certificaat is voldaan. De SPV zal immers willen voorkomen dat zij automatisch tekortschiet jegens de onderaannemer omdat de opdrachtgever jegens haar tekortschiet.

4.3 Vertraging

Hiervoor is reeds besproken dat in de Modelovereenkomst de door de opdrachtgever aan de SPV te betalen vergoeding gerelateerd is aan de beschikbaarheid van het project; de zogenoemde beschikbaarheidsvergoeding. Bij te late beschikbaarheid ontvangt de SPV pas later dan gepland de (volledige) beschikbaarheidsvergoeding.

In de periode waarin de SPV niet de (volledige) beschikbaarheidsvergoeding betaald krijgt als gevolg van laattijdige beschikbaarheid maakt de SPV niettemin bepaalde kosten. Hierbij kan worden gedacht aan (rente)betalingsverplichtingen onder de financieringsovereenkomsten en vaste bedrijfsuitgaven. In voorkomende gevallen is de SPV bovendien onder het DBFM(O)-contract een vast bedrag verschuldigd per dag dat de vertraging voortduurt.²⁹ Dat zal met name het geval zijn als de opdrachtgever er veel aan gelegen is dat het object tijdig beschikbaar is en de latere betaling van de (volledige) beschikbaarheidsvergoeding als sanctie onvoldoende is.³⁰

In het geval van laattijdige beschikbaarheid zal de vertraging bijna altijd te wijten zijn aan de onderaannemer die belast is met de ontwerp- en constructiewerkzaamheden. Het ligt dan ook voor de hand om de kosten die de SPV maakt in die gevallen voor rekening van die onderaannemer te laten komen. In het onderaannemingscontract wordt daarom - naar Angelsaksisch voorbeeld - wel bedongen dat de onderaannemer zogeheten *liquidated damages* verschuldigd is voor zover de vertraging

²⁶ Artikel 113(1) Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996. Dit artikel is aangenomen om onderaannemers te beschermen tegen hoofdaannemers met een betere onderhandelingspositie. Zie G. Vinter e.a., *Project Finance. A Legal Guide*, Londen: Sweet & Maxwell 2013, p. 97.

²⁷ Zie M.A.B. Chao-Duvis, 'Onderaanneming in Europa. Uitkomsten van een enquête in België, Engeland en Wales, Frankrijk, Duitsland, Italië, Nederland, Slowakije, Spanje en Zwitserland', *TBR* 2013/39, p. 233, over de toelaatbaarheid van *pay-when-paid* in diverse jurisdicties, waaronder Nederland.

²⁸ G. Vinter e.a., *Project Finance. A Legal Guide*, Londen: Sweet & Maxwell 2013, p. 94-95.

²⁹ Zie bijvoorbeeld art. 4.6 van de Modelovereenkomst (huisvestingsmodule).

³⁰ Vlaams Kenniscentrum PPS, *DBFM Handboek*, 2009, p. 85. Te downloaden via: <<http://www.pianoo.nl/document/2732/dbfm-handboek-vlaams-kenniscentrum-pps>>.

aan hem te wijten is.³¹ Deze *liquidated damages* worden bij het aangaan van het onderaannemingscontract gefixeerd op een vast bedrag per dag dat de vertraging voortduurt. De hoogte van dit bedrag is zodanig dat de SPV de kosten die zij als gevolg van de vertraging maakt gedurende een redelijke periode kan dekken. Aldus beogen partijen discussie over de werkelijke hoogte van de schade op voorhand uit te sluiten.³² Dit is niet alleen in het belang van partijen zelf, maar tevens in het belang van de financiers. Immers, de *liquidated damages* (veelal verzekerd door een bankgarantie, zie hieronder par. 4.4) bieden de financiers de waarborg dat de SPV ondanks de vertraging kan blijven voldoen aan haar (rente)betalingverplichtingen onder de financieringsovereenkomsten. *Liquidated damages* staan dan ook altijd op de 'shopping list' van de financiers.³³

Nu de *liquidated damages* zijn ontleend aan de Angelsaksische praktijk, doet de vraag zich voor hoe deze *liquidated damages* moeten worden gekwalificeerd als deze zijn opgenomen in een onderaannemingscontract naar Nederlands recht. Gelet op het bovenstaande ligt het voor de hand deze te kwalificeren als gefixeerde schadevergoeding, zoals die in Nederlandse aannemingscontracten regelmatig wordt overeengekomen.³⁴ Een beding waarin gefixeerde schadevergoeding bij tekortschieten wordt overeengekomen, geldt als een boetebeding in de zin van artikel 6:91 BW.³⁵ Een boete kan door de rechter op verlangen van de schuldenaar worden gematigd 'indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist'.³⁶ Deze maatstaf brengt mee dat de matiging alleen aan de orde is als toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt.³⁷ De Hoge Raad heeft in het arrest *Intrahoff/Bart Smit* geoordeeld dat de rechter daarbij niet alleen moet letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.³⁸ De matigingsbe-

voegdheid is van dwingend recht en kan dus niet door partijen worden 'weggecontracteerd'.³⁹

Gelet op het in beginsel louter schadefixerende karakter van *liquidated damages* - waarbij partijen vooraf een 'oprechte' schatting hebben gemaakt van de voorzienbare schade met de uitdrukkelijke bedoeling discussies over de hoogte van de schade te voorkomen - zal toepassing daarvan niet snel tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leiden. Matiging van *liquidated damages* zal naar onze mening dan ook slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde kunnen zijn, bijvoorbeeld wanneer de schatting van de voorzienbare schade aantoonbaar onjuist blijkt te zijn en dit - wederom gelet op het in beginsel louter schadefixerende karakter van *liquidated damages* - onbedoeld resulteert in een enorme discrepantie tussen de werkelijke schade en de hoogte van de *liquidated damages*.

Tot slot kan worden opgemerkt dat het totaalbedrag aan te betalen *liquidated damages* in het geval van vertraging normaal gesproken is gelimiteerd. De hoogte van de aansprakelijkheidslimiet (ook wel bekend als *liability cap*) varieert per project, maar bedraagt meestal tussen de 15% en 30% van de aaneemsom.⁴⁰ Als deze limiet is bereikt en de onderaannemer nog altijd niet aan zijn verplichtingen voldoet, dan zou de SPV kunnen uitwijken naar andere remedies, zoals beëindiging van het onderaannemingscontract.

4.4 Zekerheden

In het DBFM(O)-contract verplicht de SPV zich tot het verschaffen van verschillende garanties aan de opdrachtgever. Eén van deze garanties is een bankgarantie die de SPV bij de aanvang van het project moet (doen) stellen tot zekerheid van de nakoming van haar verplichtingen op grond van het DBFM(O)-contract, de zogenaamde uitvoeringsgarantie (ook wel bekend als *performance bond*). Normaal gesproken wordt de uitvoeringsgarantie niet verschaft door de SPV zelf, maar door haar onderaannemer die belast is met de ontwerp- en constructiewerkzaamheden.⁴¹

De financiers van de SPV eisen meestal dat laatstgenoemde onderaannemer naast de uitvoeringsgarantie ten gunste van de opdrachtgever tevens een uitvoeringsgarantie ten gunste van de SPV zelf stelt, althans doet stellen. De hoogte daarvan kan variëren al naar gelang de aard en stand van het project, maar zal meestal maximaal 10 à 15% van

³¹ Onder het Engelse recht wordt onderscheid gemaakt tussen *liquidated damages clauses* en *penalty clauses*. Enkel *liquidated damages clauses* zijn geldig. Bij dergelijke clauses gaat het erom dat partijen vooraf een 'oprechte' schatting (*genuine pre-estimate*) maken van de voorzienbare schade. Zie H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 145 en 158, alsmede *Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd. v. New Garage and Motor Company Ltd.* [1915] A.C. 79.

³² E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Oxford: Elsevier 2014, p. 170.

³³ G. Vinter e.a., *Project Finance. A Legal Guide*, Londen: Sweet & Maxwell 2013, p. 167.

³⁴ Zie bijvoorbeeld par. 10 van Algemene Voorwaarden voor Aanneming van Werk 2013 (AVA 2013).

³⁵ *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, art. 6:91 BW, aant. 2.

³⁶ Art. 6:94 lid 1 BW.

³⁷ *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, art. 6:91 BW, aant. 2.

³⁸ HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (*Intrahoff/Bart Smit*), r.o. 5.3.

³⁹ Art. 6:94 lid 3 BW.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Oxford: Elsevier 2014, p. 171.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld Vlaams Kenniscentrum PPS, *DBFM Handboek*, 2009, p. 117.

de aanneemsom bedragen.⁴² Deze uitvoeringsgarantie dient tot zekerheid van de nakoming door de onderaannemer van zijn (betalings)verplichtingen op grond van het onderaannemingscontract, in de eerste plaats de verplichting tot betaling van *liquidated damages* in het geval van een vertraging in beschikbaarheid van het project die aan hem te wijten is (zie hierboven par. 4.3).

Voorts eisen de financiers van de SPV meestal dat de (tussen)houdstermaatschappij van de onderaannemer een concerngarantie (ook wel bekend als *parent company guarantee*) afgeeft, waarin zij de nakoming van het onderaannemingscontract door de onderaannemer garandeert. In het geval dat de onderaannemer bestaat uit meerdere vennootschappen, doorgaans georganiseerd als een vennootschap onder firma of een besloten vennootschap, is het gebruikelijk dat de (tussen)houdstermaatschappijen van de individuele vennootschappen ieder afzonderlijk een concerngarantie afgeven.

En eventuele onderhoudstermijn (ook wel bekend als *defects liability period*) wordt door sommige auteurs ook wel geschaard onder de door de onderaannemer aan de SPV te verschaffen zekerheden.⁴³ Wij bespreken deze onderhoudstermijn hierna separaat.

4.5 Onderhoud en verborgen gebreken

De looptijd van DBFM(O)-contracten wordt in belangrijke mate afgestemd op de verwachte economische levensduur van het te realiseren project en bedraagt doorgaans 20 à 30 jaar.⁴⁴ Gedurende deze periode is de SPV verantwoordelijk voor het onderhoud van het project. Hoe moet worden omgegaan met het back-to-back doorleggen van deze onderhoudsverplichting hangt in de eerste plaats af van de gekozen back-to-back constructie (zie hierboven par. 2).

Indien een back-to-back constructie wordt toegepast waarbij alle werkzaamheden op grond van het DBFM(O)-contract worden uitbesteed aan één onderaannemer - de DBM(O)-aannemer - dan worden per definitie ook alle onderhoudswerkzaamheden uitbesteed aan deze DBM(O)-aanne-

mer. Er is dan geen noodzaak om van het back-to-back karakter af te wijken.

Dit is anders indien een back-to-back constructie wordt toegepast waarbij de werkzaamheden op grond van het DBFM(O)-contract worden uitbesteed aan meerdere onderaannemers: de ontwerp- en constructiewerkzaamheden aan een DB-aannemer en de onderhoudswerkzaamheden aan een M(O)-aannemer. Wanneer de werkzaamheden op deze wijze worden gesplitst, is het gebruikelijk om tevens de verantwoordelijkheid voor het onderhoud van het project te splitsen, zodanig dat de DB-aannemer verantwoordelijk is voor het onderhoud *tijdens* de realisatie van het project en de M(O)-aannemer voor het onderhoud *nadat* het project is gerealiseerd. Dit betekent dat de onderhoudsverplichtingen die betrekking hebben op het onderhoud *tijdens* de realisatie back-to-back moeten worden doorgelegd in het onderaannemingscontract tussen de SPV en de DB-aannemer, terwijl de onderhoudsverplichtingen die betrekking hebben op het onderhoud *na* realisatie back-to-back moeten worden doorgelegd in het onderaannemingscontract tussen de SPV en de M(O)-aannemer.

Kortom, na realisatie van het project is de KDB-aannemer in beginsel niet meer verantwoordelijk voor het onderhoud van het project. Dit betekent dat het werk van de DB-aannemer erop zit als het project is gerealiseerd. In een 'traditionele' (niet-geïntegreerde) situatie zou op dit moment de oplevering van het project plaatsvinden en zou de aannemer na oplevering in beginsel niet meer aansprakelijk zijn voor gebreken.⁴⁵ Een dergelijke situatie doet zich in het DBFM(O)-contract evenwel niet voor, omdat ontwerp, realisatie en onderhoud zijn ondergebracht bij één opdrachtnemer, de SPV. Hier wringt de schoen voor de DB-aannemer; die zal het immers niet wenselijk achten om, na realisatie van het project, nog gedurende de resterende looptijd van het DBFM(O)-contract aansprakelijkheid te zijn voor gebreken. De SPV en de DB-aannemer plegen op dit punt daarom wel af te wijken van het back-to-back principe door in het onderaannemingscontract aansluiting te zoeken bij standaard opleveringsprocedures in de bouw. Het is in de praktijk gebruikelijk dat zij daarbij een onderhoudstermijn⁴⁶ overeenkomen die aanvangt na realisatie van het project, alsmede een termijn voor verborgen gebreken⁴⁷ die aanvangt na de onderhoudstermijn (zie hieronder).

⁴² Zie bijvoorbeeld E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Oxford: Elsevier 2014, p. 173.

⁴³ E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Oxford: Elsevier 2014, p. 173.

⁴⁴ J.G.J. Janssen e.a., 'De rijksbrede model DBFM(O) overeenkomst. De eerste ervaringen', *TBR* 2010/163, p. 903; D.J.L. van Ee, 'Contractvormen in de bouw', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2011/ 3. Dat de looptijd van een DBFM(O)-contract 20 à 30 jaar bedraagt, is op zichzelf niet in beton gegoten; ook projecten met een kortere looptijd - bijvoorbeeld project 'Nieuwbouw Belastingkantoor Doetinchem' (15 jaar) of project 'PPS-A59' (18 jaar) - of juist een langere looptijd - bijvoorbeeld het project 'Transferium Zevenaar-Oost' (40 jaar; aanbesteding voortijdig stopgezet) of het project 'Keersluis Limmel' (33,5 jaar) - komen voor.

⁴⁵ De bekende uitzonderingen zijn gebreken die optreden gedurende de onderhoudstermijn, gebreken die vallen onder een garantie en verborgen gebreken.

⁴⁶ In Engelstalige onderaannemingscontracten ook wel aangehaald als *defects liability period*. Zie E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Oxford: Elsevier 2014, p. 173.

⁴⁷ In Engelstalige onderaannemingscontracten ook wel aangehaald als *hidden defects period of latent defects period*.

De onderhoudstermijn is een termijn waarbinnen de DB-aannemer gehouden is in deze periode aan de dag tredende gebreken te herstellen. Bij het vaststellen van de omvang van deze periode - ter vrije bepaling van partijen - kan aansluiting worden gezocht bij de bestendige praktijk. De ratio van de onderhoudstermijn is gelegen in het feit dat het beoordelen van de kwaliteit van het gerealiseerde project door de SPV de nodige tijd vergt. Sommige gebreken zullen eerst in het gebruik - dus pas na realisatie van het project - duidelijk worden.⁴⁸ Met het herstellen van die gebreken pleegt de DB-aannemer te worden belast, ondanks dat het onderhoud gedurende deze onderhoudstermijn in feite ook al op de M(O)-aannemer rust. De M(O)-aannemer is immers wél verantwoordelijk voor het onderhoud van het project na realisatie, maar zal doorgaans niet accepteren dat hij moet opdraaien voor het herstellen van die gebreken die nog voor rekening van de DB-aannemer dienen te komen.

De termijn voor verborgen gebreken is een termijn waarbinnen de DB-aannemer gehouden is in deze periode aan de dag tredende gebreken te herstellen, voor zover deze toe te rekenen zijn aan de DB-aannemer en, ondanks nauwlettend toezicht, door de SPV niet onderkend hadden kunnen worden tijdens de realisatie of bij oplevering van het project. Bij het opstellen van het onderaannemingscontract met de DB-aannemer kan in dit kader aansluiting worden gezocht bij de regeling voor verborgen gebreken in de UAV 2012.⁴⁹ Uit deze regeling volgt dat een rechtsvordering uit hoofde van een verborgen gebrek ingesteld kan worden tot vijf jaar na de oplevering van het werk, of tien jaar na de oplevering van het werk indien sprake is van een ernstig verborgen gebrek.⁵⁰ Indien partijen een onderhoudstermijn zijn overeengekomen ligt het voor de hand de termijn voor verborgen gebreken in te laten gaan op de dag na het verstrijken van deze onderhoudstermijn.⁵¹

Indien een onderhoudstermijn en/of een termijn voor verborgen gebreken worden overeengekomen in het onderaannemingscontract tussen de SPV en de DB-aannemer, dan heeft dit tot gevolg dat gedurende de looptijd daarvan zowel de DB-aannemer

als de M(O)-aannemer belast zijn met onderhoud c.q. herstel van gebreken. Het verdient in dat geval aanbeveling om in de onderscheiden onderaannemingscontracten, of in een zogenaamde raakvlak-overeenkomst tussen de SPV, de DB-aannemer en de M(O)-aannemer (ook wel bekend als *interface agreement*), afspraken te maken over de onderlinge coördinatie van de werkzaamheden van beide onderaannemers.

4.6 Beëindiging

Een van de meest complexe onderwerpen waaraan aandacht moet worden besteed bij back-to-back contracteren in het kader van DBFM(O)-projecten betreft beëindiging. Wordt het DBFM(O)-contract beëindigd, dan dient dit automatisch te leiden tot beëindiging van het onderaannemingscontract. Zonder de 'hoofdovereenkomst' heeft het onderaannemingscontract immers geen bestaansrecht. Het DBFM(O)-contract - en daarmee ook, gelet op het back-to-back karakter, het onderaannemingscontract - eindigt in ieder geval op de dag dat de overeengekomen contractsduur verstrijkt, of zoveel eerder wanneer zich een grond voor tussentijdse beëindiging voordoet. Omgekeerd leidt beëindiging van het onderaannemingscontract daarentegen niet automatisch tot beëindiging van het DBFM(O)-contract. Een en ander levert een groot aantal scenario's voor beëindiging op. Het voert te ver om al deze scenario's en de bijbehorende financiële gevolgen in deze bijdrage te bespreken.⁵² In het hierna volgende beperken wij ons daarom tot een tweetal aspecten waar in de praktijk doorgaans de commerciële focus op ligt.

Ten eerste wordt in het DBFM(O)-contract in de regel een zogenaamde *long-stop date* voor beëindiging opgenomen.⁵³ Deze *long-stop date* is een datum die een vastgesteld aantal maanden na de geplande beschikbaarheidsdatum van het project ligt. Wanneer de SPV er niet in slaagt om tegen deze *long-stop date* het project te beschikbaar te stellen, dan is de opdrachtgever gerechtigd het DBFM(O)-contract met onmiddellijke ingang te beëindigen. De SPV zal het hier vanzelfsprekend niet op aan willen laten komen en zal daarom in het onderaannemingscontract met haar onderaannemer die belast is met de ontwerp- en constructiewerkzaamheden eenzelfde grond voor onmiddellijke beëindiging willen bedingen, met dien verstande dat een kortere *long-stop date* wordt bedongen dan de *long-stop date* in het DBFM(O)-contract. Deze zogenaamde *step-down* stelt de SPV in staat om tij-

48 M.A.B. Chao-Duivis, *UAV 2012 Toegelicht*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 73.

49 Zie par. 12 UAV 2012. Zie ook de corresponderende regelingen in bijvoorbeeld de AVA 2013 (par. 16.3) of de UAV-GC 2005 (par. 28).

50 Van een ernstig verborgen gebrek is op grond van de UAV 2012 sprake in geval het werk geheel of gedeeltelijk is ingestort of dreigt in te storten dan wel ongeschikt is geraakt of ongeschikt dreigt te geraken voor de bestemming waarvoor het blijkens de overeenkomst is bedoeld en dit bestemmingsverlies slechts kan worden verholpen of voorkomen door het treffen van zeer kostbare voorzieningen. Zie par. 12 lid 4 onder (b) UAV 2012, alsmede M.A.B. Chao-Duivis, *UAV 2012 Toegelicht*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 79-80.

51 Zie par. 12 lid 5 UAV 2012, alsmede M.A.B. Chao-Duivis, *UAV 2012 Toegelicht*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 79-80.

52 Zie voor beëindiging van het DBFM(O)-contract tevens F.M. van Cassel-van Zeeland, 'Opzegging van de DBFM(O)-overeenkomst', *Contracteren* 2013/4, p. 149-153.

53 Zie bijvoorbeeld art. 10.1 in samenhang met Bijlage 1, definitie 'Grond voor Onmiddellijke Beëindiging' onder (d) en (e) van de Modelovereenkomst.

dig voor het bereiken van de *long-stop date* onder het DBFM(O)-contract haar onderaannemer te vervangen (door beëindiging van het onderaannemingscontract) en een andere onderaannemer te contracteren die in staat is om de werkzaamheden op een zodanige termijn af te ronden dat beëindiging van het DBFM(O)-contract kan worden afgewend.

Ten tweede wordt in het DBFM(O)-contract in de regel opgenomen dat de opdrachtgever gerechtigd is het DBFM(O)-contract tussentijds te beëindigen als - kort gezegd - sprake is van een tekortkoming van de SPV die leidt tot het toepassen van bepaalde betalingsstrafsancties door de opdrachtgever gedurende een vastgestelde periode.⁵⁴ Ook hier zal de SPV in haar onderaannemingscontracten eenzelfde grond voor beëindiging willen bedingen, met dien verstande dat een kortere periode wordt bedongen dan de periode in het DBFM(O)-contract. Ook deze *step-down* stelt de SPV in staat een andere onderaannemer te contracteren die in staat is om de werkzaamheden op een zodanige termijn af te ronden dat beëindiging van het DBFM(O)-contract kan worden afgewend.⁵⁵

4.7 Geschillenregeling

Door het back-to-back karakter van de verschillende contracten zijn de verplichtingen van de onderaannemer jegens de SPV en de SPV jegens de opdrachtgever in principe gelijk. Rechtelijke of arbitrale oordelen over de uitleg van het DBFM(O)-contract zullen daarom over het algemeen ook grote gevolgen hebben voor de uitleg van het onderaannemingscontract. De SPV en haar financiers willen voorkomen dat de SPV geconfronteerd kan worden met twee verschillende oordelen, mogelijk zelfs gewezen door verschillende juridische instanties, onder het DBFM(O)-contract enerzijds en het onderaannemingscontract anderzijds. Om dit te voorkomen dienen de bepalingen over de contractuele geschillenregeling zorgvuldig op elkaar afgestemd te worden.

Het onderaannemingscontract dient allereerst zodanig op de DBFM(O)-contract afgestemd te worden dat inconsistenties met betrekking tot de

overeengekomen wijze van geschillenbeslechting worden voorkomen. Wanneer het DBFM(O)-contract bijvoorbeeld de civiele rechter aanwijst om eventuele geschillen te beslechten, is een arbitragebeding in het onderaannemingscontract niet gewenst.⁵⁶ Ook inconsistenties in de beslissingen zelf moeten worden voorkomen. Indien een bepaalde omstandigheid onder het onderaannemingscontract bijvoorbeeld kwalificeert als een geval van vergoeding⁵⁷, dient de SPV het door de onderaannemer geleden financieel nadeel te vergoeden. Wanneer diezelfde omstandigheid vervolgens onder het DBFM(O)-contract niet kwalificeert als een geval van vergoeding en de SPV deze vergoeding dus niet op de opdrachtgever kan verhalen, blijft zij zelf achter met de financiële consequenties.

Inconsistente beslissingen kunnen worden voorkomen door het onderaannemingscontract op dit punt goed af te stemmen op het DBFM(O)-contract, door bijvoorbeeld in het onderaannemingscontract te bedingen dat geschillen over de uitleg van een beding in beide overeenkomsten - bijvoorbeeld over de vraag of een bepaalde omstandigheid kwalificeert als een geval van vergoeding, een geval van uitstel of een geval van overmacht - moet worden beslecht op het niveau van het DBFM(O)-contract voordat hierover een beslissing genomen kan worden op het niveau van het onderaannemingscontract. Een andere mogelijkheid is dat in het onderaannemingscontract wordt vastgelegd dat de onderaannemer zich op voorhand committeert aan de uitleg die in een procedure wordt gegeven aan een beding van het DBFM(O)-contract. Over het algemeen zal een onderaannemer slechts oren hebben naar een dergelijke afspraak indien zij het recht verkrijgt om invloed uit te oefenen op het handelen van de SPV jegens de opdrachtgever. De SPV en onderaannemer zullen over het algemeen een directe vorm van inmenging willen bewerkstelligen om directe betrokkenheid bij de kwestie te waarborgen, terwijl de opdrachtgever een indirecte wijze van betrokkenheid zal voorstaan, waarbij hij slechts één directe wederpartij voor zich ziet.⁵⁸

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld art. 10.2 van de Modelovereenkomst.

⁵⁵ Bij wijze van voorbeeld: de opdrachtgever mag het DBFM(O)-contract beëindigen als sprake is van een bepaalde tekortkoming door de SPV waardoor in drie achtereenvolgende betaalperiodes boetepunten zijn vastgesteld. De SPV kan in dat geval jegens haar onderaannemer(s) bedingen dat zij het onderaannemingscontract mag beëindigen als sprake is van diezelfde tekortkoming door haar onderaannemer(s) waardoor in - bijvoorbeeld - twee achtereenvolgende betaalperiodes boetepunten zijn vastgesteld. Dit betekent dat de SPV in dat geval dus één betaalperiode heeft om een andere onderaannemer in te schakelen om de werkzaamheden af te ronden, zodat beëindiging van het DBFM(O)-contract kan worden voorkomen. Zie bijvoorbeeld art. 10.2 sub b (i) van de Modelovereenkomst (infrastructuurmodule).

⁵⁶ Het is overigens nog maar de vraag of een arbitragebeding in het onderaannemingscontract afdwingbaar zou zijn indien het beding hierin - al dan niet bewust - toch is opgenomen in het onderaannemingscontract. Het Hof Arnhem-Leeuwarden wees afdwingbaarheid in dit geval van de hand, onder meer omdat het de onderaannemer als professionele partij duidelijk had moeten zijn dat met de overeenkomst van onderaanneming werd beoogd *alle* voorwaarden uit de hoofdovereenkomst 'back to back' aan de onderaannemer 'door te contracteren' (Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, RBP 2015/11). Anders: Rb. Rotterdam 7 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:80.

⁵⁷ Op grond van art. 9.4 van de Modelovereenkomst dient de opdrachtnemer, indien een bepaalde omstandigheid kwalificeert als een geval van vergoeding onder het DBFM(O)-contract, voor het geleden financieel nadeel gecompenseerd te worden.

⁵⁸ Een directe wijze van betrokkenheid kan bijvoorbeeld worden vormgegeven door overeen te komen dat de onderaannemer zich in dergelijke gevallen direct tot de opdrachtgever onder het DBFM(O)-contract mag wenden.

Een laatste punt dat aandacht behoeft in het kader van de contractuele geschillenregelingen betreft de situatie waarin de onderaannemer meent dat hij een claim heeft op de opdrachtgever, omdat hij meent dat het handelen van de opdrachtgever jegens hem kwalificeert als een onrechtmatige daad.⁵⁹ Aangezien de onderaannemer zelf niet in een contractuele verhouding tot de opdrachtgever staat, is hij voor een contractuele claim onder het DBFM(O)-contract aangewezen op de medewerking van de SPV.⁶⁰ Wanneer de SPV de claim van de onderaannemer onderschrijft, zal zij deze namens beide partijen doorzetten naar de opdrachtgever, maar een back-to-back doorgelegde overeenkomst voorziet niet in die situaties waarin de SPV de claim van de onderaannemer niet onderschrijft of deze om andere redenen niet wenst door te zetten. De SPV, of één van haar aandeelhouders, kan bijvoorbeeld commerciële motieven hebben om een claim jegens de opdrachtgever niet door te willen zetten. Het ligt in dat kader voor de hand om contractueel vast te leggen dat de SPV in die gevallen zelf tegemoet komt aan de onderaannemer.

5. Conclusie

Het is bepaald risicovol om bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen in het onderaannemingscontract te volstaan met één of meer algemene bepalingen om de verhoudingen tussen de SPV en haar onderaannemer vast te leggen. Aan de hand van in het oog springende aandachtspunten, risico's en valkuilen hebben wij in deze bijdrage gewezen op nut en noodzaak van zorgvuldige afstemming van het onderaannemingscontract op het DBFM(O)-contract. Onbedoelde lacunes in de back-to-back doorzetting van rechten en verplichtingen zullen vroeg of laat leiden tot onduidelijke verhoudingen, onderlinge geschillen en/of ongewenste afspraken tussen de SPV en haar onderaannemers of tussen de onderaannemers onderling. Contactpartijen dienen zich bewust te zijn van deze aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het opstellen van een onderaannemingscontract met een back-to-back karakter. ●

⁵⁹ Van een dergelijke situatie kan bijvoorbeeld sprake zijn in gevallen waarin de opdrachtgever foutieve informatie heeft verstrekt waardoor de onderaannemer schade lijdt of in gevallen waarin het handelen of nalaten van de opdrachtgever ertoe leidt dat de onderaannemer vertraging oploopt - en daarmee schade lijdt - bij de nakoming van zijn verplichtingen onder het onderaannemingscontract.

⁶⁰ Dit neemt niet weg dat het de onderaannemer vrij staat zich direct tot de opdrachtgever te wenden indien zij meent dat de wanprestatie van de opdrachtgever jegens de SPV tevens kan worden aangemerkt als een onrechtmatige daad jegens de onderaannemer.