19 november 1992
Ring Haarlem
Koninklijke Notariële Broederschap

ONROEREND GOED

is niet

ONVERANDERLIJK

want heeft

EEN ROEREND BESTAAN

en verdraagt

EEN VERANDERLIJKE WAARDE

VOORBEELDEN VAN NIET BESTAAN

1. Het in eigendom verkrijgen van een nog niet gerede onroerende zaak.

2. Het huren van een nog niet gerede onroerende zaak.

3. De realisatie van onroerende zaken middels een publiek/private samenwerking.

DE TURN-KEY LEVERING

De turn-key levering (sleutel op de deur) is niets meer of minder dan een koop van een gebouw met grond, op basis van hierover vooraf gemaakte afspraken. Hoewel dit eenvoudig klinkt, brengt dit type overeenkomst nogal wat complicaties met zich mee. Dat is ook niet verwonderlijk als nog even wordt teruggekeken naar het realisatieproces van gebouwen. In tegenstelling tot processen waarvan serieproduktie sprake is, is een gebouw vrijwel steeds een uniek produkt, hetgeen een intensieve samenspraak tussen alle betrokken partijen nodig maakt, alsmede veel besluiten van de opdrachtgever die tijdens de loop van het proces moeten worden genomen.

Wanneer een opdrachtgever nu een turn-key overeenkomst sluit doet hij in feite afstand van zijn bevoegdheid om gedurende het realisatieproces nog een groot aantal besluiten te nemen. Hij delegeert die besluitvorming aan de turn-key aannemer en neemt pas op het einde het gereed gekomen produkt over. Bij de overname wordt de overeengekomen prijs in één keer aan de turn-key aannemer betaald. De complicerende factor voor turn-key is erin gelegen dat deze werkwijze alleen zinvol is, indien in een heel vroeg stadium voor de opdrachtgever absolute duidelijkheid ontstaat ten aanzien van het te verkrijgen produkt. Hij weet wanneer het wordt geleverd, wat het kost en vormt zich een beeld van de kwaliteit. Daartegenover staat dat hij gebonden is aan één enkele partij waarmee hij zaken moet doen, zodat het concurrentie-element in de aanbieding beperkt is. Wil een opdrachtgever toch onderhandelen met meerdere turn-key aanbieders voor eenzelfde project, dan blijkt al snel dat de aangeboden produkten moeilijk vergelijkbaar zijn, hetgeen het maken van een goede keuze belemmert.

Indien een turn-key overeenkomst niet in een vroeg stadium van een project wordt aangegaan, maar gewacht wordt met het sluiten ervan totdat het project veel beter is omschreven in contractstukken (tekeningen en bestekken), komt vrij snel het punt naderbij dat niet meer sprake is van een turn-key opdracht, maar eerder van een onderhandse aanbesteding. Als enig kenmerk blijft dan over dat de aannemer zelf de financiering van het project verzorgt, zodat de opdrachtgever pas aan het einde behoeft af te rekenen. Gelet op de structuur van de aannemerij kan elders dikwijls voordeliger geld worden geleend.

De voordelen van de turn-key overeenkomst zijn er in gelegen dat de opdrachtgever slechts een minimale bemoeienis hoeft te hebben met het totale bouwproces en zoals eerder gemeld in een vroegtijdig stadium zekerheid heeft over opleveringsdatum en prijs.

Aan de turn-key overeenkomst kleeft echter ook een nadeel. De turn-key aanbieding zal worden gedaan in een stadium dat nog sprake is van vele onzekerheden. De turn-key aanbieder schat de risico's daarvan in, maar zal in zijn aanbieding toch een aantal zaken incalculeren die mogelijk kunnen optreden.

Daarenboven kan hij een voor hem welgevallige bouwwijze kiezen (die niet altijd goedkoop hoeft te zijn) en biedt hij niet in concurrentie aan. Naast deze prijsopdrijvende factoren zijn er bij een turn-key overeenkomst ook elementen die een verlaging van de totale kostprijs met zich meebrengen. Dit zit met name in de sfeer van de projectvoorbereiding waarbij ontwerpen minder gedetailleerd worden uitgewerkt en het nemen van een relatief groot aantal besluiten naar de feitelijke bouwplaats wordt gedelegeerd. Gemiddeld zullen de kosten van een turn-key project daarom per saldo hoger uitvallen dan in situaties waarin de opdrachtgever zelf de bouw voorbereidt en in concurrentie aanbesteedt.

Het al of niet slagen van de opzet van een turn-key overeenkomst ligt in feite bij de te behalen kwaliteit. Aan de overeengekomen uitgangspunten van tijd en kosten wordt veelal niet getornd, maar de kwaliteit van het geleverde produkt is vaak erg eenvoudig en valt voor professionele opdrachtgevers vaak tegen. Dit ontstaat doordat de kwaliteit vaak de sluitpost is in het budget van de turn-key aanbieder, die onverwachte tegenvallers niet ten laste van zijn risico en winst brengt, maar van het feitelijk te leveren produkt.

Toch is het heel goed mogelijk om een turn-key overeenkomst te sluiten waar partijen ook na levering van het produkt wederzijds erg tevreden over zijn. Dit stelt wel hoge eisen aan de tekst van de overeenkomst en met name het gedeelte waarin de kwaliteit van het te leveren produkt wordt omschreven. Indien een goed ruimteprogramma wordt aangeleverd met een duidelijk technisch programma van eisen, die beide onderdeel uitmaken van een turn-key overeenkomst, dan is de basis voor een kwalitatief goede uitvoering geschapen. Het gestelde doel is daar echter niet mee bereikt. Wat moet namelijk gedaan worden indien de opdrachtgever met de oplevering van het gebouw constateert dat een groot aantal van de met hem overeengekomen zaken niet naar behoren worden geleverd. Het ontbinden van de overeenkomst zonder verplichtingen van partijen is vrijwel niet mogelijk, omdat de opdrachtgever alles heeft gericht op het betrekken van een nieuwe huisvesting en de turn-key aannemer niet zomaar een nieuwe afnemer voor zijn produkt kan vinden.

In een belangenafweging trekt de opdrachtgever dikwijls aan het kortste eind en moet genoegen nemen met een aantal cosmetische aanpassingen die nog voor de oplevering worden aangebracht.

Een dergelijke voor alle partijen ongewenste situatie kan worden voorkomen, door tijdens de uitvoeringen regelmatig te controleren of de aannemer aan zijn verplichtingen uit de turn-key overeenkomst voldoet. Dit geschiedt niet zoals bij een eigen opdracht door dagelijks toezicht op het werk te plaatsen, maar door geregelde inspecties en vooral een goed contact met degenen die namens de turn-key aannemer zijn belast met controle op de uitvoering.

Binnen die randvoorwaarden kan een bevredigend produkt worden verkregen. Kernpunt blijft dat partijen niet een overeenkomst sluiten en elkaar bij het eindprodukt weer treffen, maar samen verantwoordelijkheid aanvaarden voor de kwalitatief beoogde uitwerking van de overeenkomst.

DE BASISOVEREENKOMST

Een zaak die niet bestaat, kan geen onderwerp van koop of huur zijn. Er worden dagelijks zaken te koop of te huur aangeboden, die er nog niet zijn, doch waarvoor het plan wel kan worden getoond. De huurovereenkomst kan eerst worden gesloten als het te huren object bestaat. In het geval dat daarvoor nog bouwwerkzaamheden moeten worden uitgevoerd, kan dat een kwestie zijn van maanden tot jaren. Indien verhuurder en huurder zich beiden willen verbinden, kan daarvoor wel een overeenkomst worden gesloten. Omdat zij daarin de voorwaarden voor de te sluiten huurovereenkomst zullen opnemen, is daarvoor een goede benaming: de basisovereenkomst. Bij het kopen van een onroerende zaak van tekening is de oplossing het sluiten van een koop- en aannemingsovereenkomst. De koopovereenkomst betreft de aankoop van de (onder)grond en de aannemingsovereenkomst regelt de opdracht voor de bouw. Deze vorm van overeenkomst is en wordt zo veelvuldig toegepast dat er niet sprake is van een avontuur. De koper weet middels bestekken en tekeningen wat hij heeft gekocht en kan de verkoper desnoods dwingen tot de exacte levering van hetgeen is getekend en omschreven. Indien de omschrijvingen en de tekeningen onvolledig en onduidelijk zijn, kunnen daaruit problemen ontstaan, doch in dat geval heeft de koper zijn zaak niet goed geregeld. Het systeem is goed en moet deskundig worden gebruikt.

Bij huur/verhuur van een nog voor gebruik gereed te maken gebouw is de vraag of een uitvoerige basisovereenkomst vereist is, afhankelijk van de aard en omvang van de nog te verrichten bouw- of verbouwwerkzaamheden. Een ieder dient zelf in een bepaalde situatie vast te stellen waar de grens ligt en dat zal mede worden beïnvloed door de hoedanigheid van de partijen en hun onderlinge verhouding. Een goede regeling middels een zorgvuldige overeenkomst werkt echter zodanig preventief, dat ten onrechte daarna zou kunnen worden gedacht dat een en ander overdreven was. Duidelijk zal zijn, dat het opstellen van de overeenkomst en de voorbereidingen om de inhoud er van vast te stellen, alsmede het overleg daarover de beste aanpak is om de juiste taakvervulling door partijen te bevorderen.

Een veel voorkomend geval is de ontwikkeling en realisatie van een gebouw door een projectontwikkelaar, die na verhuur het gebouw aan een belegger verkoopt. De kandidaat-huurder heeft huuroverleg met de projectontwikkelaar, terwijl deze laatste niet als verhuurder zal optreden. In de praktijk wordt desondanks veelal een huurovereenkomst gesloten, hetgeen zoals eerder gesteld, niet juist is omdat te verhuren zaak er niet is. Bij een zo weinig kritisch handelen zullen de zaken wellicht ook anderszins niet goed zijn geregeld.

Een dergelijk geval is wel complex, omdat er sprake is van drie partijen:
- de projectontwikkelaar als producent van een gebouw;
- de belegger als kandidaat-koper;
- de gebruiker als kandidaat-huurder.

Zonder basisovereenkomst is er sprake van een vicieuze cirkel. De projectontwikkelaar heeft een kandidaat-huurder en wil verkopen. De belegger wil kopen, doch eerst nadat er een huurovereenkomst is. De gebruiker wil huren maar daarvoor moet het gebouw er eerst zijn. Elk van de betrokkenen wil zich wel vastleggen om respectievelijk te verhuren, te verkopen, te kopen en te huren, maar onder voorwaarde dat aan de daarbij te stellen eisen wordt voldaan. Om tot een daartoe te sluiten overeenkomst te komen, kan op de navolgende wijze worden gewerkt.

1e Gebruiker - Projectontwikkelaar
De gebruiker stelt voorwaarden ten aanzien van de kwaliteit waaraan de te bieden huisvesting moet voldoen. Dit betreft de technische gebouwkwaliteit en bouwfysische normen, er van uitgaande dat het gebouw al volledig in plan of in uitvoering is en dat functioneel het gebouw aanvaardbaar is. De gebruiker komt overeen hoe en wanneer hij de voor zijn rekening te verzorgen inrichtingen kan realiseren. Voorts wordt overeengekomen, nauwkeurig vastgelegd in tekeningen en omschrijvingen, hetgeen de projectontwikkelaar zal opleveren als verhuurobject. Het overleg tussen gebruiker en projectontwikkelaar resulteert in tekeningen, omschrijvingen, tijdschema's, prijsafspraken, brieven, verslaglegging besprekingen en notities. Uit dit totaalpakket moet duidelijk zijn vast te stellen wat tussen partijen is afgesproken.

2e Projectontwikkelaar - Belegger
Tijdens het overleg ad 1e zal de projectontwikkelaar terugkoppelen naar de belegger, het is immers de vraag of al hetgeen de gebruiker eist ook past in het verhuurbeleid van de belegger. De belegger kan eisen stellen die niet passend zijn met betrekking tot het overleg ad 1e of er kunnen gevolgen zijn voor de koopsom die problemen gaan geven. De projectontwikkelaar zal noch de gebruiker noch de belegger willen teleurstellen en binnen aanvaardbare grenzen beiden tegemoet willen komen. Het overleg tussen projectontwikkelaar en belegger moet resulteren in overeenstemming over een turn-key overeenkomst.

3e Belegger - Gebruiker

Er van uitgaande dat de projectontwikkelaar in principe al overeenstemming heeft met de gebruiker over de verhuur/huur en voorts over de daarbij geldende detailafspraken als bedoeld in ad 1e, blijft voor gebruiker en belegger de zaak om de feitelijke huurovereenkomst te sluiten. Zij overleggen en er zal blijken dat uit dat overleg weer terugkoppeling plaats moet vinden naar het overleg ad 1e en ad 2e.

Het overleg tussen belegger en gebruiker moet resulteren in overeenstemming over het concept voor de huurovereenkomst.

Indien de belegger nog niet in beeld is, verloopt alles eenvoudiger omdat er dan slechts twee partijen zijn. Dezelfde situatie ontstaat als de belegger het volledig overlaat aan de projectontwikkelaar. De zaak is qua afhandeling ook gediend, indien gebruiker en belegger zich realiseren dat hun belangen ten opzichte van de projectontwikkelaar gelijkgericht zijn voor wat betreft de te verkrijgen kwaliteit. Het aantal omissies in de praktijk blijkt echter altijd groot te zijn.

Het geschetste overleg resulteert in een drie-partijenovereenkomst, waarin enerzijds het tussen partijen verkregen resultaat wordt vastgelegd en anderzijds wordt geregeld welke sancties er zijn bij schade voor de derde partij als de afspraken tussen twee partijen niet worden nagekomen. Zoals gesteld is deze hele exercitie bijzonder zinvol om juist verrassingen te voorkomen. De basisovereenkomst stelt dat als wordt voldaan aan hetgeen is overeengekomen, de betreffende partijen zullen verhuren/huren en kopen/verkopen.

DE PUBLIEK/PRIVATE SAMENWERKING

De samenwerking tussen overheid en particulier bedrijf (ook wel aangeduid als Public Private Partnership) staat de laatste jaren weer sterk in de belangstelling. Dit komt mede omdat de terugtredende overheid ruimte maakt voor het bedrijfsleven om op opengevallen plaatsen invullingen te maken. De gedachte dat sprake is van een nieuw fenomeen moet echter van de hand worden gewezen. Wel is het zo dat door de cyclus van oprukkende en terugtredende overheid de genoemde samenwerking beurtelings minder en meer aandacht krijgt en op gezette tijden als een probleemoplossend konijn uit de hoge hoed wordt getoverd.

Een overeenkomst waarin een samenwerking tussen overheid en het bedrijfsleven wordt aangegaan ter realisatie van een project of serieprojecten, verschilt alleen van andere overeenkomsten door de aard van de partijen. Overheden op de diverse niveaus hebben in publiekrechtelijke zin een grote zeggenschap en particulieren of bedrijven hebben dat niet. Omdat dezelfde overheid ook privaatrechtelijk kan opereren, ontstond in het verleden dikwijls een situatie, die als het geen overheid met twee petten zou hebben betroffen, aangeduid zou worden als een overeenkomst tussen twee partijen. Als voorbeeld doet de wetgevende overheid toezeggingen aan zichzelf als grondeigenaar dat op bepaalde terreinen een bebouwing mag worden gerealiseerd, waardoor de waarde van de grond aanzienlijk toeneemt en de te verwachten winst uit verkoop grotendeels zal worden aangewend voor het bouwen van een publieke sporthal. Indien dezelfde overheid dit thans regelt met een particulier bedrijf en vraagt en passant de sporthal ook daadwerkelijk te realiseren, is opeens sprake van een PPP.

Kenmerkend voor de publiek private samenwerking is dat de overheid, als hoeder van het algemeen belang en particuliere ondernemingen, met elkaar afspraken maken over de realisatie van een bouwplan of een complex aan bouwplannen, waarbij elke partij rechten en verplichtingen op zich neemt. Deze laatste moeten worden gezien als een samenhangend geheel en kunnen niet uit de overeenkomst worden losgehaald.

Kenmerkend voor de publiek private samenwerking is dat partijen in een beginfase van een ontwikkeling afspraken met elkaar moeten maken en in de overeenkomst tot realisatie langdurig met elkaar zijn verbonden.

Een dergelijke samenwerking kan alleen goed gaan, indien bij het aangaan van de overeenkomst duidelijkheid bestond over wat partijen van elkaar vragen en de realisatie daarvan daarna als gezamenlijk belang kan worden aangemerkt. Dit laatste blijkt het meest kwetsbare aspect in dit soort overeenkomsten. Met name van de kant van de overheid wordt dikwijls het totale proces dat wordt doorlopen, voordat de PPP afgerond kan worden, zwaar onderschat. En als je van tevoren niet heel goed weet wat of je wilt, dan is de uitkomst van onderhandelingen heel anders dan dat je je had voorgesteld. Daarnaast zit de overheid traditioneel in een moeilijke hoek. Bij een PPP lopen de inspanningen die de gemeente moeten verrichten (zeker in volume) vaak voor, op die voor de particuliere investeerders. Wanneer de overheid zijn werkzaamheden dan keurig heeft afgerond kan de contra partij, indien de overeenkomst hem daar ruimte voor geeft, in het vervolgtraject nog eens gaan aangeven hoe de gekozen uitgangspunten van de overeenkomst thans afwijken en welke schadelijke consequenties dat met name voor de risicodragende ondernemer heeft. Het gevolg is dikwijls dat de condities van de overeenkomst hierdoor voor de overheid gaan verslechteren.

De publiek private overeenkomst is een heel goed middel om zaken door het bedrijfsleven te laten realiseren die de overheid wel- gevallig zijn. Daar is echter niets nieuws aan, terwijl juist de suggestie wordt gewekt dat de nieuwigheid een excuus is voor te maken fouten. Wat er werkelijk mankeert aan veel PPP's is dat de overheid zich veel te slecht op de strekking van de overeenkomst heeft voorbereid en zich onvoldoende kan inleven in de wijze waarop de overeenkomst tot uitwerking zou komen. Hierdoor dreigt deze zo'n bijzondere vorm van overeenkomst in diskrediet te raken.