

Tot slot

12. In r.o. 6 geeft de ABRvS aan dat B&W een nieuw besluit dienen te nemen op de aanvraag om omgevingsvergunning (die dateert van 28 mei 2013 en in het voorjaar van 2014 is gewijzigd). Uit deze r.o. blijkt ook dat

de nieuwe besluitvorming zal plaatsvinden met toepassing van de coördinatieregeling uit art. 3.30 Wro. Het besluit tot toepassing van deze regeling is gepubliceerd in *Stcrt.* 2017, 56971. De tijd zal leren of de besluitvorming nu wat minder problematisch verloopt.

H.J. de Vries

Jurisprudentie – II. Aanneming van werk

TBR 2019/24

Rechtbank Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, 7 mei 2018, zaaknr. CUR201702082 (AR 83826/2017), ECLI:NL:OGECAC:2018:79 (Dispute Adjudication Board als onderdeel geschillenregeling)

(Mr. F.V.L.M. Wannyn)

BW: art. 7:900, art. 7:904; Rv: art. 215; FIDIC General Conditions 1999: art. 20

Geschillenregeling bij bouw ziekenhuis. Dispute Adjudication Board. Notice of Dissatisfaction. Bindende kracht. Afdwingbaarheid

Met gastnoot J.M. Henriquez, Red.¹

2 De feiten

2.1 SONA heeft als statutair doel (onder meer) het beheren van de bouw van het nieuwe ziekenhuis in Curaçao in opdracht van het Land Curaçao, waartoe op 11 augustus 2011 een beheersovereenkomst is gesloten. In het kader daarvan heeft SONA een managementovereenkomst gesloten met de besloten vennootschap Benschot International B.V. die op grond daarvan taken uitvoerde in naam van en voor rekening van SONA, totdat zij op 31 december 2016 werd ont-heven van haar taken.

2.2 Tussen SONA als opdrachtgever en BNI als aannemer is op 4 januari 2013 een overeenkomst van aanneming tot stand gekomen inzake de bouw van het ziekenhuis Nos Hospital Nobo te Willemstad.

2.3 In de overeenkomst hebben partijen zich verbonden eventuele geschillen voor te leggen aan een 'Dispute Adjudication Board' (hierna: DAB), die bestaat uit drie leden, te weten een voorzitter en een door beide partijen benoemd lid. Deze leden zijn bij aanvang van het project benoemd.

2.4 De regels die van toepassing zijn op een aan de DAB voorgelegd geschil luiden, voor zover van belang, als volgt:

'ANNEX XIX DISPUTE ADJUDICATION RULES

[...]

4. Obtaining Dispute Adjudication Board's Decision

If a dispute (of any kind whatsoever) arises between the Parties in connection with, or arising out of the Contract or the execution of the Works, [...] either Party may refer the dispute in writing to the DAB for its decision, [...]

[...]

Within 84 days after receiving such reference, [...] the DAB shall give its decision, which shall be reasoned and shall state that it is given under this Clause. [...] The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly give effect to it unless and until it shall be revised in an amicable settlement or a legal action award as described below. Unless the Contract has already been abandoned, repudiated or terminated, the Contractor shall continue to proceed with the Works in accordance with the Contract.

If either Party is dissatisfied with the DAB's decision, the either Party may, within 28 days of receiving the decision, give notice to the other Party of its dissatisfaction. [...]

If the DAB has given its decision as to a matter in dispute to both Parties, and no notice of dissatisfaction has been given by either Party within 28 days after it received the DAB's decision, then the decision shall become final and binding upon both Parties.

[...]

6 Legal action

Unless settled amicably, any dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by the competent court laid down in the Contract.

The court(s) shall have full power to open up, review and revise [...] any decision of the DAB [...].'

¹ Jacob Henriquez is advocaat en partner bij Ploum.

2.5 Tussen partijen is een geschil ontstaan over de gevolgen van het te laat door SONA aan BNI vrijgeven van delen van het bouwterrein. Dit geschil betreft zowel de aansprakelijkheid van SONA als de omvang van de eventueel door SONA te vergoeden schade.

2.6 Bij beslissing van 23 februari 2017 heeft de DAB onder andere als volgt overwogen:

'63. Eisder vordert de uitvoerbaar bij voorraadverklaring van deze beslissing. Volgens SONA is dat in strijd met de tussen partijen overeengekomen procedureregels (zie annex XIX, art 4). Dit onderschrijft de DAB. Artikel 4 van annex XIX bepaalt dat de uitspraak pas bindend is als geen der partijen een zogenaamde 'notice of dissatisfaction' heeft ingediend. Pas als de uitspraak bindend is, dient deze 'promptly' te worden nagekomen.

64. Nu de beslissing niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, en overigens SONA geen schadevergoeding betaalt op het moment dat de schade nog niet geleden is, ziet de DAB geen aanleiding de door SONA gevraagde zekerheidsstelling door middel van een bankgarantie toe te wijzen.'

2.7 De DAB heeft het volgende beslist:

'BEPAALT dat SONA aan BNI dient te voldoen:

een bedrag van USD 11.848.219,00 [...] aan directe en indirecte kosten wegens het door SONA niet op 1 maart 2015, respectievelijk het niet op 20 april 2015 aan BNI ter beschikking stellen van de werkgebieden 6 en 7, van welk bedrag door SONA op 18 november 2016 aan BNI een bedrag is betaald van USD 5.000.000,00, waarna het resterende bedrag van USD 6.848.219,00 op de volgende wijze dient te worden voldaan:

- op 1 september 2017 USD 544.000,00

- op 1 oktober 2017 USD 104.219,00

- in de periode van 1 november 2017 tot en met 1 mei 2018:

7 maandelijkse termijnen van USD 775.000,00,

(te voldoen op de 1e van de maand), totaal USD 5.425.000,00

- op 28 mei 2018 USD 775.000,00

te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 14 dagen na de betalingsdata, een en ander met dien verstande dat deze betalingsdata gelden ongeacht het werkelijke feitelijke verloop van het werk;

een bedrag van USD 26.206,00 [...] aan rente;

een bedrag van USD 26.816,00 [...] ter zake een tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand aan de zijde van BNI, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na deze beslissing;

een bedrag van ANG 14.685,00 [...], te vermeerderen met wettelijke rente daarover vanaf de datum van betaling van de factuur van BDO door BNI; BEPAALT dat BNI het verschil in prijsrisicoverrekening tussen het contractueel overeengekomen termijnschema en de werkelijke termijnbetalingen achteraf mag verrekenen op basis van de maande-

lijks gepubliceerde BDB- indexcijfers kantoorgebouwen nieuwbouw.'

2.8 Zowel SONA als BNI heeft binnen de termijn van 28 dagen een zogenaamde 'notice of dissatisfaction' gestuurd.

2.9 Bij mail van 14 maart 2017 heeft (de advocaat van) BNI onder andere het volgende aan de DAB bericht:

'Namens BNI verzoek ik u vriendelijk om te bevestigen dat de DAB met haar beslissing van 23 februari 2017 (in het bijzonder paragraaf 63) niet heeft willen afwijken van bovengenoemde regelingen uit artikel 4 van Annex XIX bij het DBM-contract.'

2.10 De secretaris van de DAB heeft per e-mail van 20 maart 2017 als volgt op dit verzoek en het daartegen gerichte bezwaar van SONA gereageerd:

'Naar aanleiding van uw e-mails van 14 en 15 maart jongstleden kan ik u namens de DAB mededelen dat de DAB met overweging 63 van de beslissing uiteraard niet heeft willen afwijken van de tussen partijen overeengekomen regeling.'

3 Het geschil

3.1 SONA vordert om, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

1. te verklaren voor recht dat de DAB-beslissing géén bindende kracht heeft tussen partijen;

2. te verklaren voor recht dat SONA niets aan BNI verschuldigd is uit hoofde van de vorderingen als opgesomd in de DAB-beslissing;

3. te verklaren voor recht dat de zogeheten Claim 2 géén aparte vordering van BNI betreft, maar onderdeel is van de in de DAB-procedure behandelde vordering genoemd Claim 1;

4. subsidiair, indien de DAB-beslissing als een bindend advies mocht worden aangemerkt, deze beslissing dan geheel dan wel gedeeltelijk te vernietigen;

5. BNI te veroordelen in de kosten van deze procedure, die van rechtskundige bijstand daaronder begrepen.'

3.2 SONA legt aan de vordering het volgende ten grondslag. Als gevolg van het door SONA tijdig sturen van een *notice of dissatisfaction* is de DAB-beslissing niet definitief geworden en heeft deze ook geen bindende kracht verworven. Partijen en het Gerecht zijn op generlei wijze aan die beslissing gebonden. Aan de DAB-beslissing kleven zodanige ernstige gebreken dat deze niet kan dienen als basis voor de beantwoording of SONA enig bedrag aan BNI is verschuldigd, dan wel komt deze voor vernietiging in aanmerking omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om SONA daaraan te houden. Op grond van artikel 6 van de *dispute adjudication rules* staat het het Gerecht vrij om het geschil in zijn totaliteit opnieuw te beoordelen. Een marginale toetsing van de beslissing zou geen recht doen aan de situatie. De beoordeling zal geheel opnieuw moeten plaatsvinden.

3.3 Ter onderbouwing van haar bezwaren tegen de DAB-beslissing heeft SONA het volgende gesteld. BNI heeft niet voldaan aan de op haar rustende substantiëringsplicht en heeft haar schade niet door middel van gedetailleerd bewijs aannemelijk gemaakt. Het door de DAB desondanks voor het grootste deel aanvaarden van die schade levert een schending van het recht en een motiveringsgebrek op. De DAB-beslissing is voor een zeer wezenlijk deel gebaseerd op de brief van 5 december 2015 van Steenhorst, de directeur van Berenschot, aan BNI. De DAB heeft de inhoud daarvan onvoorwaardelijk aan SONA toegerekend en is voorbij gegaan aan de daarin voorkomende voorbehouden en voorwaarden. Deze brief is op verzoek van BNI opgesteld om de balans op te poetsen in verband met de op handen zijnde overname van BNI door Rönesans. Steenhorst heeft onrechtmatig gehandeld jegens SONA door de claim onbevoegd en zonder instemming van SONA te erkennen, terwijl BNI wist of behoorde te weten dat dit tegen de zin van SONA gebeurde. BNI behoort daarom niet van deze wanprestatie cq. onrechtmatige daad te profiteren en mocht er - gezien haar eigen betrokkenheid bij de totstandkoming daarvan - niet op vertrouwen dat zij aan die brief rechten kan ontlenuen. Verder heeft de DAB miskend dat de claim na het verstrijken van de fatale termijn en dus te laat is ingesteld en is daarbij voorbij gegaan aan de FIDIC-jurisprudentie. Daarnaast wordt er in de DAB-beslissing ten onrechte vanuit gegaan dat fatale data zijn overeengekomen voor wat betreft het beschikbaar stellen van de deelgebieden 6 en 7. Voorts heeft de DAB in de beslissing onderkend dat toekomstige schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, maar heeft desondanks - zonder zorgvuldige onderbouwing - een eigen inschatting gemaakt van de momenten waarop die schade zal worden geleden. Dit levert een ernstig motiveringsgebrek op en een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Bovendien gaat de DAB uit van een vermeend causaal verband zonder dat duidelijk is dat de in de toekomst mogelijk op te treden schade verband zal houden met de vermeende vertraging. De DAB heeft ten onrechte geen correctie op grond van eigen schuld en voordeeltorekening toegepast en de gestelde onderdekking van algemene kosten en winst zonder enige onderbouwing toegewezen.

3.4 SONA stelt zich voorts op het standpunt dat Claim 2 in het kader van de DAB-procedure als onderdeel van Claim 1 is behandeld en dat BNI niet gerechtigd is inzake claim 2 een nieuwe DAB-procedure te beginnen.

3.5 BNI heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van SONA, althans afwijzing van haar vorderingen, en tot bekrachtiging van de DAB-beslissing, met veroordeling van SONA in de proceskosten en nakosten, vermeerderd met wettelijke rente. Daartoe heeft BNI het volgende aangevoerd. Nadat de locatie van het te bouwen

ziekenhuis na de aanbesteding werd gewijzigd zijn partijen in een memorandum een tijdschema in fasen overeengekomen waarin data zijn bepaald voor ter beschikkingstelling van deelgebieden. Na de tekortkoming van SONA in haar verplichting om deelgebied 6 en 7 op de overeengekomen data beschikbaar te stellen heeft BNI op 19 mei 2015 een interim-claim aan SONA verstrekt. Partijen hebben vervolgens afspraken gemaakt over de vertraging en schade welke zijn bevestigd in de brief van 5 december 2015. De weigering van SONA om deze afspraken na te komen heeft geleid tot de DAB-beslissing die kwalificeert als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW. Indien een partij zich verzet tegen de beslissing van de bindend adviseur, is die op grond van artikel 7:904 lid 1 BW slechts vernietigbaar indien gebondenheid daaraan in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming ervan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De rechter komt hierbij een marginale toetsing toe. De bevoegdheid om een DAB-beslissing aan te passen, volgt pas nadat de beoordeling daarvan door de bevoegde rechter heeft plaatsgevonden. Aan de DAB-beslissing kleven geen ernstige gebreken en de DAB-procedure is met de nodige waarborgen omkleed. De beslissing is uitvoerig gemotiveerd. Van schending van het beginsel van hoor en wederhoor is geen sprake. Er hebben twee schriftelijke rondes, een bezichtiging en een mondelinge behandeling plaatsgevonden.

4 De beoordeling

4.1 Namens het Land is op 20 maart 2018, een dag voor de zitting, verzocht om in de gelegenheid te worden gesteld om een incidentele conclusie tot tussenkomst in te dienen. Voor zover de intrekking van dat verzoek voorafgaand aan de behandeling van het kort geding in de zaak tussen partijen met nummer CUR201800720 niet mede betrekking had op het gelijkkluidende verzoek in de onderhavige zaak, wordt het verzoek afgewezen. Dit aangezien de behandeling van het onderhavige rechtsgeding reeds is geëindigd en er dus geen moment meer komt waarop een incidentele vordering tot tussenkomst rechtsgeldig kan worden ingediend (vergelijk artikel 215 Rv).

4.2 SONA heeft ter zitting nader toegelicht dat zij - anders dan uit haar vordering onder (2) en een deel van haar onder 3.3 weergegeven betoog mogelijk is af te leiden - in het onderhavige geding niet heeft beoogd de aan de DAB-beslissing ten grondslag gelegde vorderingen van BNI inhoudelijk ter beoordeling aan het Gerecht voor te leggen. Zij meent dat daaraan pas kan worden toegekomen nadat BNI deze vorderingen deugdelijk zal onderbouwen. Zij erkent dat BNI mogelijk schade heeft geleden als gevolg van te late beschikbaarstelling van (delen van) het bouwterrein, maar stelt zich op het standpunt dat pas na de oplevering

kan worden beoordeeld of en tot welke hoogte BNI schade heeft geleden als gevolg van vertraging die voor rekening van SONA moet komen. Aldus gaan de vorderingen 1, 2 en 4 in de kern om de vraag of de DAB-beslissing (voorlopig) door SONA dient te worden nagekomen.

4.3 Allereerst dient beoordeeld te worden hoe de in 2.4 weergegeven Annex XIX bij overeenkomst tussen partijen moet worden uitgelegd. Hierbij wordt vooropgesteld dat het bij de uitleg van een overeenkomst steeds aankomt op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij geldt dat de bedoeling van partijen in veel gevallen zal kunnen worden afgeleid uit de normale betekenis van de gebruikte bewoordingen. Dit geldt zeker waar sprake is van een uitvoerig schriftelijk contract dat gesloten is tussen professionele partijen. Steeds zal de uitleg moeten plaatsvinden aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval, die moeten worden gewaardeerd naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

4.4 De door BNI bepleite uitleg vindt steun in de tekst van artikel 4 van Annex XIX. De zinsnede *'the decision shall be binding on both parties, who shall promptly give effect to it unless and until it shall be revised in an amicable settlement or a legal action as described below'* (onderstreping Gerecht) kan in redelijkheid niet anders worden begrepen dan in die zin dat de uitspraak van de DAB terstond moet worden nagekomen zolang de uitspraak niet zal zijn herzien door middel van een minnelijke regeling of door middel van een uitspraak van de gewone rechter, zoals later in dat artikel beschreven. Dat in hetzelfde artikel vervolgens is bepaald dat de beslissing onherroepelijk en bindend wordt als geen van beide partijen tijdig een *notice of dissatisfaction* stuurt, doet aan het voorgaande niet af. Deze uitleg spoort bovendien met de bedoeling van de geschillenregeling, namelijk - zoals SONA ter zitting en in haar memorie van antwoord in de DAB-procedure ook zelf heeft opgemerkt - dat een relatief snel oordeel kon worden verkregen over een tussen de opdrachtgever en de aannemer gerezen geschil, zodat de voortgang van het project niet zou worden gehinderd, waarna ieder der partijen de mogelijkheid heeft om de kwestie alsnog ten gronde te laten beoordelen door de gewone rechter. Dat een beslissing daarover vervolgens na het sturen van een *notice of dissatisfaction* niet zou hoeven worden nagekomen zonder vervangend inhoudelijk oordeel over de geschilpunten, verhoudt zich niet met die ratio. Dit te meer nu, zoals BNI terecht heeft aangevoerd, geen termijn is bepaald waarbinnen het geschil aan de gewone rechter dient te worden voorgelegd. Anders zou een partij door na het sturen van een *notice of dissatisfaction* geen juridische procedure te starten, een DAB-beslissing nooit hoeven na te komen. Daarnaast heeft BNI verwezen naar het FI-

DIC-handboek waarin de tijdelijke verbindendheid van een DAB-beslissing als een van de voordelen van die procedure wordt genoemd. Dat de overeengekomen bepalingen desondanks anders dienen te worden uitgelegd heeft BNI daar tegenover onvoldoende gemotiveerd gesteld.

4.5 Aan de overweging in de DAB-beslissing aangaande de uitvoerbaarheid bij voorraad komt in dit verband geen betekenis toe. De contractuele regeling van partijen biedt immers geen ruimte voor de DAB om een uitspraak al dan niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Zelfs indien er vanuit wordt gegaan dat de DAB deze ruimte wel had, blijkt uit de beslissing niet dat de DAB er bewust voor heeft gekozen om af te wijken van de contractuele regeling zelf die erin voorziet dat een uitspraak direct door partijen dient te worden nagekomen. Integendeel, de secretaris van de DAB heeft per e-mail van 20 maart 2017 aan BNI juist namens de DAB medegedeeld dat dit niet is bedoeld. Waar sprake is van een contractueel overeengekomen vorm van private geschillenbeslechting, valt niet in te zien dat aan die nagekomen uitlating per e-mail geen betekenis zou kunnen worden gehecht voor wat betreft de juiste uitleg van de DAB-beslissing.

4.6 Aldus is SONA in beginsel gehouden de DAB-beslissing na te komen zolang deze niet door de gewone rechter is herzien, dan wel wordt vervangen door een onderlinge regeling tussen partijen. Nu de DAB-beslissing voortvloeit uit de overeenkomst van partijen, is die voorlopige gebondenheid alleen dan niet aan de orde indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

4.7 SONA heeft bepleit dat de zinsnede *'The court(s) shall have full power to open up, review and revise [...] any decision of the DAB'* artikel 6 van Annex XIX aldus moet worden uitgelegd dat ook in het kader van de toetsing of die voorlopige gebondenheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, de rechter een inhoudelijke toets toekomt. Deze zinsnede wordt voorafgegaan door de zinsnede *'Unless settled amicably, any dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by the competent court laid down in the Contract'* (onderstreping Gerecht). In het licht van de in 4.4 weergegeven ratio van de geschillenregeling, moet deze bepaling redelijkerwijs zo worden uitgelegd dat de 'full power' van de rechter om de DAB-beslissing te herzien aan de orde is indien hij wordt gevraagd het geschil finaal - en dus inhoudelijk - te beslechten. Een andere uitleg zou ertoe leiden dat de rechter de beoordeling door de DAB 'vol' toetst, met als mogelijke consequentie dat de DAB-beslissing niet langer aan de orde is, zonder evenwel daarvoor in de plaats een beoordeling van de aanspraken van BNI te stellen. Dit strookt niet met de bedoeling van de regeling, omdat aldus immers de tijdelijke gebondenheid van partijen aan de DAB-beslissing feitelijk weer ongedaan wordt ge-

maakt zonder dat daarvoor een inhoudelijk oordeel in de plaats komt. Hierbij wordt aangetekend dat ook in de visie van SONA BNI mogelijk aanspraken heeft, zij het dat die aanspraken volgens SONA pas bij de eindafrekening aan de orde zouden kunnen komen.

4.8 De conclusie is dat aan een inhoudelijk oordeel over de juistheid van de DAB-beslissing thans niet wordt toegekomen, en dat dient te worden getoetst of aan de DAB-beslissing dusdanig ernstige gebreken kleven dat gehoudenheid tot nakoming daarvan door SONA naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit is een tot terughoudendheid nopende toets.

4.9 SONA heeft zich in de DAB-procedure op het standpunt gesteld dat de claim van BNI wegens het verstrijken van de daartoe gestelde fatale termijn was vervallen. Dat de DAB bij het passeren van het door SONA gedane beroep op het schriftelijkheidsvereiste volgend uit de FIDIC-jurisprudentie heeft overwogen dat die jurisprudentie niet van toepassing is omdat geen sprake is van een FIDIC-contract is misschien opmerkelijk te noemen gezien de letterlijke overname van de FIDIC-geschillenregeling. Uit de beslissing blijkt echter dat de DAB de vraag naar de tijdigheid uitdrukkelijk onder ogen heeft gezien. Zij heeft gewezen op door haar in dit verband relevant geachte omstandigheden, te weten dat BNI vooraf al meermaals had gewaarschuwd voor het niet tijdig beschikbaar komen van het bouwterrein en daarbij reeds had aangekondigd dat zij aanspraak zou maken op termijnverlenging en kostenvergoeding, en dat partijen daarna overleg hebben gehad over deze kwestie. Aldus kan het oordeel van de DAB dat BNI SONA tijdig in kennis heeft gesteld van de claim niet als apert onjuist worden aangemerkt.

4.10 De brief van 5 december 2015 van Luc Steenhorst, de directeur van Berenschot, aan BNI speelt, zoals SONA terecht aanvoert, een wezenlijke rol in de DAB-beslissing. Op grond daarvan is immers overeenstemming ten aanzien van de directe schade en het causale verband tussen die schade en de vertraging aangenomen. SONA heeft ook in de DAB-procedure haar bezwaren tegen die brief en de context waarin deze tot stand is gekomen aan de orde gesteld. De DAB is daarop in haar beoordeling ingegaan. Wellicht was denkbaar dat op grond van hetgeen door SONA was aangevoerd een minder zware betekenis aan die brief was toegekend. In het licht van de overwegingen van de DAB dat deze brief volgde op intensief overleg tussen USONA (Berenschot) en BNI over de vorderingen van BNI, dat aan de hand daarvan op 30 november 2015 een kostenoverzicht was opgesteld en dat Steenhorst in Annex XI werd genoemd als zijnde (als vervanger) bevoegd om SONA te vertegenwoordigen, heeft de DAB echter gemotiveerd uiteengezet waarom zij de brief

ondanks de bezwaren van SONA in haar oordeel heeft betrokken.

4.11 Onrechtmatig handelen van BNI in het kader van deze brief zou het handhaven van de DAB-beslissing onaanvaardbaar kunnen maken. SONA heeft in dit kader aangevoerd dat BNI druk uitoefende om tot enigerlei overeenkomst te komen en dat zij (mede) gezien het intensieve contact tussen partijen in de periode voorafgaand aan de brief, wist of moet hebben geweten dat SONA niet met de inhoud van die brief instemde en dat Steenhorst door het desondanks sturen daarvan onrechtmatig handelde jegens SONA. Vaste jurisprudentie (onder meer HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246; HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 en HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78) is dat het profiteren van andermans wanprestatie pas onrechtmatig is indien aan twee cumulatieve vereisten is voldaan, te weten (a) de aangesproken partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij, kort gezegd, wanprestatie pleegt jegens een derde en (b) er is sprake van bijkomende omstandigheden. Nog afgezien van de omstandigheid dat de (interne) correspondentie tussen SONA en USONA/Berenschot waarnaar SONA heeft verwezen slechts steun biedt voor haar stelling dat zij niet met de inhoud van de brief instemde en niet dat BNI dat wist, geldt dat SONA niet (voldoende gemotiveerd) heeft gesteld dat sprake is van bijkomende omstandigheden. Aan bewijslevering op dit punt wordt dan ook niet toegekomen. Dat in dit kader ter zake doende inlichtingen zouden kunnen worden verkregen uit de aan de brief voorafgaande correspondentie tussen BNI en Berenschot heeft SONA onvoldoende toegelicht, zodat er geen aanleiding is om overlegging daarvan te bevelen.

4.12 In de DAB-beslissing is ten aanzien van de bouwtijdverlenging van acht maanden overigens niet alleen verwezen naar de brief van SONA van 5 december 2015, maar ook naar een brief van SONA van 2 november 2016 waarin verwezen wordt naar *'de reeds toegekende termijn van verlenging van 8 maanden'*. Verder heeft de DAB in dit kader verwezen naar de planning (ATS 28/08/2014), VAR-011 en het memorandum van 18 november 2014. Mede gezien de omstandigheid dat SONA blijkens de door haar overgelegde processtukken van de DAB-procedure daartegen niet uitdrukkelijk verweer heeft gevoerd, kan niet worden gezegd dat de DAB in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat fatale data voor beschikbaarstelling van de deelgebieden 6 en 7 waren overeengekomen.

4.13 Het standpunt van SONA dat BNI niet had voldaan aan de op haar rustende substantiëringsplicht en dat het desondanks grotendeels aanvaarden van die schade door de DAB een schending van het recht en een motiveeringsgebrek oplevert wordt verworpen. De door BNI gevorderde schade is gespecificeerd en onderbouwd met documenten, waaronder berekeningen

en rapporten. De beslissing van de DAB is voorzien van een uitvoerige motivering, waarin is gereageerd op het betoog van BNI en ook op de verweren van SONA. De DAB heeft in voldoende mate inzicht geboden in haar gedachtegang. Zo is bijvoorbeeld op het door SONA uitvoerig gemotiveerde beroep op de eigen schuldcorrectie en voordeeltorekening ingegaan in de overwegingen 30 tot 37. Verder heeft de DAB, in reactie op de stelling van SONA dat de claim prematuur is, in overweging 39 - met verwijzing naar het kostenoverzicht van 30 november 2015 - gemotiveerd dat een deel van de schade al werd geleden omdat de omzet van BNI ook daalde doordat zij niet vol aan het werk kon. Ook is stil gestaan bij de berekening van de vergoeding voor onderdekking van algemene kosten en winst. Niet kan worden gezegd dat klakkeloos het standpunt van BNI is overgenomen, te meer nu de gevorderde vergoeding voor onderdekking van risico is afgewezen. Het feit dat oordelen van de DAB deels onjuist kunnen zijn en dat niet is uit te sluiten dat (een deel van) de door de DAB toegewezen schade na oplevering voor verrekening in aanmerking zou kunnen komen, maakt de (voorlopige) gebondenheid aan die beslissing nog niet onaanvaardbaar. Overigens kan dit alles volgens Annex XIX aan de gewone rechter worden voorgelegd en kan hetgeen SONA op grond van de DAB-beslissing (eventueel teveel) betaalt bij de oplevering en afwikkeling van het project worden verdisconteerd.

4.14 De DAB heeft, in aansluiting op het standpunt van SONA dat schade pas betaald hoeft te worden op het moment dat deze geleden wordt, aan de hand van processtukken waarop SONA heeft kunnen reageren de betalingstermijnen gemotiveerd vastgesteld. Gelet op de (gewijzigde) eis van BNI om SONA te veroordelen tot betaling van de door de DAB in goede justitie te bepalen termijnen stond het de DAB vrij om die termijnen op grond van de in het geding betrokken processtukken vast te stellen. Van schending van het beginsel van hoor en wederhoor is dan ook geen sprake.

4.15 Op grond van al het voorgaande kan niet worden geoordeeld dat (voorlopige) gebondenheid van SONA aan de DAB-beslissing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit dient tot afwijzing te leiden van het door SONA onder (1) en (2) gevorderde. Nog afgezien van de vraag of de DAB-beslissing als vaststellingsovereenkomst kan worden aangemerkt nu deze - ook volgens BNI - slechts voorlopig bindend is, heeft het voorgaande ook tot gevolg dat de kennelijk op artikel 7:904 BW onder 4 gevorderde vernietiging eveneens dient te worden afgewezen. Een andere grondslag voor vernietiging is niet aangevoerd of gebleken.

4.16 Voor wat betreft de gevorderde verklaring voor recht dat Claim 2 geen aparte vordering van BNI betreft, maar onderdeel is van de in de DAB-procedure behandelde Claim

1 geldt het volgende. Uit de stellingen van partij- en is gebleken dat thans reeds een procedure bij de DAB aanhangig is over claim 2. De door partijen overeengekomen geschillenregeling is aldus ingericht dat een partij geschillen aan de DAB kan voorleggen en dat een partij vervolgens, indien zij het niet eens is met de uitspraak van de DAB, de gewone rechter kan adiëren. Daarmee verhoudt zich niet de mogelijkheid dat de rechtsgang bij de DAB zou worden doorkruist door een uitspraak van de gewone rechter over de ontvankelijkheid bij de DAB. Dit dient tot afwijzing van de gevorderde verklaring voor recht te leiden.

4.17 De slotsom is dat de vorderingen van SONA integraal worden afgewezen. SONA zal, als de in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten aan de zijde van BNI worden veroordeeld. Deze worden, mede gelet op de samenhang met de gelijktijdig behandelde zaak tussen partijen met nummer CUR201702136, begroot op Naf 9.000,- aan gemachtigdensalaris (1,5 x liquidatietarief 11). (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. De aannemingsovereenkomst tussen SONA (opdrachtgever) en BNI (aannemer) over de bouw van het ziekenhuis *Nos Hospital Nobo* te Willemstad bevat een bepaling die het mogelijk maakt om geschillen voor te leggen aan een *Dispute Adjudication Board* ('DAB') bestaande uit drie personen.²

2. Een van de vragen die aan het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao is voorgelegd betreft de gehoudenheid van SONA om de DAB-beslissing van 23 februari 2017 na te komen nadat SONA binnen de overeengekomen termijn van 28 dagen een *Notice of Dissatisfaction* heeft gestuurd.³

3. SONA heeft in de procedure betoogd dat als gevolg van het tijdig sturen van een *Notice of Dissatisfaction*, de DAB-beslissing niet definitief is geworden en deze ook geen bindende kracht heeft verworven.⁴ BNI was het daar niet mee eens en concludeerde tot bekrachtiging van de DAB-beslissing.⁵

4. Het vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao biedt de mogelijkheid om in deze annotatie in te gaan op de functie van een DAB als onderdeel van een geschillenregeling zoals die uit Annex XIX van de aannemingsovereenkomst. Ook zal worden ingegaan op de bindende kracht van een DAB-beslissing indien een *Notice of*

² Omdat de leden van de DAB bij aanvang van het project zijn benoemd, is in mijn optiek sprake van een zogeheten 'Standing DAB' of 'Full-term DAB' in plaats van een 'ad hoc DAB'.

³ Ro. 3.1 en 3.2 van het vonnis. De termijn van 28 dagen voor het sturen van een *Notice of Dissatisfaction* staat in art. 4 van Annex XIX behorende bij de aannemingsovereenkomst.

⁴ Ro. 3.2 van het vonnis.

⁵ Ro. 3.5 van het vonnis.

Dissatisfaction daartegen is ingediend: moeten partijen een DAB-beslissing nakomen hangende een procedure waarin de beslissing wordt aangevochten? Tevens zal worden stilgestaan bij de juridische mogelijkheden die een schuldeiser heeft om naleving van een DAB-beslissing op korte termijn af te dwingen indien de schuldenaar een DAB-beslissing niet (terstond) nakomt (omdat een Notice of Dissatisfaction is ingediend).

5. Het vonnis is overigens ook relevant voor DAB-beslissingen op grond van een aannemingsovereenkomst waarop de 1999 FIDIC voorwaarden van toepassing zijn, omdat de tekst van art. 4 en van art. 6 van Annex XIX uit de aannemingsovereenkomst tussen SONA en BNI identiek is aan de geschillenregeling uit art. 20 van de FIDIC General Conditions 1999.⁶

Wat zijn Dispute Adjudication Boards?

6. De functie van een DAB is - samengevat - het voorkomen van de escalatie van geschillen⁷ en het oplossen van geschillen tijdens een bouwproject, kortstondig na het opkomen daarvan en nog voordat zulke geschillen uitmonden tot een gerechtelijke procedure of arbitrage.⁸

7. De aanvaardbaarheid van een DAB-beslissing is bovendien een van de redenen waarom DAB's succesvol zijn.⁹ Partijen hebben contractueel besloten een DAB in te stellen en hebben zelf voor de DAB-leden gekozen, die doorgaans experts zijn in de onderwerpen die voor het bouwproject relevant zijn (technisch en juridisch).¹⁰ Dat leidt tot acceptatie van de beslissing.¹¹ De inhoudelijke onderbouwing en verregaande betrokkenheid van de DAB bij een bouwproject zijn ook relevante aspecten die leiden tot een hogere mate van acceptatie.

8. Het trachten te voorkomen van (verdere) escalatie van geschillen en het oplossen van geschillen tijdens de bouw komt in mijn optiek ook tot uitdrukking in art. 4 van Annex XIX van de aannemingsovereenkomst tussen SONA en BNI. Daar is de mogelijkheid opgenomen om opgekomen geschillen aan een DAB voor te leggen; nog voordat partijen

het geschil aan een gerecht voorleggen ter beslechting (art. 6 van Annex XIX).¹²

9. Art. 6 van Annex XIX luidt als volgt: 'Unless settled amicably, any dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by the competent court laid down in the Contract. The court(s) shall have full power to open up, review and revise [...] any decision of the DAB [...]'.

10. Gedurende het bouwproces is een snelle beslissing over een geschilpunt nodig om de voortgang in het project te waarborgen. De DAB is vertrouwd met het project omdat de DAB-leden (indien het een full-term DAB betreft, dat wil zeggen: ingesteld vanaf de start van het project) bekend zijn met de aannemingsovereenkomst en andere relevante stukken ten gevolge waarvan de DAB onmiddellijk inzetbaar is.¹³ Voorts is het gebruikelijk dat een DAB met enige regelmaat het project bezoekt en daarvan verslag uitbrengt aan de partijen.¹⁴ Bij gerezen geschillen kan een full-term DAB snel beslissen.

De Dispute Adjudication Board vs. de Dispute Review Board: bindend of niet bindend advies?

11. Een DAB mag overigens niet worden verward met een Dispute Review Board ('DRB'), al dan niet op basis van de ICC Dispute Board Rules (ICC DBR).¹⁵ Het verschil zit in het feit dat een DRB aanbevelingen aan partijen doet omtrent een gerezen geschil - waar partijen zich vrijwillig aan kunnen houden - terwijl een DAB een voor partijen (voorwaardelijk) bindende beslissing neemt in een dergelijke situatie.¹⁶ Een aanbeveling van een DRB kenmerkt zich derhalve als een niet-bindend advies, terwijl een DAB-beslissing bindend is. De DAB-beslissing van 23 februari 2017 waarin staat: '(...) dat de uitspraak pas bindend is als geen der partijen een zogenaamde notice of dissatisfaction heeft ingediend'¹⁷ past dan ook minder goed bij een DAB en meer bij een DRB.

12. Voor een DRB op grond van de ICC Dispute Board Rules is in art. 4 lid 2 ICC DBR expliciet bepaald dat een partij vrijwillig aan een aanbeveling mag voldoen, dat is in beginsel dus niet verplicht. Art. 4 lid 3 ICC DBR maakt duidelijk dat een aanbeveling van een DRB pas verbindend wordt indien, binnen 30 dagen na ontvangst daarvan, geen enkele partij een Notice of Dissatisfaction naar de andere

6 Zie bijv. de FIDIC Red Book 1999 (art. 20.4 en 20.6 van de General Conditions), FIDIC Yellow Book 1999 (art. 20.4 en 20.6 van de General Conditions), FIDIC Silver Book 1999 (art. 20.4 en 20.6 van de General Conditions).

7 Het voorkomen van escalatie van geschillen gebeurt onder meer op informele wijze, via suggesties en aanbevelingen. Vgl. M.A.M.C. van den Berg e.a. (red) 'Bouwrecht in kort bestek', Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 427 en E. Baker e.a., *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Londen en New York: Informa 2009, p. 510.

8 M.A.M.C. van den Berg e.a. (red) 'Bouwrecht in kort bestek', Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 426.

9 Vgl. E. Baker e.a., *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Londen en New York: Informa 2009, p. 508.

10 W. Buysse, 'Dispute Boards voor grote bouwprojecten en lange-termijncontracten', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2017 (21) 3, p. 64.

11 W. Buysse, 'Dispute Boards voor grote bouwprojecten en lange-termijncontracten', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2017 (21) 3, p. 64.

12 Ro. 2.4 van het vonnis. Met het gerecht wordt bedoeld 'the competent court laid down in the contract' (art. 6 Annex XIX).

13 Zie G. Owen, 'The working of the Dispute Adjudication Board (DAB)', te raadplegen via: <<http://fidic.org/sites/default/files/11%20DAB.pdf>>.

14 W. Buysse, 'Dispute Boards voor grote bouwprojecten en lange-termijncontracten', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2017 (21) 3, p. 63.

15 De ICC Dispute Board Rules (1 oktober 2015) zijn te raadplegen via: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>>.

16 Vgl. L. Klee, *International Construction Contract Law*, Hoboken: John Wiley & Sons, Ltd, p. 237.

17 Ro. 2.6 van het vonnis. In artikel 4 van Annex XIX wordt een termijn van 28 dagen genoemd voor het sturen van een Notice of Dissatisfaction.

partij heeft gestuurd: *'The Parties agree that if no Party has given a written notice to the other Party and the DRB expressing its dissatisfaction with a Recommendation within 30 days of receiving it, the Recommendation shall become final and binding on the Parties. The Parties shall comply without delay with a Recommendation that has become final and binding and agree not to contest that Recommendation, unless such agreement is prohibited by applicable law.'*¹³

13. De Raad van Arbitrage voor de Bouw heeft sinds 2013 een met de DRB vergelijkbare mogelijkheid, te weten een Advies Raad. De Advies Raad geeft (voorwaardelijk) bindend advies en het voorwaardelijke karakter komt te vervallen indien geen van partijen binnen twee weken na de datum van het voorwaardelijk bindend advies een Spoed-geschil aanhangig heeft gemaakt bij de RvA conform het toepasselijke arbitragereglement van de RvA (zie art. 1 sub h geschillenregeling d.d. 1 september 2013 (versie 2, dec. 2015)).

14. Op basis van art. 18 Model Basisovereenkomst behorende bij de UAV-GC 2005 hebben partijen de mogelijkheid om hun geschillen, zoals omschreven in par. 47 lid 2 UAC-GC 2005, al dan niet aan een Raad van Deskundigen voor te leggen. Indien partijen ervoor kiezen om geschillen niet aan de Raad van Deskundigen voor te leggen, herleeft de bevoegdheid van de Raad van Arbitrage voor de Bouw met betrekking tot de in par. 47 lid 2 UAC-GC 2005 bedoelde geschillen.

De DAB-beslissing en de Notice of Dissatisfaction

15. SONA en BNI hebben een geschil aan de DAB overgelegd, waarna de DAB een beslissing heeft genomen. SONA stelde zich vervolgens op het standpunt dat de beslissing niet bindend was omdat zij tijdig - binnen de afgesproken termijn van 28 dagen - een Notice of Dissatisfaction had gestuurd.

16. In mijn optiek heeft het gerecht in eerste aanleg van Curaçao terecht geoordeeld dat de tekst van art. 4 van Annex XIX luidende *'the decision shall be binding on both parties who shall promptly give effect to it, unless and until (...)'* niet anders kan worden uitgelegd dan dat de DAB beslissing terstond moet worden nagekomen, totdat de beslissing mogelijk via art. 6 van Annex XIX in een later

stadium wordt herzien.¹⁹ Indien het sturen van een Notice of Dissatisfaction tot gevolg zou hebben dat een DAB-beslissing geen effect meer zou sorteren, zou het voorleggen van een geschil aan de DAB een vergeefse exercitie worden. Een partij die het niet eens is met de DAB-beslissing zou, door het sturen van een Notice of Dissatisfaction, de beslissing op eenvoudige wijze zou kunnen neutraliseren.

17. Nu in dat geval ook geen andere beslissing daarvoor in de plaats treedt, zal een partij zich altijd tot arbitrage (of in dit geval het gerecht) moeten wenden om een afdwingbare beslissing te verkrijgen, hetgeen gedurende het bouwproces in de meeste gevallen niet efficiënt noch effectief zal zijn.²⁰ Deze gang van zaken zou daarnaast niet in lijn zijn met het (voorwaardelijk) bindende karakter van de DAB-beslissing. Dit (voorwaardelijk) bindende karakter heeft immers tot gevolg dat het sturen van een Notice of Dissatisfaction alleen het effect heeft dat de DAB-beslissing niet finaal wordt.²¹

18. Het tijdig sturen van een Notice of Dissatisfaction dient te worden geplaatst in het kader van de mogelijkheid om de art. 6 procedure van Annex XIX (het geschil voorleggen aan een gerecht - *'the competent court laid down in the contract'*) open te houden. Immers, wanneer geen Notice of Dissatisfaction is verzonden (of dit niet tijdig gebeurt) dan wordt de DAB-beslissing 'final and binding' en vervalt de mogelijkheid voor een partij om een onwelgevalige beslissing via de art. 6 procedure (in een later stadium) aan een gerecht voor te leggen. Dat doet echter niets af aan de verplichting van partijen om een DAB-beslissing terstond na te komen.

19. Uit r.o. 4.9 van het vonnis volgt dat partijen de FIDIC DIC-geschillenregeling²² letterlijk hebben overgenomen. De geschillenregeling uit de 2017 versie van de FIDIC Red Book, Yellow Book en Silver Book bepalen overigens expliciet dat het verzenden van een Notice of Dissatisfac-

19 Dit is in lijn met (internationale) literatuur over DAB's (al dan niet binnen FIDIC context), zie bijv. W. Buysse, 'Dispute Boards voor grote bouwprojecten en langetermijncontracten', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2017 (21) 3, p. 61; N.G. Bunni, 'The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works' [2005] ICLR 272; Zie ook de jurisprudentie op dit gebied: ICC Case No. 10619, 2001 (ICC International Court of Arbitration Bulletin, Volume 19, No. 2 (2008), p. 85-90); South Gauteng High Court, Johannesburg 3 mei 2013: *Tubular Holdings (Pty) Ltd v DBT Technologies (Pty) Ltd (06757/2013)* [2013] ZAGPJHC 155: *"Thus the notice of dissatisfaction does not in any way detract from the obligation of the parties to give prompt effect to the decision until such time, if at all, it is revised in arbitration. The notice of dissatisfaction does, for these reasons, not suspend the obligation to give effect to the decision. The party must give prompt effect to the decision once it is given"* (r.o. 13).

Zie echter anders: Singapore High Court 20 juli 2010: *PT Perusahaan Gas Negera (Persero) TBK v. CRW Joint Operation* [2010] SGHC 202, bevestigd door de Singapore Court of Appeal op 13 juli 2011, *CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negera (Persero) TBK* [2011] SGCA 33.

20 Omgekeerd kan het moeten opvolgen van een DAB-beslissing hangende nadere escalatie ook onomkeerbare gevolgen met zich brengen.

21 Zie L. Klee, *International Construction Contract Law*. Hoboken: John Wiley & Sons, Ltd, p. 250 en E. Baker e.a., *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Londen en New York: Informa 2009, p. 509.

22 Waarschijnlijk betreft dit een geschillenregeling uit een 1999 FIDIC-boek.

18 De ICC Dispute Board Rules kennen overigens ook de DAB. De werking van een DAB-beslissing gegeven onder auspiciën van de ICC Dispute Board Rules zijn vergelijkbaar met de DAB uit de FIDIC 2017 General Conditions (Red, Yellow en Silver Books): *"A Decision is binding on the Parties upon its receipt. The Parties shall comply with it without delay, notwithstanding any expression of dissatisfaction pursuant to this Article 5"* (art. 5 lid 2 van de ICC Dispute Board Rules).

on geen gevolgen zal hebben voor de bindende kracht van de DAAB-beslissing²³: *'The decision shall be binding on both parties, who shall promptly comply with it whether or not a Party gives a NOD with respect to such decision under this Sub-Clause'* (art. 21.4.3). Deze verduidelijking in de 2017 FIDIC General Conditions bevestigt de interpretatie van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao van de regeling uit Annex XIX van de aannemingsovereenkomst.²⁴

Afdwingen van een DAB-beslissing

20. Het terstond nakomen van de DAB-beslissing vormt een contractuele verplichting, nu de geschillenregeling onderdeel uitmaakt van de aannemingsovereenkomst,²⁵ maar welke mogelijkheden heeft een schuldeiser om nakoming van een bindende DAB-beslissing door de schuldenaar op kort termijn af te dwingen?

21. Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden (art. 6:74 BW). Gedurende het bouwproces heeft de schuldeiser daar mogelijk weinig aan indien, om dat te bereiken, eerst een bodemprocedure tegen de schuldenaar moet worden gevoerd.²⁶ Het eerst moeten entameren van een bodemprocedure bij de burgerlijke rechter vormt geen pressiemiddel - voor zover de schuldeiser daar behoefte aan heeft - terwijl de prioriteit van de schuldeiser op dat moment mogelijk zal liggen bij het terstond door de schuldenaar nakomen van de gegeven DAB-beslissing, bijv. omdat anders het halen van een milpaal in het gedrang komt.

22. Het bewandelen van de route van art. 6 van Annex XIX uit de aannemingsovereenkomst lijkt in zo'n situatie minder opportuun, omdat deze bepaling de schuldeiser de mogelijkheid biedt om het inhoudelijke geschil - indien de DAB-beslissing niet 'final and binding' is geworden - voor te leggen aan de 'competent court', hetgeen tijdens de

bouw mogelijk geen effectieve oplossing biedt voor de situatie waarin de DAB-beslissing zelf niet wordt nagekomen.²⁷

23. Indien sprake is van een aannemingsovereenkomst met toepassing van de FIDIC General Conditions en het de opdrachtgever is die een DAB-beslissing niet nakomt, kan de aannemer de vordering (voor zover het gaat om de betaling van een geldbedrag door de opdrachtgever) meenemen in zijn verzoek tot *Interim Payments* (termijnbetalingen c.q. tussentijdse betalingen) op grond van art. 14.3 FIDIC,²⁸ waarna de *Engineer* op grond van art. 14.6 FIDIC daarover zal beslissen.²⁹

24. Indien dit geen resultaat oplevert, heeft de aannemer de mogelijkheid om de overeenkomst te schorsen op grond van art. 16 FIDIC of om de overeenkomst op grond van art. 16.2 FIDIC te beëindigen.³⁰ Dit laatste zal in enkele gevallen een te ingrijpend middel zijn. Het is ook mogelijk - en dat geldt voor beide partijen - om de nakoming van een DAB-beslissing af te dwingen door middel van een *Interim of Partial ICC award* (tussen- of deelvonnis).³¹

25. Belangrijk om te vermelden is dat in de 2017 FIDIC General Conditions expliciet de mogelijkheid is opgenomen om een arbitraal kort geding te starten teneinde nakoming van de DAAB-beslissing af te dwingen: *'In the event that a Party fails to comply with any decision of the DAAB, whether binding or final and binding, then the other Party may (...) refer the failure itself directly to arbitration (...). The arbitral tribunal shall have the power by way of summary or other expedited procedure, to order (...) the enforcement of that decision.'*

26. Indien de FIDIC General Conditions niet op de aannemingsovereenkomst van toepassing zijn, heeft de schuldeiser, met inachtneming van artt. 1022a en 1022c Rv, de mogelijkheid om de voorzieningenrechter te adriëren. Het is, in het kader van het verkrijgen van een werkbare oplossing op korte termijn, in mijn optiek tevens mogelijk om een nieuwe DAB-beslissing te verkrijgen over het niet nakomen van de eerste DAB-beslissing en vervolgens dat laatste geschil (dat afgebakend is) aan een 'competent court' voor te leggen. Beide opties zullen in beginsel tot een snellere beslissing moeten leiden dan wanneer het geschil in volle omvang aan de 'competent court' wordt voorgelegd, waarna geprobeerd wordt op korte termijn een *Interim of Partial* beslissing te verkrijgen.

23 De 2017 versies van de FIDIC General Conditions (Red, Yellow, Silver) hanteren de term DAAB (Dispute Avoidance/Adjudication Board) in plaats van DAB. Voor een achtergrond van deze wijziging verwijs ik naar J.M. Henriquez, 'De FIDIC Rainbow Suite 2017. Een overzicht van de belangrijkste wijzigingen in de general conditions van de Red, Yellow en Silver Book', *TBR* 2018/103, p. 701.

24 Hoewel ook deze wijziging kan worden aangegrepen om te betogen dat deze bepaling reparatie behoefte en dat het verzenden van een Notice of Dissatisfaction dus wel gevolgen had voor de bindende kracht van een DAB-beslissing.

25 Vgl. L. Klee, *International Construction Contract Law*, Hoboken: John Wiley & Sons, Ltd, p. 250 en E. Baker e.a., *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Londen en New York: Informa 2009, p. 508.

W. Buysse, 'Dispute Boards voor grote bouwprojecten en langetermijncontracten', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2017 (21) 3, p. 61; N.G. Bunni, 'The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works' [2005] *ICLR* 272: "The decision becomes, in effect, a contractual obligation on both parties such that non-compliance with it by either of them is a breach of contract and the Party in breach would be liable for damages".

26 Ook het niet nakomen van de DAB-beslissing door de schuldenaar kan vervolgens in arbitrage - of aan het bevoegd gerecht - worden voorgelegd, vgl. G. Owen, 'The working of the Dispute Adjudication Board (DAB)', te raadplegen via: <<http://fidic.org/sites/default/files/11%20DAB.pdf>>.

27 Of zoals N.G. Bunni het verwoordt: "(...) the compliance by the Parties with the decision of the Dab where the decision has not become final and binding, remains without a prompt and decisive mechanism to enforce it promptly" (zie N.G. Bunni, 'The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works' [2005] *ICLR* 272).

28 Zie G. Owen, 'The working of the Dispute Adjudication Board (DAB)', te raadplegen via: <<http://fidic.org/sites/default/files/11%20DAB.pdf>>.

29 FIDIC Red Book, FIDIC Yellow Book.

30 G. Owen, 'The working of the Dispute Adjudication Board (DAB)', te raadplegen via: <<http://fidic.org/sites/default/files/11%20DAB.pdf>>.

31 C.R. Seppälä, 'The Arbitration Clause in FIDIC Contracts for Major Works' [2005] *ICLR* 4.

Conclusie

27. Dispute Boards zijn in de Verenigde Staten ontstaan en het eerste gebruik daarvan wordt gekoppeld aan het *Boundary Dam* project in Washington.³² Uit statistieken blijkt dat Dispute Boards ('standing' of 'full-term') 99% van de voorgelegde geschillen binnen 90 dagen oplossen.³³

28. Het vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao van 7 mei 2018 geeft duidelijkheid over het al dan niet terstond moeten nakomen van de DAB-beslissing op basis van de tekst van Annex XIX van de geschillenregeling uit de aannemingsovereenkomst. Deze uitspraak mag naar mijn mening ook - in breder verband - worden gehanteerd in het kader van de uitleg van de FIDIC-geschillenregeling uit art. 20 van de General Conditions (1999 versie), nu de tekst uit Annex XIX van de aannemingsovereenkomst en de tekst van art. 20 FIDIC General Conditions identiek zijn. In dat licht kan ook de passage uit het vonnis worden geplaatst waarin het gerecht aangeeft dat het door de DAB passeren van de FIDIC jurisprudentie misschien opmerkelijk te noemen is 'gezien de letterlijke overname van de FIDIC geschillenregeling'.³⁴

32 E. Baker e.a., *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Londen en New York: Informa 2009, p. 508.

33 L. Klee, *International Construction Contract Law*, Hoboken: John Wiley & Sons, Ltd, p. 238.

34 R.o. 4.9 van het vonnis.

29. In mijn optiek heeft het gerecht in eerste aanleg van Curaçao terecht geoordeeld dat de tekst van art. 4 van Annex XIX luidende 'the decision shall be binding on both parties who shall promptly give effect to it, unless and until (...)' niet anders kan worden uitgelegd dan dat de DAB beslissing terstond moet worden nagekomen, totdat de beslissing mogelijk via art. 6 van Annex XIX in een later stadium wordt herzien. Een DAB-beslissing is namelijk (voorwaardelijk) bindend, maar niet finaal indien een Notice of Dissatisfaction wordt gestuurd. Dit is in lijn met de (internationale) literatuur en algemeen aanvaarde jurisprudentie over dit onderwerp.³⁵

30. Partijen die een bevestiging willen zien van de lijn uit het vonnis van het gerecht in eerste aanleg kunnen worden gewezen op de 2017 versies van de FIDIC Red, Yellow en Silver Book, waarin is opgenomen dat het verzenden van een Notice of Dissatisfaction geen gevolgen zal hebben voor de bindende kracht van een DAAB-beslissing en het terstond moeten nakomen van dergelijke beslissing.

J.M. Henriquez

35 Zie bijvoorbeeld South Gauteng High Court Johannesburg 3 mei 2013, case no: 06757/230, ro. 13; Nael. G. Bunni, 'The Gap in Sub-Clause 20.7 of The 1999 FIDIC Contracts for Major Works', april 2005; W. Buyse, 'Dispute Boards voor grote bouwprojecten en langetermijncontracten', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement 2017* (21) 3, p. 61.

TBR 2018/25**Raad van Arbitrage voor de Bouw, 19 maart 2018, No. 72.051, (Opschorting, verzuim, oplevering en ontbinding)**

(Mr. E.A.G.M. Van Rens, ir. A.H. Vermeulen en L. Th. Verriet)

AVA 1992: art. 8, art. 9; BW: art. 6:96

Opschorting, Gebreken, Ontbinding, Schadevergoeding, Verrekening.

Met gastnoot O.H. Laan, Red.¹**De gronden van de beslissing
De bevoegdheid en de ontvankelijkheid**

24. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

25. De memorie van grieven is in beide geschillen binnen drie maanden na de da-

tum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat beide partijen in zoverre ontvankelijk zijn in hun appel.

De beoordeling**Toetsing aan dwingendrechtelijk consumentenrecht**

26. Uit de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de toepasselijke algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval is appellarbiters niet gebleken dat de in dit geschil aan de orde zijnde bedingen als oneerlijk zijn aan te merken.

27. Appellarbiters zullen de grieven van opdrachtgevers (gewone cijfers) en aannemster (romeinse cijfers) zoveel mogelijk behandelen in de volgorde van de rechtsoverwegingen in eerste aanleg waartegen zij gericht zijn.

1 Otilie Laan is advocaat bij Blumstone Advocaten te Amsterdam.