

# De FIDIC Golden Principles in het (internationaal) bouwcontractenrecht: is goede raad goud waard?

– Mr. J.M. Henriquez<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

De kleurrijke<sup>2</sup> verzameling FIDIC voorwaarden is bestemd voor gebruik in een verscheidenheid aan jurisdicties<sup>3</sup> en is bovendien bedoeld als set voorwaarden die compatibel is met de nationale wetgeving in de jurisdicties waar deze wordt gebruikt.<sup>4</sup>

Een set FIDIC voorwaarden bevat in de regel drie onderdelen: (i) de General Conditions - die bij het opstellen van de overeenkomst in beginsel ongewijzigd dienen te blijven<sup>5</sup>, (ii) de Guidance Section<sup>6</sup> met daarin de Particular Conditions: de Particular Conditions bestaan uit een deel A (Contract Data) en een deel B (Special Provisions). Met het inhoud geven van de Particular Conditions wordt de overeenkomst projectspecifiek gemaakt.<sup>7</sup> Tot slot zijn er (iii) de Forms (oftewel: modeldocumenten) die partijen een richtsnoer bieden voor het opstellen van enkele documenten, zoals de overeenkomst met de leden van de DAAB.<sup>8</sup>

Elk bouwproject heeft unieke kenmerken en de FIDIC General Conditions worden in de praktijk via de Particular Conditions aangepast om de overeen-

komst projectspecifiek te maken. Het is de opstellers van de FIDIC voorwaarden de afgelopen jaren echter opgevallen dat de General Conditions door middel van de Particular Conditions dusdanig werden gewijzigd dat overeenkomsten niet langer herkenbaar waren als FIDIC-contracten die de FIDIC uitgangspunten<sup>9</sup> op een adequate wijze weergeven.<sup>10</sup> Volgens FIDIC schaadt dit de reputatie van het 'FIDIC-merk' en is deze praktijk misleidend voor partijen die aan een aanbesteding deelnemen waarop één van de FIDIC voorwaarden op de te sluiten overeenkomst van toepassing zal zijn.<sup>11</sup>

FIDIC heeft in de tweede editie van de FIDIC Red Book (*Construction*), Yellow Book (*Plant & Design Build*) en Silver Book (*EPC/Turnkey Projects*) (eind 2017 verschenen) een vijftal uitgangspunten geïntroduceerd die sterk worden aanbevolen bij het opstellen van Particular Conditions: dit zijn de FIDIC Golden Principles. De Golden Principles zijn destijds in de Particular Conditions (deel B - Special Provisions) opgenomen met de volgende aanbeveling: 'FIDIC strongly recommends that the Employer, the Contractor and all drafters of the Special Provisions take all due regard of the five FIDIC Golden Principles'.<sup>12</sup>

1 Jacob Henriquez is advocaat en partner bij Ploum.

2 Ook in letterlijke zin: de verschillende set voorwaarden zijn in boekvorm beschikbaar en ieder boek heeft een eigen kleur. Voor een overzicht van alle verschillende FIDIC boeken zie <<http://fidic.org/bookshop>> (laatstelijk geraadpleegd op 31 december 2019).

3 Zie E. Baker e.a., *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Londen en New York: Informa 2009, p.14.

4 Vgl. art. 1.1.43 van de FIDIC Silver Book en art. 1.1.49 van de FIDIC Red Book en FIDIC Yellow Book (2017 edities). Zie ook art. 1.4 van de General Conditions in samenhang met art. 1.4 de Particular Conditions Part A van voornoemde voorwaarden waarin partijen mogen invullen welk recht op de overeenkomst van toepassing zal zijn: "Contract shall be governed by the law of: (...)". Zie ook E. Baker e.a., *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Londen en New York: Informa 2009, p. 47/48.

5 Vgl. L. Klee, *International Construction Contract Law*, Hoboken: John Wiley & Sons, Ltd, p. 274.

6 Dit is de 'Guidance for the preparation of Particular Conditions'.

7 Zie A.V. Jaeger en G.S. Hök, *FIDIC - A guide for practitioners*, Heidelberg: Springer 2010, p. 142.

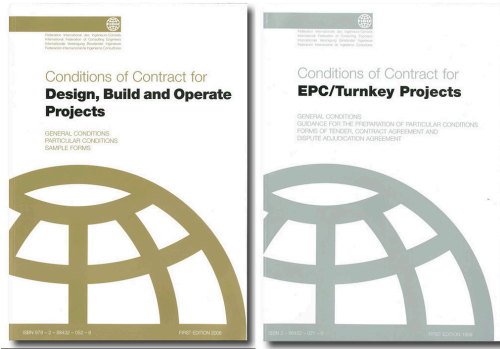
8 DAAB is de afkorting voor: Dispute Avoidance/Adjudication Board.

9 Een van de belangrijke FIDIC uitgangspunten is een redelijke en gebalanceerde allocatie van risico's en beloning tussen de partijen bij een overeenkomst; zie 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 6 en E. Baker e.a., *FIDIC Contracts: Law and Practice*, Londen en New York: Informa 2009, p.6 waar J. Bowcock als volgt wordt geciteerd: 'Underlying all FIDIC contract documents has been a fair allocation of risks between the parties to a contract. It has long been a principle in FIDIC documents that risks should be borne by the party best able to control those risks'. Zie bijv. ook de inleiding van de FIDIC Red Book 2017: 'This Second Edition of the FIDIC Red Book continues FIDIC's fundamental principles of balanced risk sharing while seeking to build on the substantial experience gained from its use over the past 18 years'.

10 Zie 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 6, te raadplegen via: <[http://fidic.org/sites/default/files/\\_golden\\_principles\\_1\\_12.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/_golden_principles_1_12.pdf)> (laatstelijk geraadpleegd op 31 december 2019).

11 Idem.

12 Zie p. 8 van de 'guidance section' van de FIDIC Red Book, Yellow Book en de Silver Book.



In vervolg op de introductie van de Golden Principles heeft FIDIC in juni 2019, tijdens de *FIDIC Asia Pacific Users Conference* in Hongkong, een document gepresenteerd met een toelichting op (en achtergronden bij) de vijf Golden Principles. De eerste editie van dit document is inmiddels ook te vinden op de FIDIC webpagina.<sup>13</sup>

## 2. De 10 overwegingen die ten grondslag liggen aan de FIDIC Golden Principles

De mogelijkheid voor partijen om door middel van de Particular Conditions van de General Conditions af te wijken is een gegeven. Zowel de 1999 editie als de 2017 editie van de FIDIC voorwaarden bevat immers bepalingen die afwijkingen op de General Conditions mogelijk maken, hetgeen onder meer duidelijk wordt gemaakt door het gebruik in de General Conditions van passages als: *'unless otherwise stated in the Contract Data'*<sup>14</sup> (zie bijv. art. 14.8 FIDIC Red Book over de financieringsvergoeding aan de aannemer bij late betalingen door de opdrachtgever). Ook zal in een enkele jurisdictie de FIDIC General Conditions *moeten* worden aangepast om strijdigheid met dwingende wetsbepalingen of openbare orde te vermijden.

Gegeven het feit dat afwijkingen op de General Conditions mogelijk - en soms zelfs noodzakelijk - zijn, heeft FIDIC de markt enkele overwegingen meegegeven die de essentie van de FIDIC voorwaarden bevatten en als achtergrond van de Golden Principles hebben te gelden. Om vertalingsverschillen te voorkomen, zijn ze hieronder onvertaald opgenomen<sup>15</sup>:

- The terms of the Contract are comprehensive and fair to both contracting Parties;

- The legitimate interests of both contracting Parties are appropriately considered and balanced. The legitimate interests of each party include the right to enjoy the benefits of the contractual relationship generally recognised as implicit in the GCs<sup>16</sup>;
- Best practice principles of fair and balanced risk/reward allocation between the Employer and the Contractor are put into effect in accordance with the provisions of the GCs;
- No Party shall take undue advantage of its bargaining power;
- The Contractor/Subcontractor is paid adequately and timely in accordance with the Contract to maintain its cash flow;
- The Employer obtains the best value for money;
- To the extent possible, co-operation and trust between the contracting Parties is promoted, and adversarial attitudes are discouraged and should be avoided;
- The Contract provisions are not unnecessarily onerous on either Party;
- The Contract provisions can be practically put into effect;
- Disputes are avoided to the extent achievable, minimised when they do arise, and resolved efficiently.

Eén van de overwegingen die hierboven wordt genoemd is dat de gerechtvaardigde belangen van beide partijen bij een FIDIC-contract in oogen-schouw moeten worden genomen en moeten worden afgewogen. Daarnaast mag geen van de onderhandelende partijen misbruik maken van zijn of haar onderhandelingspositie en mogen bepalingen in de overeenkomst niet onnodig zwaar op een partij drukken. Bepalingen in de overeenkomst moeten daarnaast praktisch uitvoerbaar zijn en tot slot dienen geschillen 'efficiënt' worden opgelost.

Kern van deze overwegingen lijkt te zijn dat er een redelijke balans dient te worden getroffen tussen de belangen van de opdrachtgever en die van de aannemer/opdrachtnemer (waaronder een evenwichtige allocatie van risico's) en dat partijen over en weer rekening dienen te houden met die belangen. Zo beschouwd is er een vergelijking te trekken met de regel die in onze nationale rechtspraak is ontwikkeld en die stamt uit een overweging uit het arrest *Baris/Riezenkamp*.<sup>17</sup> Voor de volledigheid zij vermeld dat de grondregel uit het arrest *Baris/Riezenkamp* niet zover gaat dat partijen zouden moeten streven naar een evenwicht tussen hun onderscheiden belangen. Voldoende is dat elke partij naast haar eigen belang mede rekening houdt met

<sup>13</sup> <[http://fidic.org/sites/default/files/\\_golden\\_principles\\_1\\_12.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/_golden_principles_1_12.pdf)> (laatstelijk geraadpleegd op 31 december 2019).

<sup>14</sup> De 'Contract Data' maakt onderdeel uit van Particular Conditions part A.

<sup>15</sup> De oorspronkelijke tekst is terug te vinden op p. 7 van de 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), te raadplegen via: <[http://fidic.org/sites/default/files/\\_golden\\_principles\\_1\\_12.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/_golden_principles_1_12.pdf)> (laatstelijk geraadpleegd op 31 december 2019).

<sup>16</sup> Met deze afkorting worden de General Conditions aangeduid.

<sup>17</sup> HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. L.E.H. Rutten.

de gerechtvaardigde belangen van de andere partij.<sup>18</sup>

De strekking van tien overwegingen die ten grondslag liggen aan de Golden Principles is derhalve niet dat ze de contractsvrijheid van partijen willen limiteren door afwijkingen op de General Conditions (verstrekking) te beperken, maar dat partijen het belangenevenwicht dat besloten ligt in de FIDIC voorwaarden niet op een dusdanige wijze zouden mogen verstoren dat de essentie van het FIDIC-contract als zodanig teniet gaat. Marktpartijen zullen er voorts op moeten kunnen vertrouwen dat een conceptovereenkomst die als 'FIDIC-contract' wordt gepresenteerd ook naar de inhoud daarvan een FIDIC-contract is. Een contract bestempelen als FIDIC-contract heeft immers commerciële waarde.<sup>19</sup>

### 3. De vijf Golden Principles

De Golden Principles zijn uitgangspunten die sterk worden aanbevolen aan partijen die betrokken zijn bij het uitonderhandelen en opstellen van de Particular Conditions, zodat de essentie van een als FIDIC-contract aangeduide overeenkomst behouden blijft. De Golden Principles zijn (onvertaald):

1. 'The duties, rights, obligations, roles and responsibilities of all the Contract Participants must be generally as implied in the General Conditions, and appropriate to the requirements of the project';
2. 'The Particular Conditions must be drafted clearly and unambiguously';
3. 'The Particular Conditions must not change the balance of risk/reward allocation provided for in the General Conditions';
4. 'All time periods specified in the Contract for Contract Participants to perform their obligations must be of reasonable duration'; en
5. 'Unless there is a conflict with the governing law of the Contract, all formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration'.

De toelichting op deze uitgangspunten was bij publicatie van de tweede editie van de FIDIC Red (*Construction*), Yellow (*Design & Plant Build*) en Silver Book (*EPC/Turnkey Projects*) summier en beperkte zich tot frasen als: 'aan wijzigingen van de General Conditions moet grote zorg worden besteed', 'wijziging van een termijn moet redelijk, realistisch en praktisch hanteerbaar zijn' en 'het moet duidelijk zijn welke General Conditions door mid-

del van de Particular Conditions zijn gewijzigd'.<sup>20</sup> Het is lastig om het hiermee oneens te zijn, hetgeen de nadruk legt op de vraag naar de waarde die deze uitgangspunten in de praktijk zullen hebben.

Gelet op voornoemde summiere toelichting op de uitgangspunten, is het begrijpelijk dat FIDIC er in juni 2019 voor heeft gekozen om hier een apart document aan te wijden. Inmiddels wordt in nieuwe drukken van de tweede edities van de FIDIC voorwaarden verwezen naar 'The FIDIC Golden Principles' (1<sup>st</sup> edition, 2019) waarin deze uitgangspunten nader worden toegelicht.

### 4. De Golden Principles nader beschouwd

De FIDIC Golden Principles (ook wel GP) zijn, behoudens GP5, abstract geformuleerd en 'belichamen' de essentie van een FIDIC contract. Ze bieden betrokkenen bij het onderhandelen en opstellen van een FIDIC contract een richtsnoer voor de wijze waarop de gewenste aanpassing van General Conditions dient plaats te vinden.<sup>21</sup>

Het is soms wenselijk of noodzakelijk om de General Conditions aan te passen. FIDIC acht het van belang dat afwijkingen op de General Conditions uitsluitend in de Particular Conditions worden opgenomen. Afwijkingen opgenomen in bijvoorbeeld het programma van eisen (*Employers Requirements*) zijn ongewenst en daarbij dienen partijen erop alert te zijn dat alle bij de overeenkomst behorende documentatie in overeenstemming is met de Particular Conditions.

Uitgangspunt is dat wanneer de General Conditions niet worden gewijzigd, een overeenkomst naar haar aard reeds voldoet aan de vijf Golden Principles. Overigens sluit dit eventuele geschillen over onderwerpen die de Golden Principles bestrijken niet uit, omdat uitvoering geven aan een FIDIC-contract daar immers los van staat.<sup>22</sup>

#### 4.1 Golden Principle nr. 1 (GP 1)

'The duties, rights, obligations, roles and responsibilities of all the Contract Participants must be generally as implied in the General Conditions, and appropriate to the requirements of the project'.

De rollen, rechten en verplichtingen van de bij een bouwproject betrokken partijen zijn in de General Conditions opgenomen. FIDIC wil met GP1 voorkomen dat deze (rol)verdeling noemenswaardig wordt gewijzigd. GP1 vergt dat de (rol)verdeling passend is bij de behoeften van het bouwproject.

<sup>18</sup> Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/53, Deventer: Kluwer 2017.

<sup>19</sup> The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 6.

<sup>20</sup> Zie de 'Guidance for the preparation of Particular Conditions - Particular Conditions Part B - Special Provisions' behorende bij genoemde FIDIC voorwaarden.

<sup>21</sup> 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 7.

<sup>22</sup> Idem.

Dit laatste behelst dat partijen die betrokken zijn bij het opstellen van de overeenkomst goed nadenken of de keuze voor een bepaalde set FIDIC-voorwaarden ook geschikt is voor het type project.<sup>23</sup> Een voorbeeld: wanneer de gegadigden te weinig tijd hebben om de *Employers Requirements* te bestuderen en controleren, of om hun ontwerp en risicoanalyse te maken, dan zou de FIDIC Silver Book (*EPC/Turnkey Projects*) een voor het project minder geschikte set voorwaarden vormen.<sup>24</sup> Een keuze voor de FIDIC Silver Book (*EPC/Turnkey Projects*) zou dan ongeschikt zijn voor het project en daarmee onverenigbaar met GP1.<sup>25</sup>

De FIDIC Silver Book gaat er namelijk van uit dat een opdrachtnemer alle noodzakelijke informatie heeft kunnen vergaren<sup>26</sup> en de verantwoordelijkheid aanvaardt voor o.m. fouten in het programma van eisen<sup>27</sup> en kostenverhogende omstandigheden.<sup>28</sup> De aannemer bij een FIDIC Silver Book (*EPC/Turnkey Projects*) overeenkomst wordt geacht deze risico's te kwantificeren en in de inschrijfsom te verdisconteren.

Een ander voorbeeld: de FIDIC Red Book (*Construction*), Pink Book (*Construction - MDB Harmonised Edition*)<sup>29</sup> en Yellow Book (*Plant & Design Build*) hebben een rol toebedeeld aan een zogeheten *Engineer*. De *Engineer* is echter geen partij bij de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de aannemer/opdrachtnemer. Hoewel de *Engineer* door de opdrachtgever<sup>30</sup> wordt aangesteld en binnen de grenzen van de overeenkomst instructies aan de aannemer/opdrachtnemer mag geven, heeft de *Engineer* in enkele bepalingen van de General Conditions de taak om op objectieve wijze een vaststelling te doen. Zie bijv. art. 15.3 jo. art. 3.7 van de FIDIC Yellow Book (*Plant & Design Build*) ten aanzien van de vaststelling van de waarde van het werk na voortijdige beëindiging van de overeenkomst door de opdrachtgever (Termination for Contractor's Default): *'The Engineer shall make a fair determination of the matter or Claim, in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances'*. Golden Principle 1 is bedoeld om te voorkomen dat de objectieve rol die de *Engineer* op grond van enkele bepalingen van de FIDIC voorwaarden heeft, wordt gewijzigd. De Particular Conditions mogen bijvoorbeeld niet bepalen dat de *Engineer* in het kader van een objectieve vaststelling op grond van

art. 3.7 FIDIC Yellow Book (*Plant & Design Build*) eerst de goedkeuring van de opdrachtgever dient te verkrijgen. Dat zou onverenigbaar zijn met GP1.<sup>31</sup>

Een laatste voorbeeld: uit hoofde van GP1 mogen de Particular Conditions, in afwijking van de FIDIC Yellow Book (*Plant & Design Build*), ook niet bepalen dat de aannemer het risico draagt voor onvoorziene omstandigheden die te maken hebben met de fysieke toestand van het werk, zoals bodemaspecten. Wensen partijen een dergelijke risicoallocatie af te spreken, dan kunnen zij wellicht beter kiezen voor de FIDIC Silver Book (*EPC/Turnkey Projects*).<sup>32</sup>

#### 4.2 Golden Principle nr. 2 (GP 2)

*'The Particular Conditions must be drafted clearly and unambiguously'*

Golden Principle nr. 2 lijkt een open deur. Desondanks heeft FIDIC besloten er aandacht aan te besteden, in deze paragraaf licht ik kort toe waarom. De toelichting op GP 2 wijst op het nauwkeurig verwijzen naar contractdocumenten en het belang van onderlinge samenhang en consistentie bij het aanpassen van de General Conditions. Ook wordt erop gewezen dat alle wijzigingen op de General Conditions helder in kaart moeten worden gebracht en dat ook aandacht moet worden besteed aan de verhouding tussen de nieuwe tekst (in de Particular Conditions) en de tekst uit de General Conditions.<sup>33</sup> Kortom: het wordt partijen aanbevolen om vast te leggen of het gaat om een aanvulling, een vervanging of een wijziging van de oorspronkelijke bepaling zoals opgenomen in de General Conditions. Niet onvermeld mag blijven dat FIDIC partijen er ook op wijst dat bij het verwijderen van een bepaling uit de General Conditions in de Particular Conditions een bepaling moet worden opgenomen die dezelfde materie regelt, zodat iedere rol, verplichting of risico-allocatie geregeld blijft en de onderlinge samenhang en consistentie van de General Conditions niet verstoord wordt.<sup>34</sup>

Volgens FIDIC zijn de volgende praktijken in strijd met GP 2: (a) het verwijderen van een bepaling uit de General Conditions en deze in de Particular Conditions vervangen met de tekst 'niet van toepassing'<sup>35</sup>, (b) het onbenoemd laten hoe een bepaalde aanpassing van de General Conditions is bedoeld (aanvulling, vervanging enz.), (c) het tijdens de onderhandelingen vastleggen van wijzigin-

<sup>23</sup> 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 8.

<sup>24</sup> Zie 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 8.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Zie o.a. art. 4.10, 4.12 en 5.1 FIDIC Silver Book (2017).

<sup>27</sup> Art. 5.1 FIDIC Silver Book (2017).

<sup>28</sup> Art. 4.12 FIDIC Silver Book (2017).

<sup>29</sup> De Pink Book is de versie van de Red Book die door Multilateral Development Banks worden gebruikt en waarbij een MDB de financiering van het project op zich neemt.

<sup>30</sup> Zie o.a. art. 3.1 FIDIC Red Book (2017), art. 3.1 FIDIC Yellow Book (2017).

<sup>31</sup> 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 8.

<sup>32</sup> 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 8.

<sup>33</sup> 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 8.

<sup>34</sup> 'The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 9.

<sup>35</sup> Een enkele uitzondering daargelaten. Wat deze uitzondering zou zijn blijft in de toelichting op de FIDIC Golden Principles echter onvermeld.

gen in andere documenten dan de Particular Conditions, zoals door middel van e-mails.<sup>36</sup>

De achterliggende gedachte bij GP 2 is dat het formuleren van heldere en eenduidige bepalingen in de Particular Conditions fundamenteel is voor de uitvoering van de overeenkomst. De FIDIC General Conditions worden reeds geacht met dit principe overeen te stemmen. Als partijen daarom willen afwijken van de General Conditions, dan moeten ook de Particular Conditions op gelijke wijze helder en eenduidig worden geformuleerd.<sup>37</sup>

### 4.3 Golden Principle nr. 3 (GP 3)

‘The Particular Conditions must not change the balance of risk/reward allocation provided for in the General Conditions’

De evenwichtige risico/beloning-verdeling die in de General Conditions is opgenomen mag in de Particular Conditions niet significant worden gewijzigd. Dit principe houdt nauw verband met Golden Principle nr. 1. De risico/beloning-verdeling in de General Conditions is gestoeld op de ‘*Abrahamson principles*’.<sup>38</sup> De *Abrahamson principles* bieden, samengevat, een rationele basis voor risicoallocatie in bouwcontracten. De toepassing van de *Abrahamson principles* houdt in dat partijen in dat kader de volgende vier vragen beantwoorden:

1. Welke partij kan het risico en de gevolgen van het verwezenlijken van het risico het beste beheersen?
2. Welke partij is het beste in staat om het risico te voorzien?
3. Welke partij kan het risico het beste dragen?; en
4. Welke partij profiteert het meest, of lijdt de meeste schade, wanneer het risico zich verwezenlijkt?

Volgens FIDIC vermindert een eerlijke en evenwichtige risico/beloning-verdeling de kans op geschillen, vergroot het de kans op een succesvolle uitvoering van de overeenkomst en zorgt het ervoor dat de prijs van het werk binnen perken blijft.<sup>39</sup> Het (nodeloos) toeschrijven van een bepaald risico aan de aannemer kan immers resulteren in een hogere aanneemsom, onvoldoende (beheersbare) kwaliteit van het uit te voeren werk, vertraging in het bouwproces en/of ondermijning van de relatie tussen de opdrachtgever en aannemer.<sup>40</sup>

Het is niet de bedoeling dat partijen verplichtingen krijgen toebedeeld die zij niet op adequate wijze kunnen nakomen of de verantwoordelijkheid krijgen voor risico's die zij niet kunnen beheersen. Zo is het met dit uitgangspunt in overeenstemming om in de Particular Conditions van een FIDIC Red Book contract (*Construction*) de aannemer slechts een ontwerpverantwoordelijkheid te geven voor ondergeschikte onderdelen van het werk. Zo is de afspraak dat de aannemer geen ‘*full design review*’ van het ontwerp hoeft te verrichten in lijn met GP 3, aangezien de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor het ontwerp bij de opdrachtgever berust.<sup>41</sup>

Het eerder genoemde voorbeeld van een aannemer die in afwijking van de FIDIC Red Book (*Construction*) een groot deel van het werk ontwerpt, is niet in overeenstemming met GP 3. Indien partijen ontwerpverantwoordelijkheid bij de aannemer wensen te neer te leggen, kunnen partijen beter kiezen voor de FIDIC Yellow Book (*Plant & Design Build*) of de FIDIC Silver Book (*EPC/Turnkey Projects*).

Ondanks de aanbevelingen om de risico/beloning-verdeling in de General Conditions niet (significant) te wijzigen, staat het partijen vrij om risico's naar goeddunken te verdelen en staat het hen ook vrij om de rolverdeling aan te passen naar hun wensen en de specifieke behoeften die het project met zich brengt. Voor een FIDIC overeenkomst waarop Nederlands recht van toepassing is, zal een partij die zich geconfronteerd ziet met de scherpe kantjes van een verbintenis mogelijk een beroep willen doen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het is echter de vraag in hoeverre een dergelijke toets voor die partij succesvol zal zijn. Er zijn voorbeelden in de jurisprudentie te vinden waarbij een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid niet is gehonoreerd als sprake is van twee professionele partijen: zij worden geacht de strekking en de gevolgen van de overeenkomst te kunnen inschatten en overzien.<sup>42</sup>

Bij (internationale) bouwcontracten waarop de FIDIC voorwaarden niet van toepassing zijn, zal een directe verwijzing naar de Golden Principles minder voor de hand liggen omdat de wederpartij erop zal kunnen wijzen dat er geen FIDIC contract wordt gesloten. Echter, er zal dan mogelijk eerder sprake zijn van een analoge toepassing - hetzij impliciet - van uitgangspunten die vergelijkbaar zijn met de FIDIC Golden Principles. Overigens bieden de *Abrahamson principles* onderhandelende partijen bij niet-FIDIC contracten genoeg munie ter zake van de allocatie van risico's die voortvloeien uit verbintenissen. Met de toepassing van

<sup>36</sup> The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 9.

<sup>37</sup> The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 11.

<sup>38</sup> Zie o.a. N. Bunni, 'The Four Criteria of Risk Allocation in Construction Contracts', *International Construction Law Review* 2009, nr. 4. Zie tevens A. van Wassenaer, 'In search of the holy grail: taking the Abrahamson Principles further', *1 Const. L. Int'l JI* (2006), p. 11 e.v.

<sup>39</sup> The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 11.

<sup>40</sup> D. Charrett, 'The Fidic Golden Principles', in: D. Charrett e.a., *The International Application of FIDIC-contracts: A Practical Guide*, Abingdon: Routledge 2019.

<sup>41</sup> The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p. 9.

<sup>42</sup> Zie bijv. RvA 9 januari 2015, nr. 71.910 (r.o. 23).

de *Abrahamson principles* kunnen partijen tot een met de Golden Principles vergelijkbaar evenwichtig balans tussen rechten en verplichtingen en tussen risico's en beloning komen.

#### 4.4 Golden Principle nr. 4 (GP 4)

'All time periods specified in the Contract for Contract Participants to perform their obligations must be of reasonable duration'

Het vierde uitgangspunt schrijft voor dat de termijnen uit de General Conditions in de Particular Conditions niet verregaand mogen worden verkort of verlengd, tenzij de General Conditions dit uitdrukkelijk toestaan. Maar ook in die situatie mogen de Particular Conditions geen onwerkbaar termijnen bevatten; termijnen moeten te allen tijde redelijk en proportioneel blijven.<sup>43</sup> Dit uitgangspunt houdt mede verband met de hiervoor bij GP 3 genoemde risico/beloning-verdeling. Volgens FIDIC dienen partijen gerechtvaardigde redenen te hebben om deze termijnen te wijzigen ('*this must be a justifiable change*').<sup>44</sup> Termijnen waarvoor de General Conditions geen afwijkingmogelijkheden bieden zijn vaste termijnen waarvan in beginsel niet mag worden afgeweken.

Volgens GP 4 is het bijv. toegestaan om, in afwijking van de FIDIC Red Book (*Construction*) en FIDIC Yellow Book (*Plant & Design Build*), de start bouw te bepalen op 60 dagen na ontvangst van de Letter of Acceptance (in plaats van 42 dagen).<sup>45</sup> Het is echter niet toegestaan om in de Particular Conditions af te spreken dat de aannemer binnen vijf (5) dagen (in plaats van 28 dagen)<sup>46</sup> een melding moet maken van een omstandigheid die aanleiding kan geven tot een vordering (*claim*) nadat de aannemer bekend is geraakt met deze omstandigheid. Die termijn wordt als onredelijk kort beschouwd.<sup>47</sup>

Daarnaast is het niet in overeenstemming met GP 4 wanneer in de Particular Conditions wordt opgenomen dat de aannemer zijn opschortingsrecht pas drie (3) maanden (in plaats van 21 dagen)<sup>48</sup> nadat er een schriftelijke melding (*notice*) naar de Opdrachtgever is verstuurd mag effectueren. Daarmee zou het opschortingsrecht van de aannemer worden uitgehouden.<sup>49</sup>

#### 4.5 Golden Principle nr. 5 (GP 5)

'Unless there is a conflict with the governing law of the Contract, all formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration'.

In tegenstelling tot de voorgaande vier uitgangspunten, is het vijfde uitgangspunt in concrete bewoordingen geformuleerd: geschillen dienen eerst te worden verwezen naar een DAB (*Dispute Adjudication Board*) of een DAAB (*Dispute Adjudication/Avoidance Board*) voordat partijen de mogelijkheid hebben om een arbitrale procedure te entameren, tenzij een dergelijke clause in strijd is met het in de overeenkomst afgesproken toepasselijke recht. Dit uitgangspunt is geformuleerd als een opschortende voorwaarde (*condition precedent*).

Het verwijderen van de DAB/DAAB uit de General Conditions - dat zou een manier zijn om de opschortende voorwaarde te omzeilen - wordt geacht niet in overeenstemming met GP 5. FIDIC beoogt met de DAB/DAAB partijen een mechanisme te bieden om kosten te besparen door geschillen die gedurende de uitvoering van de overeenkomst rijzen (in eerste instantie) te laten beslechten door de DAB/DAAB, hetgeen een kostbare arbitrageprocedure zou moeten voorkomen.<sup>50</sup> Een DA(A)B-beslissing is namelijk (voorwaardelijk) bindend, maar niet finaal indien een zogeheten *Notice of Dissatisfaction* wordt gestuurd.<sup>51</sup>

Volgens dit vijfde uitgangspunt mag ook de omvang van geschillen die door een DAB/DAAB kunnen worden beslecht, niet worden beperkt om op die manier bepaalde vaststellingen door de Engineer te ontlopen of uit te sluiten. Het staat partijen echter wel vrij om te bepalen dat een de DAB/DAAB een bindende eindbeslissing geeft voor geschillen tot een bepaald bedrag.

### 5. Conclusie

De FIDIC Golden Principles streven ernaar om het wijzigen van de General Conditions door middel van de Particular Conditions in goede banen te leiden. Hiermee wordt beoogd om de gebalanceer-

<sup>43</sup> The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p.9.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Zie art. 8.1 FIDIC Red Book en FIDIC Yellow Book (2017). Zie voor de definitie van Letter of Acceptance art. 1.1.50 van de FIDIC Yellow Book / FIDIC Red Book.

<sup>46</sup> Zie art. 20.21 FIDIC Red Book en FIDIC Yellow Book (2017).

<sup>47</sup> The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p.9.

<sup>48</sup> Zie art. 16.1 FIDIC Red Book en FIDIC Yellow Book (2017).

<sup>49</sup> The FIDIC Golden Principles' (1st edition, 2019), p.10.

<sup>50</sup> D. Charrett, 'The FIDIC Golden Principles', in: D. Charrett e.a., *The International Application of FIDIC-contracts: A Practical Guide*, Abingdon: Routledge 2019.

<sup>51</sup> Zie de annotatie van J.M. Henriquez bij *Gerecht in eerste aanleg van Curaçao*, 7 mei 2018, zaaknr. CUR201702082 (AR 83826/2017), ECLI:NL:OGEAC:2018:79, gepubliceerd in *TBR* 2019/24 en de daarin opgenomen verwijzing naar 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', [2005] ICLR 272; W. Buyse, 'Dispute Boards voor grote bouwprojecten en langetermijncontracten', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2017 (21) 3, p. 61.

de verdeling van rechten, plichten, risico's en verantwoordelijkheden tussen partijen te handhaven en het 'FIDIC-merk' te beschermen.

Het antwoord op de vraag of de Golden Principles door onderhandelende partijen en partijen die de overeenkomsten opstellen direct als meerwaarde worden gezien laat zich raden. De meeste Golden Principles zijn vanzelfsprekend en spelen al een rol bij onderhandelingen, zoals Golden Principle 2. Bovendien zullen partijen en diens adviseurs zich primair laten leiden door het bereiken van hetgeen zij als het beste onderhandelingsresultaat beschouwen en dat is in de regel een spel waarbij onder meer getracht wordt om risico's die voortvloeien uit bepaalde verbintenissen en (daarmee samenhangende) kosten elders te alloceren. Bij dat onderhandelingsspel zie ik in zoverre wel een rol weggelegd voor de Golden Principles als document waaraan partijen aanvullende argumenten kunnen ontle-

om een bepaalde wijzigingen van de General Conditions van de hand te wijzen (of als *'quid pro quo'* in te zetten). Ook bij de uitleg van een FIDIC-contract waarop Nederlands recht van toepassing is, is niet ondenkbaar dat een onderhandelingsargument kan worden ontleend aan deze uitgangspunten. In zoverre bieden de Golden Principles waarde aan de markt. De tijd zal leren of de Golden Principles op enig moment de status van 'soft law' zullen vererven.

Ik heb overigens geen principiële bezwaren tegen het wijzigen van de General Conditions door partijen die zich daarover goed laten adviseren en zich dus bewust zijn van de gevolgen van een wijziging: ook wanneer een wijziging niet verenigbaar zou zijn met een of meerdere Golden Principles. Soms is wijziging van de General Conditions voor gebruik in een bepaald project juist noodzakelijk om maatwerk te kunnen leveren. ●