

TBR 2024/53

De FIDIC Short Form of Contract

Actualisering van en beschouwingen over toepasbaarheid van deze modelovereenkomst en algemene voorwaarden in Nederlandse design & build projecten

– Mr. J.M. Henriquez¹

1. Inleiding

De eerste editie van de FIDIC *Short Form of Contract* ('FIDIC Green Book') dateert uit 1999 en had als doel om gebruikt te worden in projecten met een beperkt risicoprofiel en in gevallen waarin de betrokken contractspartijen behoefte hadden aan een, vanuit het perspectief van contractmanagement, eenvoudig te gebruiken overeenkomst.²

De Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils ('FIDIC') heeft in december 2021 de tweede editie van de modelovereenkomst ('Form of Contract Agreement') en bijbehorende set algemene voorwaarden ('General Conditions') gepubliceerd.

De tweede editie betreft een actualisering en inbedding van de gebruikservaringen met de FIDIC Green Book vanaf de publicatie van de eerste editie. Bij de presentatie van de nieuwe editie van de FIDIC Green Book benadrukte FIDIC dat de modelovereenkomst en set algemene voorwaarden gebruikt kunnen worden als alternatief voor de FIDIC *Conditions of Contract for Construction* ('FIDIC Red Book') en de FIDIC *Conditions of*

Contract for Plant and Design-Build ('FIDIC Yellow Book').³

Nu zowel de FIDIC Red Book (alleen uitvoering) als de FIDIC Yellow Book (ontwerp en uitvoering) een andere vorm van samenwerking regelt met de daarbij behorende rechten en verplichtingen voor opdrachtgever respectievelijk aannemer/opdrachtnemer, is de mededeling van FIDIC dat de Green Book gebruikt kan worden als alternatief, een interessante om nader te beschouwen. Het betekent dat de nieuwste editie van de FIDIC Green Book op een zodanige wijze is opgesteld, dat er ruimte is om beide samenwerkingsvormen en bijbehorende risicoallocaties te accommoderen.⁴

2. De actualisering op hoofdlijnen

Voordat ik bespreek of en zo ja in welke gevallen de FIDIC Green Book relevant kan zijn voor Nederlandse design & build projecten, sta ik stil bij de actualisering uit december 2021 en de meest in het oog springende dan wel relevante wijzigingen.

2.1 Omvang

De General Conditions van de eerste editie omvatten in totaal 15 bepalingen verspreid over 10 pagina's. De General Conditions van de tweede editie zijn met 14 bepalingen verspreid over 26 pa-

¹ Jacob Henriquez is bouwrechtadvocaat en partner bij Ploum.

² In het voorwoord van de FIDIC Green Book 1999 staat het als volgt: 'These Conditions of Contract (...) are recommended for engineering and building work of relatively small capital value. [...] They are considered most likely to be suitable for fairly simple or repetitive work or work of short duration without the need for specialist sub-contracts.'

³ <www.fidic.org/node/34702>.

⁴ Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat in het voorwoord van de FIDIC Green Book 1999 de mogelijkheid wordt genoemd om de voorwaarden ook te gebruiken voor projecten waarin de aannemer geheel of gedeeltelijk het ontwerp voor zijn rekening neemt.

gina's omvangrijker geworden, waardoor de indruk wordt gewekt dat FIDIC mogelijk heeft gepoogd om een set voorwaarden op te stellen die door de markt als voldragen en daarmee als volwaardig(er) worden gepercipieerd. Overigens geldt dat ook de tweede edities van de FIDIC Red, Yellow en Silver Book die in december 2017 zijn gepubliceerd omvangrijker zijn geworden.⁵

De toegenomen omvang zien wij overigens niet alleen terug in de General Conditions, maar ook in de overige documenten die tot de FIDIC Green Book behoren, zoals het modeldocument ter invulling van de projectspecifieke gegevens. De eerste editie bevat een 'Appendix' van drie pagina's waarin onder andere ingevuld kan worden wat de bouwtijd is, welk recht op de overeenkomst van toepassing is en wat het bedrag van de bankgarantie ter nakoming van de verplichtingen van de aannemer is. De tweede editie bevat voor hetzelfde doel een modeldocument getiteld *Particular Conditions - Part A - Contract Data* bestaande uit 7 pagina's en met een hoger detailniveau ten aanzien van onderwerpen als de vergoeding van bouwtijdverlengingskosten aan de aannemer, milestone data, een tabel ten behoeve van informatie omtrent verzekeringen en optionele bepalingen gerelateerd aan de betaalwijze van de aanneemsom.

Wat meespeelt is dat de sector sinds de publicatie van de eerste editie, de FIDIC Green Book ook heeft toegepast in omvangrijke projecten (> USD 10.000.000 en met een bouwtijd van meer dan twee jaren). Dit heeft FIDIC in ogenschouwen genomen bij de actualisering⁶ en heeft tot meer prescriptieve bepalingen geresulteerd.

De FIDIC Green Book doet met zijn 26 pagina's echter zijn naam - Short Form of Contract - nog steeds eer aan omdat het simpelweg korter is, en veel minder woorden wijdt aan bepalingen die in de FIDIC Yellow Book (126 pagina's) en Red Book (128 pagina's) veel uitgebreider en (wellicht ook) omslachtiger zijn geformuleerd. Voorbeelden daarvan zijn de geschilbeslechtsingsbepaling en de procedurevoorschriften als het gaat om betalingen aan de aannemer.

2.2 Wederkerige aanspraken

In navolging op de wijzigingen in de tweede edities van de FIDIC Red, Yellow en Silver Book, is in de 2021 editie van de FIDIC Green Book ervoor gekozen om de bepaling over aanspraken ('Claims') wederkerig te maken. Zo noemt art. 13.1 FIDIC Green Book 2021 ('Right to Claim') zowel wat betreft de opdrachtgever als de aannemer welke



aanspraken mogelijk zijn, hetgeen overigens op een niet-limitatieve wijze is beschreven. Dezelfde bepaling beschrijft ook de procedurevoorschriften die de opdrachtgever respectievelijk de aannemer dienen te volgen indien zij menen een aanspraak jegens de ander te hebben.

Art. 10.4 FIDIC Green Book 1999 sprak daarentegen alleen van een aanspraak van de aannemer op de opdrachtgever voor zogeheten *Employer's Liabilities* (zie art. 6.1 FIDIC Green Book) hetgeen neerkwam op een limitatieve lijst van 16 gevallen, waaronder zes als overmacht aan te duiden gevallen.

2.3 Engineer

Geheel nieuw in de FIDIC Green Book 2021 is de toevoeging van de figuur van de *Engineer*. De eerste editie van de FIDIC Green Book kent geen plek toe aan deze figuur, wel werd er gesproken van de *Employer's Representatives*, waar overigens minder eisen aan worden gesteld dan aan de rol van Engineer. Art. 3.5 FIDIC Green Book 2021 bepaalt dat wanneer de Engineer de taak heeft om tussen partijen te bemiddelen teneinde overeenstemming te bereiken over een bepaald onderwerp dan wel om zelf een vaststelling te doen ('Agreement or Determination'), hij als een neutrale derde zal optreden en niet handelend namens de opdrachtgever ('(...) the Engineer shall act neutrally between the Parties and shall not be deemed to act for the Employer'). Voorbeelden daarvan zijn art. 7 ('Variations') en art. 13.2.1 ('Claim Procedure').

Voor het overige geldt, gelijk aan de tweede edities van de FIDIC Red en Yellow Book, dat wordt aangenomen dat de Engineer in andere gevallen namens de opdrachtgever optreedt ('Except as

⁵ Over deze actualisering verscheen van mijn hand een artikel in TBR (zie TBR 2018/103).

⁶ Zie het voorwoord van de FIDIC Green Book 2021.

otherwise stated in these Conditions, the Engineer shall act as a skilled professional and shall be deemed to act for the Employer').⁷

De toevoeging van de Engineer in de FIDIC Green Book 2021 is een belangrijke stap om deze modelovereenkomst en algemene voorwaarden als volwaardig alternatief te presenteren voor de FIDIC Red Book en FIDIC Yellow Book, die allebei een Engineer kennen in de uitvoering van de overeenkomst.

2.4 Bouwtijdverlengingskosten

Een ander nieuw en waardevol concept in de FIDIC Green Book 2021 is de introductie van zogeheten bouwtijdverlengingskosten ('Prolongation Costs'), die in art. 1.1.35 worden gedefinieerd als (overhead)kosten verbonden aan vergoedbare bouwtijdverlenging ten gevolge van een wijziging op grond van art. 7 of een vordering op grond van art. 13 FIDIC Green Book 2021.

Uit de door partijen ingevulde *Particular Conditions* volgt op hoeveel vergoeding de aannemer recht heeft (bijv. 'If $V > 33\%$ and $V < 66\%$ of the Contract Price stated in the Contract Agreement, $PGC = 125\%$ of W per day of EOT').⁸ Dit concept creëert veel duidelijkheid en kan langdurige discussies over de vergoeding van bouwtijdverlenging tussen opdrachtgever en aannemer goeddeels wegnemen. Het verdient daarom navolging in de Nederlandse (paritaire) voorwaarden als spiegelbeeld en evenknie van de kortingsbepalingen uit par. 36 UAV-GC 2005 jo. art. 2 lid 6 Basisovereenkomst en par. 42 UAV 2012.

Ondanks een regeling omtrent bouwtijdverlengingskosten zullen discussies tussen opdrachtgever en aannemer over de oorzaak en toerekening van de vertraging (en daarmee het recht van de aannemer op bouwtijdverlenging) blijven bestaan. Indien en voor zover partijen daarover overeenstemming bereiken (of een derde daarover heeft geoordeeld), is het uitrekenen van de vergoeding minder ontvankelijk voor discussies. Overigens bepalen de *Particular Conditions* ook dat de bouwtijdverlengingskosten de enige vergoeding voor de aannemer zal zijn voor vergoedbare vertraging, maar dat het geen gevolgen zal hebben voor andere aanspraken van de aannemer, zoals verstoring.

3. Andere onderscheidende kenmerken

3.1 Werken met vaste percentages

Een ander onderscheidend kenmerk van de FIDIC Green Book 2021, waardoor het in de praktijk makkelijker te hanteren is, is dat naast een vaste formule voor het berekenen van bouwtijdverlengingskosten er ook met vaste percentages wordt gerekend als het gaat om winstderving voor de aannemer bij de beëindiging van de overeenkomst in bepaalde situaties (art. 10.4 'Payment after Termination'). Voor aannemers geldt dat er een opslag mag worden berekend van 10% van de niet gerealiseerde onderdelen van het werk in de gevallen genoemd in art. 10.2.4 ('Termination by Employer') of art. 10.3 ('Termination by Contractor'). Een vergelijkbare aanspraak, maar dan ter hoogte van 20%, heeft de opdrachtgever ingeval hij de overeenkomst op grond van art. 10.2.2 of 10.2.3 heeft beëindigd. Dit percentage is bedoeld als een goede afspiegeling van de meerkosten die een opdrachtgever heeft om een andere aannemer het werk te laten afmaken.⁹ De FIDIC Yellow Book en Red Book bevatten dergelijk equivalent niet en op dit punt onderscheidt de Green Book zich in positieve zin.

3.2 Praktische geschilbeslechting

De geschilbeslechtingsbepalingen uit de FIDIC Green Book 2021 blijven trouw aan het doel waarvoor deze voorwaarden zijn geschreven met als uitgangspunt de benoeming van één geschilbeslechter ('Adjudicator'; art. 14). Indien een partij of beide partijen het niet eens zijn met de bindende beslissing van de geschilbeslechter kan, nadat een van hen een *Notice of Dissatisfaction* binnen de termijn van 28 dagen na ontvangst van de bindende beslissing heeft gestuurd, de weg vrij worden gemaakt voor het entameren van een arbitrage. Indien partijen het geschil naar arbitrage verwijzen, zal dat plaatsvinden op grond van de ICC *expedited procedure provisions*, waarbij een eenvoudiger en economisch gestroomlijndere procedure geldt. Denk aan het achterwege laten van Terms of Reference, het houden van een Case Management Conference binnen 15 dagen na verzending van het dossier aan het arbitraal tribunaal, de mogelijkheid voor het tribunaal om het aantal en de omvang van de schriftelijke stukken te beperken en een termijn van 6 maanden waarbinnen het arbitraal vonnis moet worden gewezen.¹⁰

3.3 Voorbeelddocumenten

De FIDIC Green Book ondersteunt partijen ook in de administratieve kant van de uitvoering door het verstrekken van 40 voorbeelddocumen-

⁷ Zie art. 3.2.2 FIDIC Green Book 2021. Vgl. art. 3.2 FIDIC Red Book 2017 en art. 3.2 FIDIC Yellow Book 2017.

⁸ V staat voor Value of the Works, PGC staat voor Prolongation Costs en W staat voor average Weight of the On-site and Off-Site overhead per day.

⁹ P. 22 en 23 van de Guidance Notes.

¹⁰ <www.iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/expedited-procedure/>.

ten die als bijlage bij de Guidance Notes zijn gevoegd. Denk aan een voorbeeld voor een Notice of Dissatisfaction, een wijzigingsinstructie, Notice of Default, enzovoorts. Doordat de voorbeelden thematisch zijn gecategoriseerd en verwijzen naar de bepaling uit de FIDIC Green Book 2021 waar zij betrekking op hebben, geven zij betrokken partijen houvast en comfort om met deze voorwaarden te werken.

4. Bruikbaar voor Nederlandse projecten waarin de opdrachtnemer ontwerp én uitvoering voor zijn rekening neemt?

4.1 Beperkingen van de UAV-GC 2005 op de internationale markt

Indien partijen te maken hebben met een internationaal project, zal de UAV-GC 2005 minder snel worden geaccepteerd. Niet in de laatste plaats door de onbekendheid van een of meerdere betrokken partijen bij deze (typisch) Nederlandse voorwaarden en het feit dat de voorwaarden Nederlandstalig zijn. Ook zal niet tot de verbeelding spreken dat op grond van par. 47 lid 2 UAV-GC 2005 geschillen bij een Nederlands arbitrage instituut moeten worden beslecht, zoals de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen.

Wanneer een van de betrokken partijen internationaal opereert of op de internationale kapitaalmarkt financiering aanzoekt voor het realiseren van het project in Nederland zal het dus minder voor de hand liggen om een overeenkomst te sluiten met toepassing van de UAV-GC 2005. Ook in dat geval zal consensus kunnen worden bereikt door gebruik te maken van de tweede editie van de FIDIC Green Book.

Het zijn Engelstalige voorwaarden, praktisch geformuleerd, internationaal bekend (onder meer bij internationale geschilbeslechtsers en/of internationale arbitrale instituten zoals de ICC of de LCIA) en zoals hierna betoogd goed toepasbaar in projecten waarin de aannemer ook een ontwerp taak op zich neemt.

4.2 Ontwerp en uitvoering gefaciliteerd

De FIDIC Green Book 2021 kan gebruikt worden in projecten waar de opdrachtnemer naast de uitvoering tevens (een deel van) het ontwerp voor zijn rekening neemt. Art. 4.7.1 bevat een regeling voor die situatie, waarbij de kanttekening wordt gemaakt dat de opdrachtnemer uitsluitend een ontwerp taak heeft, voor zover dat in de overeenkomst als zodanig is overeengekomen. Art. 4.7.1 FIDIC Green Book luidt als volgt: *'The Contractor shall design the Works to the extent (if any) stated in the Contract. The Contractor undertakes that the design will be in accordance with all applicable Laws and with the*

documents forming the Contract, as altered or modified by Variations'.

Indien dat het geval is, zal de opdrachtnemer verantwoordelijk zijn voor zijn aanbiedingsontwerp (indien aanwezig), het ontwerp dat tot stand is gekomen op grond van art. 4.7.1 General Conditions en zullen de daarmee corresponderende onderdelen van het werk fit for purpose moeten zijn.

De Guidance Notes behorende bij de FIDIC Green Book 2021 bepalen dat het gaat om een fit for purpose bepaling die uitsluitend betrekking heeft op de onderdelen van het gerealiseerde werk die door de opdrachtnemer zijn ontworpen. De opdrachtnemer heeft onder de FIDIC Green Book 2021 geen algehele fit for purpose verplichting voor het gehele werk.¹¹ Eenzelfde regeling en risicoverdeling treffen wij ook aan in de eerste editie van de FIDIC Green Book.¹²

Dit is de flexibiliteit die FIDIC in het voorwoord bij de tweede editie heeft genoemd, waarbij de nieuwe editie tegelijkertijd wel robuust genoeg is om daadwerkelijk in de markt als alternatief voor de eerder genoemde FIDIC Red Book en Yellow Book (2017) te worden opgepakt.

4.3 Administratief lichter

Maar is de FIDIC Green Book 2021 daarmee daadwerkelijk een bruikbaar alternatief te noemen op het gebruik van bijvoorbeeld de FIDIC Yellow Book dan wel de UAV-GC 2005 voor Nederlandse design & build projecten? In een aantal gevallen zal het uitkomst bieden. De FIDIC Yellow Book is 'administratief (veel) zwaarder' dan de FIDIC Green Book 2021. De voorbeelden hiervoor laten dat zien en de FIDIC Yellow Book zal zich alleen goed lenen voor toepassing in situaties waarin de projectwaarde en -complexiteit het gebruik van die set voorwaarden rechtvaardigt en de projectteams aan zowel opdrachtgevers- als aannemerszijde ervaren, geroutineerd en vooral ook technisch en juridisch goed geëquipeerd zijn om een dergelijke overeenkomst te administreren. Dit geldt in feite ook voor de UAV-GC 2005.

Een voorbeeld waarmee dit kan worden geïllustreerd is de bepaling in de FIDIC Yellow Book die gaat over aanspraken over en weer, te weten art. 20 ('Employer's and Contractor's Claims'). In de FIDIC Yellow Book beslaat die bepaling viereenhalf pagina's en beschrijft deze in groot detail wie wat en binnen welk tijdsbestek iets moet doen teneinde een aanspraak kenbaar te maken en veilig te stellen. Ook de betrokkenheid van de Engineer

¹¹ Tenzij de aannemer het volledige ontwerp verzorgt. In dat geval bevatten de Guidance Notes ook concrete aanwijzingen voor de aanpassing van art. 4.7 FIDIC Green Book 2021.

¹² Zie art. 5.1 en art. 5.2 van de FIDIC Green Book 1999.

in dat proces wordt in detail beschreven. Dezelfde bepaling in de FIDIC Green Book 2021 ('Right to Claim') - die eveneens wederkerig is - beslaat ongeveer een halve pagina, is beknopt en, ondanks de betrokkenheid van de Engineer in het proces, eenvoudig te volgen. Dit voorbeeld verklaart ook het verschil tussen de 126 pagina's waaruit de General Conditions van de FIDIC Yellow Book bestaan en de 26 pagina's van de General Conditions van de FIDIC Green Book.

Dit betekent dus ook dat het een bruikbaar alternatief kan zijn voor kleinere, minder complexe projecten en/of projecten waar kleinere teams op zitten. Voor Nederlandse betrokkenen bij een project, zoals projectmanagers, zal de FIDIC Green Book ook eenvoudiger zijn om mee te werken.

4.4 Beperkte omvang FIDIC Green Book hoeft geen probleem te vormen

De beperktere omvang van de FIDIC Green Book hoeft geen probleem te vormen indien Nederlands recht op de overeenkomst van toepassing is. Op dit punt bieden art. 6:2 BW en art. 6:248 BW (mogelijk) uitkomst als belangrijke aanvullende bronnen van contractuele verbintenissen. Het praktisch belang van deze bepalingen is groot. Partijen kunnen bij het aangaan van een overeenkomst immers in beginsel volstaan met het regelen van de belangrijkste kwesties.¹³

Eventuele leemtes hoeven dankzij art. 6:2 BW en art. 6:248 BW niet tot impasses of onredelijke, onbillijke situaties te leiden. Daardoor is terughoudendheid voor het gebruik van deze beknoptere set

algemene voorwaarden in beginsel ongegrond, indien Nederlands recht van toepassing is verklaard op een FIDIC Green Book overeenkomst. En door Nederland recht in de Particular Conditions in te vullen, maken partijen gebruik van het vangnet van titel 7.12 BW voor situaties die niet in de FIDIC Green Book worden geregeld.

5. Conclusie

Met de verdere internationalisering van projecten in met name de industrie en duurzame energie in Nederland, zal op den duur een grotere behoefte ontstaan aan praktische modelovereenkomsten en algemene voorwaarden die voor buitenlandse partijen - denk aan internationaal opererende aannemers en hun financiers en juristen, technisch adviseurs enzovoorts - bekend en vertrouwd zijn. Dat is het geval met de FIDIC voorwaarden, maar tegelijkertijd zal er een behoefte zijn aan eenvoudiger te administreren modelovereenkomsten en algemene voorwaarden dan bijvoorbeeld een FIDIC Yellow Book.

De FIDIC Green Book 2021 zal in dat gat kunnen springen en voor de Nederlandse bouwsector haar meerwaarde bewijzen. Zeker voor projecten met een beperkte omvang, lijkt met de FIDIC Green Book 2021 een aantrekkelijke modelovereenkomst en set algemene voorwaarden te zijn opgesteld. Dat de laatste editie FIDIC Green Book omvangrijker, maar ook robuuster is dan haar voorganger uit 1999, is daarom geen nadeel maar juist een voordeel waarmee het daadwerkelijk een serieus alternatief kan vormen voor de FIDIC Red Book en de FIDIC Yellow Book. ●

¹³ Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 1.1.