

# De FIDIC Rainbow Suite 2017

## Een overzicht van de belangrijkste wijzigingen in de general conditions van de Red, Yellow en Silver Book

– Mr. J.M. Henriquez<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

De nieuwste edities van de FIDIC Red, Yellow en Silver Book zijn in december 2017 verschenen en diezelfde maand gepresenteerd tijdens de *International FIDIC Contract Users Conference* in Londen. Deze standaardvoorwaarden, die bij uitstek in internationale bouw- en infraprojecten worden gebruikt, bevatten een actualisering van de gelijknamige voorwaarden die in 1999 verschenen. Dit artikel bevat een overzicht van de belangrijkste wijzigingen.

Het doel van de actualisering is om de voorwaarden duidelijker te maken, om de transparantie en de rechtszekerheid te vergroten en om de *best practice* van de afgelopen 18 jaren vast te leggen.<sup>2</sup> Men heeft deze doelstelling onder meer willen bereiken door de introductie van uitgeschreven stappenplannen die de Opdrachtgever, de Engineer en de Aannemer<sup>3</sup> bij de uitvoering van de overeenkomst kunnen volgen.

Een van de voornaamste wijzigingen betreft de rol van de Engineer. De Engineer heeft een sterk proactieve rol toebedeeld gekregen en fungeert thans ook nadrukkelijk als bemiddelaar tussen partijen (Red Book/Yellow Book). Hierover meer in de tweede paragraaf van dit artikel.

In de nieuwe voorwaarden wordt meer nadruk gelegd op het voorkomen van geschillen. Dat laatste is expliciet benoemd als een van de doelstellingen van de actualisering.<sup>4</sup> Een uitingsvorm daarvan is de vroegtijdige waarschuwingsplicht (*Advance Warning*).<sup>5</sup> Zowel Opdrachtgever als Aannemer zullen elkaar moeten informeren over bekende of mogelijk toekomstige gebeurtenissen die negatieve gevolgen kunnen hebben. Het idee is dat daarmee in een vroeg stadium onenigheden kunnen worden beperkt of zelfs worden voorkomen. Hier wordt in paragraaf 3 van dit artikel op ingegaan.

Dat de nadruk ligt op het voorkomen van geschillen komt ook tot uitdrukking doordat 'claims' zijn gescheiden van 'geschillen' - terwijl in de 1999 edities claims en geschillen in één artikel waren opgenomen.<sup>6</sup> Wanneer een partij meent een claim te hebben, bevat art. 20 van de nieuwe voorwaarden een uitgebreide procedure waarin is beschreven hoe partijen daarmee om moeten gaan.<sup>6</sup> In paragraaf 4 wordt ingegaan op enkele nieuwe gronden voor de Aannemer om werkzaamheden te schorsen en voor de Opdrachtgever om de overeenkomst te beëindigen. De claimprocedure komt in paragraaf 5 aan de orde. Tot slot kan worden gewezen op het feit dat de DAB<sup>7</sup> een (*'standing'*) DAAB is gewor-

<sup>4</sup> <[http://fidic.org/sites/default/files/press%20release\\_rainbow%20suite\\_2018\\_03.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/press%20release_rainbow%20suite_2018_03.pdf)>.

<sup>5</sup> Overigens wordt de 'claim' in de 2017 edities gedefinieerd, hetgeen nieuw is.

<sup>6</sup> Een 'Claim' wordt gedefinieerd als: *a request or assertion by one Party to the other Party for an entitlement or relief under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with, or arising out of, the contract of the execution of the Works* (art. 1.1.6 Red Book, art. 1.1.5 Yellow Book en art. 1.1.3 Silver Book 2017 edities). Een 'claim' wordt dus autonoom gedefinieerd als een verzoek of bewering. Let wel, er is op dat moment dus geen sprake van een 'geschil'.

<sup>7</sup> DAB staat voor 'Dispute Adjudication Board' (FIDIC 1999 edities). In de nieuwe FIDIC boeken is deze term vervangen door de term DAAB, hetgeen een afkorting is van 'Dispute Avoidance / Adjudication Board' (zie bijv. art. 1.1.22 jo. art. 21 FIDIC Yellow Book 2017 editie).

<sup>1</sup> Jacob Henriquez is advocaat en partner bij Ploum.

<sup>2</sup> Zie het persbericht behorende bij de FIDIC Rainbow Suite 2017: <[http://fidic.org/sites/default/files/press%20release\\_rainbow%20suite\\_2018\\_03.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/press%20release_rainbow%20suite_2018_03.pdf)>.

<sup>3</sup> In dit artikel zal om praktische redenen alleen gebruik worden gemaakt van de term 'Aannemer' ook in de gevallen waarin 'Opdrachtgever' meer recht zou doen aan de (geïntegreerde) contractvorm.



den met de nadruk op het voorkomen van geschillen ('Disputes')<sup>8</sup>. Hierover meer in paragraaf 6.

## 2. De Engineer (FIDIC Red Book en Yellow Book)

De achtergrond van de gewijzigde rol van de Engineer is om beter projectmanagement te faciliteren. Van de Engineer wordt verwacht dat hij proactiever zal aansturen op overeenstemming tussen partijen (art. 3.7.1. 'Consultation to reach agreement').

De Engineer handelt als het gaat om zijn taken en bevoegdheden op grond van art. 3.7 (eerste zin) neutraal: '(...) when carrying out his/her duties under this Sub-Clause, the Engineer shall act neutrally between the Parties and shall not be deemed to act for the Employer'.<sup>9</sup> Hij functioneert daarbij als een bemiddelaar en kan, wanneer partijen er niet uitkomen, zelfstandig een beslissing nemen ten

<sup>8</sup> Er is sprake van een 'Dispute' wanneer de volgende situatie zich voordoet (cumulatief): '(a) one party makes a claim against the other Party (which may be a Claim, as defined in these conditions, or a matter to be determined by the Engineer under these Conditions, or otherwise); (b) the other party (or the Engineer under Sub-Clause 3.7.2 [Engineer's Determination]) rejects the claim in whole or in part; and (c) the first Party does not acquiesce (by giving a NOD under Sub-Clause 3.7.5 [Dissatisfaction with Engineer's determination] or otherwise), provided however that a failure by the other Party (or the Engineer) to oppose or respond to the claim, in whole or in part, may constitute a rejection if, in the circumstances, the DAAB or the arbitrator(s), as the case may be, deem it reasonable for it to do so' (art. 1.1.29 Red Book en Yellow Book en art. 1.1.26 Silver Book). Kort gezegd ontstaat een geschil wanneer een claim niet leidt tot overeenstemming.

<sup>9</sup> In andere gevallen blijft de Engineer fungeren als een 'Employer's Agent'.

aanzien van onenigheden maar ook over tarieven en prijzen, wijzigingen en aanpassingen, oorzaken van tekortkomingen enz. ('Determinations').

### 2.1 Artikel 3.1 - The Engineer

Nieuw is dat uitdrukkelijk is bepaald dat de Engineer over bepaalde (technische) kwaliteitseisen en ervaring dient te beschikken. Hier werd in de versies uit 1999 niet (expliciet) in voorzien. Art. 3.1 FIDIC Red Book en Yellow Book 2017 bevat ook de bepaling dat van de Engineer wordt verwacht dat hij vloeiend is in de taal van het contract ('fluent in the ruling language of the Contract').

Daarnaast zij opgemerkt dat de huidige praktijk nu ook expliciet in art. 3 is vastgelegd door de toevoeging dat de Engineer ook een rechtspersoon kan zijn, waarbij in dat geval vervolgens een natuurlijk persoon aangewezen dient te worden die de rechtspersoon vertegenwoordigt. Alvorens deze vertegenwoordiger zijn bevoegdheid mag uitoefenen dienen beide partijen op de hoogte te worden gesteld van zijn hoedanigheid (art. 3.1 slotzin).

### 2.2 Artikel 3.3 - The Engineer's Representative

Een andere toevoeging is dat de Engineer een vertegenwoordiger mag aanstellen die namens hem handelt. Deze bepaling is nieuw en mag niet verward worden met de mogelijkheid die de Engineer had (en heeft behouden) om van tijd tot tijd bepaalde taken aan anderen te delegeren.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Zie bijv. art. 3.2. FIDIC Yellow 1999 en art. 3.2. FIDIC Red 1999.

De vertegenwoordiger van de Engineer zal tijdens de uitvoering van het werk zijn 'hoofdkwartier' op het bouwterrein moeten hebben ('(...) shall be based on the site for the whole time that the Works are being executed at the Site'). De aanstelling van een vertegenwoordiger is een uitwerking van de nadruk die in de nieuwe voorwaarden wordt gelegd op beter projectmanagement. De gedachte is dat door de voortdurende aanwezigheid ter plaatse van een vertegenwoordiger van de Engineer problemen sneller worden opgemerkt en (mogelijk) opgelost. Ook voor de vertegenwoordiger van de Engineer geldt dat hij dient te voldoen aan de kwaliteits-, ervarings- en taaleisen die in artikel 3.1 worden gesteld.

### 2.3 Artikel 3.5 - Engineer's Instructions

De Engineer is bevoegd tot het geven van instructies aan de Aannemer als deze nodig zijn voor de uitvoering van het Werk, voor zover dit in overeenstemming is met de overeenkomst (art. 3.5). Wanneer een instructie een wijziging of aanpassing betreft, dient de procedure uit artikel 13 ('Variations and adjustments') gevolgd te worden. Dit is niet veranderd ten opzichte van de 1999 edities van de Red Book en Yellow Book, waarin deze mogelijkheid in art. 3.3 is opgenomen.<sup>11</sup>

Indien de Engineer bij het geven van de instructie duidelijk maakt dat het een wijziging betreft, dan geldt art. 13.3.1 ('Variation by Instruction'). Nieuw is dat wanneer een instructie van de Engineer niet expliciet bepaalt dat het een wijziging betreft, terwijl de aannemer de instructie wel als een wijziging beschouwt, de aannemer onmiddellijk en voorafgaand aan het starten van de werkzaamheden ter uitvoering van de instructie, een met redenen omklede kennisgeving<sup>12</sup> ('Notice') aan de Engineer zal sturen (art. 3.5 laatste alinea). Dit zal de Aannemer ook moeten doen wanneer de instructie van de Engineer in zijn optiek niet in overeenstemming is met wet- en regelgeving, negatieve gevolgen heeft voor de veiligheid van het Werk of de instructie technisch niet uitvoerbaar is. Onduidelijk is of de Aannemer alsnog recht heeft op een *Variation* wanneer deze kennisgeving niet onmiddellijk en voorafgaand aan de werkzaamheden wordt gestuurd, maar pas daarna. De Engineer dient binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving te reageren. De Engineer kan reageren met een bevestiging, herroeping of een wijziging van de instructie. De reactie en de daarin genoemde voorwaarden zijn bindend en de

Aannemer dient zich aan deze instructie te houden. Reageert de Engineer niet, of niet binnen de termijn van zeven dagen, dan mag de Aannemer de instructie als ingetrokken ('revoked') beschouwen.

### 2.4 Artikel 3.7 - Agreement or Determination

In de 1999 edities van de Red Book en de Yellow Book zijn 'Determinations' in art. 3.5 opgenomen. Het nieuwe art. 3.7 bevat een uitbreiding met 'Agreement or Determination' waarin uitgebreid wordt ingegaan op de procedure die gevolgd dient te worden wanneer de Engineer tot een vaststelling dient te komen ('Determination'). Bovendien zijn in de 2017 voorwaarden de onderwerpen waarover de Engineer tot een vaststelling moet komen uitgebreid.

Art. 3.7 begint met de bepaling dat bij de vervulling van zijn taken op grond van die bepaling de Engineer neutraal zal handelen en niet geacht wordt voor de Opdrachtgever te handelen. De term 'Neutraal' wordt niet in de voorwaarden gedefinieerd maar vermoed wordt dat dit erop neer komt dat de Engineer niet partijgebonden is. De Engineer behoeft in ieder geval geen toestemming te vragen van de Opdrachtgever wanneer hij tot een vaststelling komt (art. 3.2).

In een logisch opgebouwde procedure wordt vervolgens beschreven op welke wijze de Engineer in bepaalde zaken zal moeten handelen en wat partijen kunnen doen indien zij het niet eens zijn met de vaststelling. Allereerst staat voorop dat de Engineer partijen zal aanmoedigen om in overleg te treden teneinde overeenstemming te bereiken over een Claim of een issue ('consultation to reach agreement'). Een dergelijk overleg dient zo snel mogelijk plaats te vinden aangezien er binnen een termijn van 42 dagen een kennisgeving van overeenstemming moet worden gegeven, mits overeenstemming wordt bereikt (art. 3.7.3). Deze termijn kan in overleg met partijen worden verlengd. Als binnen 42 dagen overeenstemming wordt bereikt, zal de Engineer kennisgeving daarvan ('Notice of the Parties Agreement') aan partijen doen, welk document verzegeld zal gaan van de door partijen ondertekende overeenkomst.

Als niet binnen 42 dagen overeenstemming wordt bereikt of wanneer partijen de Engineer al eerder laten weten dat geen overeenstemming binnen die termijn kan worden bereikt, dan zal de Engineer tot een vaststelling moeten komen op grond van art. 3.7.2 ('Engineer's Determination'). Nadat partijen hiervan op de hoogte zijn gebracht heeft de Engineer een termijn van 42 dagen om tot zijn vaststelling te komen. Binnen 84 dagen dient de Engineer een knoop door te hakken. De vaststelling zal voorzien moeten zijn van een gedetailleerde en ondersteunende argumentatie.

<sup>11</sup> Gewezen wordt op het feit dat de regeling in art. 3.3, FIDIC Red Book 1999 overigens uitgebreider is dan de regeling in bijv. art. 3.3, Yellow Book 1999.

<sup>12</sup> Een kennisgeving ('Notice') wordt in art. 1.1.56 FIDIC Yellow Book 2017 gedefinieerd als: '(...) a written communication identified as a Notice and issued in accordance with Sub-Clause 1.3 [Notices and Other Communications]'. Zie ook art. 1.1.56 FIDIC Red Book 2017 en art. 1.1.48 FIDIC Silver Book 2017. De definitie van de 'Notice' als een document dat ook als zodanig geïdentificeerd moet kunnen worden ontbreekt in de 1999 edities van de FIDIC Red, Yellow en Silver Book.

Als de Engineer nalaat binnen de termijn te reageren dan heeft dat geen automatische verlenging van de termijn tot gevolg. Geen reactie van de Engineer betekent een afwijzing van het verzoek ('Claim') van een partij of, als sprake is van een issue dat (al dan niet bij overeenstemming tussen partijen) moet worden vastgesteld, dat sprake is van een geschil ('Dispute') dat aan de DAAB dient te worden voorgelegd (art. 3.7.3. slotalinea).

Een overeenstemming tussen partijen op grond van art. 3.7 of een vaststelling van de Engineer is bindend, totdat anders wordt besloten (zie art. 3.7.4). Als een van de partijen het niet eens is met de vaststelling van de Engineer kan die partij binnen 28 dagen, na ontvangst van de beslissing of na het verstrijken van de termijn waarbij geen reactie wordt gegeven, een NOD ('Notice Of Dissatisfaction') aan de wederpartij (met een kopie aan de Engineer) sturen. De NOD bevat de argumenten van een partij waarom zij het niet eens is met de vaststelling van de Engineer.

Indien na het verstrijken van de termijn van 28 dagen geen NOD is verzonden, geldt de beslissing van de Engineer als aangenomen, finaal en bindend (art. 3.7.5). Ditzelfde gevolg treedt in wanneer na het uitbrengen van de NOD niet binnen 42 dagen een procedure bij de DAAB aanhangig is gemaakt. In dat laatste geval vervalt de NOD na 42 dagen.

De nieuwe voorwaarden bevatten veel meer termijnen. Het bewaken van de verschillende termijnen is met de nieuwe FIDIC voorwaarden meer dan voorheen het geval was, essentieel in het kader van goed projectmanagement.<sup>13</sup> Het officiële FIDIC persbericht<sup>14</sup> bevat over termijnen de volgende passage: 'Each time period stated in the General Conditions is what FIDIC believes is reasonable, realistic and achievable in the context of the obligation to which it refers, and reflects the appropriate balance between the interests of the Party required to perform the obligation, and the interests of the other Party whose rights are dependent on the performance of that obligation.' Dit betekent dat partijen die volgens deze nieuwe FIDIC voorwaarden hun projecten realiseren stevig in contractmanagement zullen moeten investeren.

### 2.5 Artikel 3.8 - Meetings

In art. 3.8 van de Red en Yellow Book (alsook in art. 3.6 van de Silver Book) is een nieuwe bepaling toegevoegd die het mogelijk maakt voor de Engineer of de vertegenwoordiger van de Aanne-

mer<sup>15</sup> om 'management meetings' bij te wonen om o.a. de uitvoering van het Werk te bespreken. Ook de nevenaannemers van de Opdrachtgevers mogen dergelijke vergaderingen bijwonen, mits uitgenodigd door de Engineer of de vertegenwoordiger van de Aannemer. Het is de taak van de Engineer om notulen van de vergaderingen op te stellen en te verstrekken aan de personen die de vergadering hebben bijgewoond en aan de Opdrachtgever. In de Silver Book is deze taak opgedragen aan de Opdrachtgever.

### 3. De vroegtijdige waarschuwingsplicht (FIDIC Red Book, Yellow Book, Silver Book)

In de oude FIDIC voorwaarden maakte de *Advance Warning* onderdeel uit van art. 8.3. De vroegtijdige waarschuwing was eenzijdig en hield in dat de Aannemer de Engineer (en in de Silver Book: de opdrachtgever) moest waarschuwen.

In de nieuwe FIDIC voorwaarden is de plicht tot vroegtijdig waarschuwen losgekoppeld van art. 8.3 en opgenomen in een nieuw artikel 8.4 (getiteld '*Advance Warning*'). De waarschuwingsplicht is bovendien wederzijds gemaakt. In art. 8.4 is, met het oog op het in een vroeg stadium identificeren van problemen en daarmee mogelijk voorkomen van escalatie, bepaald dat partijen elkaar over en weer vroegtijdig dienen te waarschuwen. Zowel op de Aannemer als op de Opdrachtgever en de Engineer rust de verplichting om elkaar op de hoogte te brengen en te adviseren ten aanzien van toekomstige gebeurtenissen of omstandigheden die mogelijk (negatieve) gevolgen kunnen hebben op het Werk of de werkzaamheden. Het dient dan te gaan om omstandigheden die:

- Een negatief effect kunnen hebben op de werkzaamheden of op het personeel van de Aannemer;
- Een negatief effect kunnen hebben op de prestaties van het tot stand gebrachte Werk na voltooiing;
- Tot verhoging van de aanneemsom kunnen leiden; en/of
- Een vertraging in het project of een gedeelte daarvan teweeg kunnen brengen.

Opmerkelijk is dat er geen tijdsbepaling is gekoppeld aan deze waarschuwingsplicht, noch bevat de bepaling een sanctie indien een waarschuwing achterwege blijft. De waarschuwing kan er voor zorgen dat snel tot een oplossing gekomen kan worden. De Engineer kan daarom ook de Aannemer vragen om een voorstel aan te leveren waarmee de gevolgen van de toekomstige gebeurtenissen of

<sup>13</sup> Zie bijv. art. 5.1 FIDIC Red Book 2017 over het inschakelen van een onderaannemer door de Aannemer en de automatische goedkeuring daarvan door de Engineer bij het uitblijven van een reactie.

<sup>14</sup> <[http://fidic.org/sites/default/files/press%20release\\_rainbow%20suite\\_2018\\_03.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/press%20release_rainbow%20suite_2018_03.pdf)>.

<sup>15</sup> In de Silver Book wordt gesproken over 'Either party' zijnde de Employer's representative en de Contractor.

omstandigheden te vermijden of te minimaliseren zijn.

#### 4. Schorsing van het werk door de Aannemer en beëindiging van de overeenkomst door de Opdrachtgever (FIDIC Red, Yellow en Silver Book)

De Aannemer heeft in de geactualiseerde FIDIC voorwaarden de mogelijkheid om tot schorsing van zijn werkzaamheden over te gaan in die gevallen waarin de Opdrachtgever verzuimt om: (i) een partijbindende afspraak of een finaal en bindende vaststelling door de Engineer op grond van art. 3.7 Red en Yellow Book / art. 3.5 Silver Book na te leven, of (ii) een beslissing van de DAAB op grond van art. 21.4 FIDIC Red, Yellow en Silver Book na te komen. Dit laatste behelst een sterke prikkel voor de Opdrachtgever om beslissingen van de DAAB uit te voeren en maakt bovendien duidelijk dat het versturen van een NOD op zichzelf genomen geen gevolgen heeft voor de verplichting van de Opdrachtgever om een beslissing van de DAAB uit te voeren.<sup>16</sup>

Voordat de Aannemer over mag gaan tot schorsing van de werkzaamheden dient de tekortkoming van de naleving door de Opdrachtgever wel te kwalificeren als een *'material breach of the Employer's obligations under the Contract'* (zie bijv. art. 16.1 FIDIC Red Book 2017).

Nieuw in de 2017 edities is dat voordat de Opdrachtgever tot beëindiging van de overeenkomst over kan gaan er eerst sprake moet zijn van een *Notice* van de Opdrachtgever aan de Aannemer waarin de intentie wordt uitgesproken om tot beëindiging over te gaan (art. 15.2.1 Red Book, Yellow Book en Silver Book). Pas met het versturen van een tweede *Notice* aan de Aannemer, 14 dagen nadat na de eerste kennisgeving de Aannemer heeft bereikt en de tekortkomingen niet door de Aannemer zijn verholpen, mag de Opdrachtgever de overeenkomst beëindigen. Dat is voor de praktijk een belangrijk aandachtspunt.

Bovendien is nieuw dat de Opdrachtgever de Overeenkomst tevens mag beëindigen wanneer de maximale boete bij bouwijdoverschrijding is bereikt (indien een maximum is afgesproken) en het Werk nog niet is opgeleverd. De Opdrachtgever mag de overeenkomst tevens beëindigen wanneer de Aannemer een beslissing van de DAAB niet naleeft. Ook in dat geval dient de Opdrachtgever de hierboven geschetste procedure van een eerste en tweede *Notice* te volgen, voordat sprake is van een rechtsgeldige beëindiging van de overeenkomst.

<sup>16</sup> Zie in dit kader de discussie omtrent dit onderwerp in het vonnis van Gerecht in eerste aanleg van Curaçao d.d. 7 mei 2018, ECLI:NL: OGEAC:2018:79.

#### 5. De claimprocedure (FIDIC Red, Yellow en Silver Book)

Het oorspronkelijke art. 20 - getiteld *'Claims, Disputes and Arbitration'* uit de 1999 voorwaarden - is gewijzigd en bevat nu alleen procedurele bepalingen voor claims. Art. 20 draagt nu de titel *'Employer's and Contractor's claims'* en richt zich op procedurevoorschriften als het gaat om het indienen, onderbouwen en beoordelen van claims. Opgemerkt dient te worden dat de procedure zowel voor de aannemer als voor de opdrachtgever geldt. Voorheen werden in artikel 20 alleen procedure regels bepaald voor de Aannemer en bevatte art. 2.5 van de FIDIC Red, Yellow en Silver Book de regeling van de zogeheten *'Employer's Claims'*.

Geschillenbeslechting wordt thans behandeld in artikel 21 (*'Disputes and Arbitration'*) van de geactualiseerde voorwaarden. De splitsing in twee separate bepalingen is ontstaan vanuit de gedachte dat onderscheid moet worden gemaakt tussen alledaagse claims enerzijds en geschillen anderzijds.<sup>17</sup> Een claim zal bovendien niet steeds tot een geschil leiden. Hoewel de term claim doet vermoeden dat sprake is van een geschil, moet onder claim slechts een verzoek of bewering worden verstaan waar nog in onderling overleg tot een oplossing gekomen kan worden.<sup>18</sup>

Art. 20.1 bepaalt wanneer sprake is van een claim en of deze claim volgens de procedure uit art. 20.2 dient te worden afgehandeld. Wanneer het een claim betreft over extra betaling, verlaging van de contractprijs, verlenging van de DNP<sup>19</sup> of de EOT<sup>20</sup>, zullen de procedurele regels uit art. 20.2 gevolgd dienen te worden. In alle andere gevallen, zoals omschreven in sub c van art. 20.1, zal de claimende partij via de procedure van art. 3.7 de Engineer daarvan in kennis stellen en via die weg de claim laten behandelen (*'Agreement or Determination'*).

In art. 20.2 wordt de procedure voor *'Claims for Payment and/or EOT'* uitgewerkt. Het vereiste dat de claimende partij binnen 28 dagen een *'Notice of Claim'* bij de Engineer moet indienen is gelijk ge-

<sup>17</sup> <[http://fidic.org/sites/default/files/press%20release\\_rain-bow%20suite\\_2018\\_03.pdf](http://fidic.org/sites/default/files/press%20release_rain-bow%20suite_2018_03.pdf)>.

<sup>18</sup> Zie daarvoor de definitie van de term 'claim' in art. 1.1.6 Red Book, art. 1.1.5 Yellow Book en art. 1.1.3 Silver Book (2017 edities).

<sup>19</sup> De 'Defects Notification Period' of 'DNP' wordt in art. 1.1.27 van de FIDIC Yellow Book 2017 als volgt gedefinieerd: '(...) the period for notifying defects and/or damage in the Works or a Section or a Part (as the case may be) under Sub-Clause 11.1 [Completion of Outstanding Work and Remedying Defects], as stated in the Contract Data (if not stated, one year), and as may be extended under Sub-Clause 11.3 [Extension of Defects Notification Period]. This period is calculated from the Date of Completion of the Works or Section or Part'. Zie ook art. 1.1.24 van de FIDIC Silver Book en art. 1.1.27 van de FIDIC Red Book.

<sup>20</sup> 'Extension of Time' of 'EOT' is de verlenging van de 'Time for Completion' op grond van art. 8.5 [Extension of Time for Completion].

bleven aan de 1999 edities van de Red, Yellow en Silver Book, maar nieuw is dat de Engineer binnen 14 dagen een eerste reactie dient te geven ('*Engineer's initial response*'). Als de Engineer niet binnen 14 dagen reageert, mag er van uit worden gegaan dat de '*Notice of Claim*' geldig is. Daartegen kan door de wederpartij bezwaar worden gemaakt. Wanneer de claimende partij het niet eens is met de eerste reactie van de Engineer, dan zal de claimende partij bij indiening van de volledig gespecificeerde claim daar een toelichting op kunnen geven.

Een '*Notice of Claim*' vervalt overigens als niet binnen de in art. 20.2.4 gestelde termijn een volledig gespecificeerde claim, die wordt voorzien van een wettelijke of contractuele basis, bij de Engineer wordt ingediend. Als de kennisgeving van de claim komt te vervallen, dan doet de Engineer binnen 14 dagen na de gestelde termijn hiervan mededeling aan de claimende partij. Wanneer de Engineer nalaat deze kennisgeving te doen zal de '*Notice of Claim*' zijn geldigheid behouden. Bezwaar tegen deze beslissingen omtrent de '*Notice of Claim*' wordt eveneens pas behandeld bij de behandeling van de volledig gespecificeerde claim.

In het nieuwe art. 20.2.4 is in detail uitgewerkt welke informatie in een '*Fully detailed Claim*' dient te worden vermeld. De termijn voor het indienen daarvan is in beginsel 84 dagen nadat de claimende partij bekend is geworden of bekend had moeten worden met de omstandigheid die tot de claim heeft geleid. Van deze termijn kan in overleg met de partijen worden afgeweken. Als de volledig gespecificeerde claim is ontvangen zal de Engineer via de procedure zoals uiteengezet in artikel 3.7, zoals hiervoor besproken, akkoord gaan met de claim of deze afwijzen. Bij deze beoordeling zal ook de geldigheid van de '*Notice of Claim*' worden meegenomen. Daarbij kunnen bepaalde omstandigheden die in de opsomming van art. 20.2.5 worden omschreven worden meegewogen. Die omstandigheden zijn niet bindend of als uitputtende omstandigheden bedoeld.

Verder mag de Engineer, net zoals onder het oude artikel, bescheiden opvragen ter ondersteuning van de claim. De bepaling omtrent claims met een doorlopend effect (dit zijn de zogeheten '*Claims of continuing effect*') is nagenoeg gelijk gebleven en wordt gevolgd door een bepaling over algemene vereisten die ook vrijwel overeenkomt met de oude bepaling uit art. 20.1 FIDIC Red, Yellow en Silver Books.

Al dus bevat het nieuwe art. 20 '*Employer's and Contractor's Claims*' een uitgewerkte en gedetailleerde procedure. Door deze procedurele stappen zal in de praktijk vroegtijdig de conclusie kunnen worden getrokken of een claim terecht is ingediend.

Dit proces is evenwel tijdrovend en administratief belastend.

## 6. DAAB (FIDIC Red, Yellow en Silver Book)

Waar voorheen geschillen eerst aan de DAB ('*Dispute Adjudication Board*') moesten worden voorgelegd wordt in de 2017 voorwaarden gesproken van de DAAB: '*Dispute Avoidance/Adjudication Board*', zie artikel 1.1.22 van de Red Book en Yellow Book en art. 1.1.19 van de Silver Book. Zoals uit de naam blijkt zal de DAAB niet alleen geschillen beslechten maar ook trachten (escalatie van) geschillen te vermijden. In lijn daarmee wordt de DAAB niet pas opgericht nadat een geschil is gerezen maar al snel na het aangaan van de overeenkomst, zie artikel 21.1. Er is dus sprake van een '*standing DAAB*'. De DAAB zal daardoor ook een adviserende rol kunnen vervullen en in het belang daarvan informele meetings organiseren.<sup>21</sup>

Als een geschil rijst kan iedere partij het geschil doorverwijzen naar de DAAB die een beslissing zal nemen, waarbij partijen zo snel mogelijk alle informatie aan de DAAB ter beschikking dienen te stellen alsook bijv. toegang tot de bouwgrond dienen te verschaffen. Als het project nog niet ten einde is gekomen, betekent het adriëren van de DAAB niet dat partijen hun verplichtingen op grond van de overeenkomst mogen opschorten. Integendeel, art. 21.4.2 bepaalt expliciet dat partijen hun verplichtingen op grond van het contract moeten blijven naleven. De verwijzing van een geschil naar de DAAB zal wel een lopende verjaringsstermijn onderbreken, tenzij dit wettelijk niet is toegestaan (art. 21.4.1. slot).

De DAAB heeft de verplichting om binnen 84 dagen nadat het geschil is voorgelegd, een beslissing te nemen. Van deze termijn kunnen partijen in onderling overleg afwijken. De uitspraak van de DAAB is bindend en dient direct ten uitvoer te worden gelegd zelfs indien een partij een NOD stuurt.<sup>22</sup> Als de uitspraak een verplichting bevat tot het doen van een betaling, dan is die verplichting direct uitvoerbaar en behoeft een partij niet eerst een certificaat of een kennisgeving ('*Notice*') te verkrijgen (art. 21.4.3).

Als een van de partijen het niet eens is met de beslissing van de DAAB dan kan die partij een kennisgeving ('*NOD*') daarvan aan de andere partij doen, met een kopie aan de DAAB. Deze NOD dient 28 dagen na de beslissing van de DAAB te

<sup>21</sup> Zie in dat kader ook de '*General conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*' en de '*DAAB Procedural Rules*' die als annexen bij de nieuwe FIDIC voorwaarden zijn opgenomen.

<sup>22</sup> Zie in dit kader de discussie omtrent dit onderwerp in het vonnis van Gerecht in eerste aanleg van Curaçao d.d. 7 mei 2018, ECLI:NL:OEGAC:2018:79.

worden ingediend. Het is niet toegestaan om een arbitrage te starten voordat een geldige NOD is ingediend. Een NOD kan ook zien op delen van de DAAB beslissing, zodat de rest van de beslissing intact kan blijven. Als een NOD geheel uitblijft dan zal de beslissing van de DAAB finaal en bindend zijn na het verstrijken van de 28 dagen termijn.

Ook in het nieuwe art. 21 wordt alvorens tot arbitrage kan worden overgegaan aangestuurd op een minnelijke regeling (*'Amicable Settlement'*, zie artikel 21.5). Binnen een termijn van minstens 28 dagen dient hiertoe een poging te worden gewaagd. Mocht na die 28 dagen geen schikking worden bereikt, dan ligt de weg naar arbitrage open. Deze termijn was voorheen twee keer zo lang. Met het verkorten van de termijn is beoogd om een versnelling van het proces te bewerkstelligen.

## 7. Conclusie

De 2017 edities van de FIDIC Rainbow Suite brengen de nodige veranderingen met zich. Het doel van de actualisering van de Red, Yellow en Silver Book is om de voorwaarden duidelijker te maken, om de transparantie en rechtszekerheid te vergroten, maar ook om de *best practice* sinds 1999 vast te leggen.

De herziening heeft geresulteerd in een meer prescriptief en procedureel contractmodel, waar de uitgebreid beschreven claimprocedure een voor-

beeld van is. Door de vele stappenplannen is helderder geworden welke partij wat en wanneer moet doen. De introductie van een standing DAAB is bovendien een voorbeeld van hoe meer nadruk is komen te liggen op het voorkomen van geschillen. Dit laatste heeft wel gevolgen voor de kosten. Een project wordt daarmee gedurende de realisatiefase wellicht duurder maar door het aanreiken van middelen waarmee de risico's beter beheerst kunnen worden kan dit lonend zijn.

Mogelijke nadelen van de nieuwe FIDIC voorwaarden zijn de toename van het aantal termijnen en de complexiteit van de (gedetailleerde) bepalingen, waardoor eerder de noodzaak voor Opdrachtgevers en Aannemers ontstaat om specialistisch advies in te winnen. De administratieve lasten worden bovendien vergroot, vooral voor de Engineer. Goed projectmanagement is daarom meer dan ooit onmisbaar om op een professioneel wijze uitvoering te kunnen geven aan deze FIDIC contractvormen.

De vraag is of de nieuwe FIDIC Rainbow Suite niet té complex is geworden voor Opdrachtgever en Aannemers die niet dagelijks met dit soort contracten werken. De vraag stellen is hem in dit geval beantwoorden. Mogelijk heeft FIDIC met de introductie van deze geactualiseerde voorwaarden de behoefte onder haar gebruikers gecreëerd om - de eerstkomende jaren - terug te grijpen naar de 1999 edities of te hopen dat binnenkort een 'light' versie van deze voorwaarden verschijnt. ●