

Tien Valkuilen en Opportuniteiten in Complexe Aannemingsprojecten

Werner Eyskens¹
Advocaat-Vennoot
Crowell & Moring LLP

Inleiding

Deze bijdrage heeft als opzet om, aan de hand van praktische voorbeelden, aandachtspunten aan te wijzen waar projectteams in grotere, dikwijls internationale, aanneming projecten mee te maken krijgen. De bescheiden bedoeling is niet om een exhaustieve analyse aan te reiken, die erg veel detail zou vergen, maar om de ambitie te beperken tot 10 voorbeelden van situaties en risico's waaraan specifieke contractclausules tegemoet kunnen komen.

De contractuele documentatie van dergelijke complexe projecten is meestal uitvoerig en in het Engels opgesteld, hoewel een aantal Franstalige landen, inbegrepen West Afrikaanse landen, erop aandringen dat Frans gebruikt wordt (soms om redenen van lokaal dwingend recht wanneer overheden de opdrachtgever zijn).

Het komt veel voor dat gekozen wordt om dergelijke contracten, dikwijls gebaseerd op FIDIC-modellen, door Engels recht te laten regelen. De meeste van deze contracten bevatten ook een arbitrage clause, meestal onder de regels van de ICC (Internationale Kamer van Koophandel, in Parijs) of voor Aziatische projecten de SIAC-regels (Singapore International Arbitration Center). Voor meer Belgisch georiënteerde projecten wordt het CEPANI-arbitrage instituut dikwijls aangewezen.

I. Kernbepalingen

Voor complexe projecten bevat de aanneming overeenkomst dikwijls o.a. de volgende kernbepalingen:

- De werken worden opgesplitst in fases, en bij de afwerking van elke fase ("Milestone") wordt een schijf van de aanneming prijs verschuldigd. Het bereiken van een Milestone moet meestal bevestigd worden door een onafhankelijke partij (de "Engineer"). In de praktijk zijn er nogal wat gradaties in die onafhankelijkheid. Onnodig te verduidelijken dat deze persoon een belangrijke beslissingsmacht zal hebben en een grote invloed kan hebben op de vooruitgang van de werken.
- De oplevering is een essentieel onderdeel van de uitvoering, ook omdat typisch op dat ogenblik ofwel de eigendom overgaat naar de bouwheer, ofwel de bouwheer terug controle verwerft over de werken en daardoor de correcte uitvoering van de belangrijkste werken kan bevestigen. Het kan zijn dat er op dat ogenblik nog beperkte werkzaamheden overblijven, die de inbedrijfstelling niet meer verhinderen (de zogenaamde "punch list items"). Het kwalitatief nazicht om tot oplevering te kunnen

¹ De meningen en standpunten van de auteur zijn niet noodzakelijkerwijze diegene van partijen die hij vertegenwoordigt of vertegenwoordigd heeft, noch die van Crowell & Moring LLP.

overgaan, wordt meestal toevertrouwd aan de Engineer maar vertegenwoordigers van de aannemer en de opdrachtgever zijn daar ook nauw bij betrokken.

- De start van de werken wordt normaal bepaald door de opdrachtgever, die daartoe een “Notice to Proceed” uitvaardigt. Deze gaat vaak gepaard met de verplichting om een voorschot te betalen aan de aannemer om de nodige liquide middelen te verstrekken voor de opstart van de Werken. Van de aannemer wordt normaal verwacht dat hij voor dit voorschot een bankgarantie stelt zodat de opdrachtgever het voorschot kan terugvorderen indien de aannemer nalaat de Werken op te starten en/of correct uit te voeren.
- Complexe projecten worden gepland en opgevolgd aan de hand van een planning bestand dat het kritisch pad weergeeft. Dergelijke planning laat toe om een overzicht te behouden over de datum van oplevering, om de werken bij te sturen wanneer de vooruitgang in het gedrang komt en om, in geval van vertraging, de oorzaken, kost en verantwoordelijkheid van de vertraging te achterhalen (zie ook hierna).
- Vertraging wordt meestal gesanctioneerd door een schadebeding (“Liquidated Damages”) dat een vaste som vergoeding per tijdseenheid bepaalt die soms berekend wordt als een fractie van de aanneming prijs. Meestal wordt ook een plafond (“cap”) voor de totale schadevergoeding vastgelegd als een percentage van de aanneming prijs, en wordt afgesproken dat dit de enige schadevergoeding is waarop aanspraak gemaakt kan worden. Klassieke uitzonderingen op deze aansprakelijkheidsbeperking zijn bedrog of kwade trouw, en soms bewuste contractschending (“*wilful breach of contract*”).
- Een aantal situaties, zoals insolventie, weigering tot het uitvoeren van werken of het nalaten van verschuldigde betalingen te verrichten, worden dikwijls aangemerkt als aanleiding voor de toepassing een uitdrukkelijk ontbindend beding (“Event of Default”), al dan niet na een ingebrekestelling en een gelegenheid om de schending recht te zetten. Sommige contracten bepalen dat bij een ontbinding ten laste van de aannemer, de bouwheer het project mag overnemen en verder afwerken, dan wel kan kiezen om het project te verlaten en van de aannemer alle reeds betaalde schijven van de aanneming prijs kan terugvorderen.

II. Definitie Werken

Hoewel dit voor de nauw betrokken leden van het projectteam een evidentie lijkt, is het van groot belang om het voorwerp van de uitvoeringsverplichting van de aannemer zorgvuldig en uitdrukkelijk te omschrijven. Meestal is dit voorwerp niet enkel de installatie of de machine die de aannemer dient te ontwerpen, bouwen en afleveren, maar zijn er verscheidene bijkomende aspecten aan deze hoofdverplichting die van belang zijn voor de opdrachtgever. Deze omvatten, al naar gelang de specifieke aanneming opdracht:

- De documentatie en handboeken om de installatie/machine te kunnen uitbaten, onderhouden en herstellen, tegenwoordig in digitaal formaat en met een engagement om deze te updaten wanneer daartoe aanleiding is;
- Reserveonderdelen en wisselstukken om een bepaalde periode van operaties te kunnen overbruggen;

- De gebruiksklare toestand van de installatie of machine, zeker indien er geen specifieke inbedrijfstelling procedure bepaald is;
- De afspraak welke partij verantwoordelijk is voor het bekomen van vergunningen, licenties, erkenningen, goedkeuringen etc. Voor complexe installaties of machines kan dit een belangrijke en moeilijke opdracht zijn, en het is belangrijk goed te bepalen niet enkel wie ervoor verantwoordelijk is maar ook dat deze vergunningen, licenties, erkenningen, goedkeuringen enz. allemaal effectief aan de opdrachtgever worden overgedragen met de nodige uitleg voor mogelijks vereiste hernieuwingen, verlengingen en aanpassingen;
- De locatie van de installatie/machine bij oplevering, indien het om een roerend goed gaat zoals een schip of andere uitrusting met een relatief belangrijke verplaatsingskost. Verdere aandachtspunten kunnen zijn de aanduiding van de verantwoordelijkheid voor de invoer formaliteiten en -rechten van een dergelijk roerend goed, en voor de inschrijvingsprocedure indien van toepassing. Dezelfde opmerking geldt voor de eventuele vergunningen of erkenningen die de installatie/machine zou vergen; en
- Bij bouwwerken op de site van de opdrachtgever, de verplichting voor opruiming door de aannemer zodat de opdrachtgever zijn site terug gebruiksklaar kan treffen voor zijn eigen activiteiten.

III. Bankgaranties

Bij internationale aannemingsopdrachten komen dikwijls opdrachtgevers in contact met aannemers met wie zij geen voorafgaande ervaring hebben en die in een (ver) buitenland hun zetel hebben. Deze situatie vergroot het (ingeschat) kredietrisico dat de partijen op elkaar moeten nemen. Dit risico wordt meestal opgevangen door bankgaranties, die typisch onafhankelijk of abstract en op eerste verzoek zijn, wat betekent dat het de bank is die aan de beneficiaris een eigen betalingsverplichting opneemt in geval een bepaalde voorwaarde voldaan is (bijv. de verklaring door de opdrachtgever dat de werken niet correct zijn uitgevoerd, of de bevestiging door de aangestelde Ingenieur dat een bepaalde *milestone* bereikt is samen met de bevestiging door de aannemer dat de opdrachtgever de verschuldigde betaling niet verricht heeft). Na afroep van de garantie, zal de garanderende bank die uitbetaald heeft, terugbetaling vragen van de partij die opdracht gaf de bankgarantie te stellen. Concreet worden dikwijls de volgende betalingsrisico's afgedekt door dergelijke bankgaranties:

- Het risico voor de aannemer om bij het bereiken van milestones of aanvaarde bijkomende werken, betaald te worden door de opdrachtgever;
- Het risico voor de opdrachtgever om betalingen te kunnen vorderen van de aannemer, bijv. in geval van gebrek aan kwaliteit of oplevering datum (de zogn. *performance guarantee*), of nog in geval van een vordering van terugbetaling van voorschotten bij ontbinding van het contract ten laste van de aannemer wegens wanprestatie (de zogn. *refund guarantee*).

Het is bedoeld moeilijk om de uitbetaling van een onafhankelijke bankgarantie tegen te houden. Wanneer de partij die een bankgarantie deed stellen, toch wil trachten de

uitbetaling af te wenden gebeurt dit meestal door dagvaarding van de bank in een kortgedingprocedure waarbij als voorlopige maatregel een verbod tot uitbetaling tegen de bank gevorderd wordt. De meeste commerciële banken weigeren een afroep naast zich neer te leggen tenzij ofwel de afroepformaliteiten niet voldaan zijn, ofwel zij door een rechtbank verboden worden om uitbetaling te verrichten.

IV. Invloed door derden

Het is niet zo dat de aannemer het enige obstakel kan zijn om oplevering te bekomen éénmaal alle aannemingswerken verricht zijn. Er kunnen derden zijn die de oplevering/afgifte van de installatie/machine verhinderen, dikwijls om redenen die strikt genomen vreemd zijn aan de uitvoering van de verplichtingen van de opdrachtgever:

- Wanneer een aannemingsbedrijf in financiële moeilijkheden verkeert en wanneer de aannemingswerken in kwestie een roerende machine of installatie betreft die de site van de aannemer moet verlaten om aan de opdrachtgever geleverd te worden, gebeurt het soms dat vakbonden van de werknemers van de aannemer de machine/installatie doen blokkeren. Dit heeft meestal tot doel om te vermijden dat de eigendom over een waardevol actief dat op dat ogenblik mogelijks nog toebehoort aan de aannemer, het patrimonium van de aannemer (en het onderpand van de werknemers aanspraken in geval van faillissement) kan verlaten;
- De overheid, die dikwijls over verregaande bevoegdheden beschikt om de afgifte van werken of de verplaatsing van goederen te verhinderen, of andere schuldeisers kan ook tussenkomen, bijv. in geval van aanspraken op de aannemer of vermeende andere betalingen die de opdrachtgever verschuldigd zou zijn.

V. Risico weigering afgifte – aansprakelijkheidsbepalingen

Vele complexe aannemingsopdrachten gaan gepaard met vertraging. Dit heeft deels te maken met de moeilijkheid om zeer uitgebreide en inherent van elkaar afhankelijke individuele complexe bouwwerken op voorhand helemaal correct in te schatten, en deels met het belangrijk risico dat de afgesproken totale omvang van de bouwwerken, onderschat blijkt.

Dikwijls is het op het ogenblik van de oplevering dat de discussies over de gevolgen van vertraging culmineren. Dit is enerzijds omdat vertraging meestal gesanctioneerd wordt door een schadebeding (de genoemde *Liquidated Damages*) die de opdrachtgever zal trachten te compenseren met de laatste schijf van de prijs die hij bij oplevering verschuldigd wordt. Anderzijds meent de aannemer dikwijls dat na oplevering en afgifte van de machine/installatie, hij veel onderhandelingsmacht verliest om de opdrachtgever te doen aanvaarden om geen of minder vergoeding te vorderen voor vertraging. Een aantal contractuele technieken kunnen deze situatie vermijden of minder uitzichtloos maken:

- Het is mogelijk uitdrukkelijk te bepalen dat de opdrachtgever een recht van compensatie heeft voor de *Liquidated Damages*, of net het omgekeerde, nl. dat de opdrachtgever juist geen schuldvergelijking mag doorvoeren;

- Er kan bepaald worden dat de aannemer uitdrukkelijk afstand doet van zijn retentie recht en zich ertoe verbindt om niet de afgifte te weigeren in geval van contractuele discussies met de opdrachtgever;
- Een bron van onenigheid zijn dikwijls de gevolgen van de initiële studie/engineering die de opdrachtgever verricht heeft en waarop de aannemers zich baseren om een bieding in te dienen en die vervolgens de basis voor prijs en planning afspraken uitmaken. Aannemers kunnen menen dat de vertragingsoorzaken terug te brengen zijn tot onnauwkeurigheden in deze initiële studies. Deze discussies kunnen vermeden worden door een uitdrukkelijke aanvaarding door de aannemer van de initiële studie/engineering van de opdrachtgever en de bevestiging door de aannemer dat hij alle data en conclusies in deze initiële studies geverifieerd heeft en de zijne maakt.
- Een van de sterkste rechten is het eigendomsrecht. Indien de aannemer slechts werken uitvoert op een installatie van de opdrachtgever of indien de contractuele documentatie een eigendomsoverdracht aan de opdrachtgever organiseert vóór het ogenblik van oplevering, zal het voor de aannemer moeilijker zijn om de inbezitname door de opdrachtgever te verhinderen, zelfs in geval van discussies over vergoedingen voor vertraging, kwaliteit etc.
- Indien discussies over vergoedingen de afgifte verhinderen en de gevolgen van deze situatie buiten elke proportie staan met de gevorderde bedragen, bestaat de mogelijkheid om in versnelde procedures afgifte te verkrijgen. Dit kan bijv. voor een kortgedingrechter of een urgentie arbiter, dikwijls in combinatie met de stelling van een zekerheid ter dekking van de aanspraken.

VI. **Serieel defect**

Het gebeurt dat na oplevering een defect wordt vastgesteld dat, op zichzelf beschouwd, een relatief onbelangrijk gebrek uitmaakt dat redelijk makkelijk verholpen kan worden, maar waarvan ontdekt wordt dat het duidt op een inherent of structureel probleem dat zich verder zal veruitwendigen in de vorm van latere, herhaalde defecten die zich over een lange periode kunnen uitstrekken. Dit zijn seriële gebreken.

Vanuit het standpunt van de opdrachtgever stelt een serieel gebrek een risico van een mogelijk significante kost (zeker indien de uitbating van de machine/installatie daardoor wordt lamgelegd) waarvan het belangrijk is om de vaststelling binnen de garantieperiode te doen vallen. Dit vergt dat wordt aangetoond, wat dikwijls pas beseft wordt na het tweede of derde incident, dat het in werkelijkheid om een serieel defect gaat waarvan het eerste incident zich heeft voorgedaan binnen de garantieperiode.

Het bewijs dat het een serieel defect betreft eerder dan een alleenstaand gebrek, is meestal van dergelijke gedetailleerde technisch aard dat een deskundige daartoe best geplaatst is. Arbitrage biedt dikwijls een beter platform voor het aanreiken van partij expertise bewijs dan een gewone gerechtelijke procedure.

Het risico van toekomstig exploitatieverlies door een serieel gebrek kan de opdrachtgever bijkomend indekken door een aangepaste verzekeringspolis te onderhandelen.

VII. Onzichtbare schade

Veel van de gebreken die vastgesteld worden na oplevering, waren niet zichtbaar ten tijde van de oplevering. Onzichtbare gebreken die zich soms lange tijd na de oplevering veruitwendigen, zullen vergen dat de opdrachtgever aantoont dat het gebrek reeds (“in de kiem”) bestond ten tijde van de oplevering. Het is dikwijls (één van de leveranciers of onderaannemers van) de aannemer die over het bewijsmateriaal beschikt dat dit kan aantonen. Het komt er dus op neer voor de opdrachtgever om de hand te kunnen op dit bewijsmateriaal. De opdrachtgever kan hiertoe vragen om voorlegging door de aannemer van de relevante bewijselementen. Opnieuw biedt arbitrage hiervoor meer mogelijkheden dan gerechtelijke procedures voor staatsrechtbanken.

Het is te noteren dat, onder de FIDIC-modelovereenkomsten, het niet is omdat er een bewijs van goede uitvoering (“*performance certificate*”) is afgeleverd ten tijde van de oplevering, dat het onmogelijk wordt voor de opdrachtgever om te vorderen wegens verborgen gebreken. FIDIC-contracten laten nl. toe om vorderingen in te stellen ondanks een *performance certificate* als aangetoond kan worden dat de aannemer ten tijde van de oplevering niet al zijn verplichtingen had uitgevoerd.

VIII. Onder- en nevenaanneming en/of -leveranciers

Complexe aannemingsopdrachten gaan meestal gepaard met meerdere onderaannemers en leveranciers, waarvan de coördinatie en de correctie uitvoering de verantwoordelijkheid is van de hoofdaannemer. Bovendien is het soms zo dat, bijvoorbeeld in het kader van voorafgaande voorbereidende studies en engineering door de opdrachtgever, deze laatste voor specifieke essentiële onderdelen op dat ogenblik reeds contact neemt met geselecteerde leveranciers of onderaannemers. Soms onderhandelt de opdrachtgever op dat ogenblik reeds commerciële condities omdat deze mede bepalend kunnen zijn voor de totale aannemingskost waarop de kandidaat-aannemers moeten bieden. Aan de (hoofd)aannemer legt de opdrachtgever dan na diens aanstelling op om voor deze specifieke onderdelen van de uit te voeren werken, enkel deze pre-geselecteerde leveranciers of aannemers (“*prequalified suppliers/subcontractors*”) aan te stellen.

In geval van incidenten in de uitvoering van de werken die terug te brengen zijn tot deze leveranciers en onderaannemers, wordt de opdrachtgever dikwijls geconfronteerd met het argument dat hij diegene was die heeft aangedrongen op het gebruik van deze leveranciers/onderaannemers en dat de opdrachtgever dus (minstens deels) verantwoordelijk is voor de gevolgen van de gebrekkige uitvoering.

Procedureel vertaalt zich dit meestal in een meer-partijen geschil, waarbij drie of meer partijen betrokken zijn in de discussie. Indien de bedoeling bestaat om dit soort meer-partijen geschil in een geconsolideerde arbitrage te kunnen beslechten (bijv. omdat de hoofdaannemer zich ervan wil verzekeren om zich te kunnen keren tegen zijn leverancier of onderaannemer indien zijn aansprakelijkheid zou worden vastgesteld voor het betrokken onderdeel van de werken), dienen de nodige “*back to back*” arbitrageclausules te worden opgenomen om de consolidatie van de procedures mogelijk te maken. Anderzijds kan de opdrachtgever net willen vermijden om mee betrokken te worden in discussies tussen de hoofd- en onderaannemers, en kan het in zijn belang zijn om arbitrageclausules te doen aanvaarden die net niet compatibel zijn.

IX. Vertraging – bewijs aansprakelijkheid voor aansprakelijkheidsvorderingen

Vertraging is één van de belangrijkste bronnen van vorderingen voor gebrekkige uitvoering van complexe aannemingswerken. De mogelijkheid om het bewijs te kunnen bieden van de oorzaak van de vertraging (d.w.z. de fout) en de financiële omvang van de gevolgen van die vertraging (d.w.z. de schade), inbegrepen de kost van efficiëntie verlies (d.w.z. de zogenaamde “ontwrichting”, bijv. omdat de geplande volgorde van de werkzaamheden moet worden aangepast of omdat op korte termijn extra werkkrachten moeten worden ingeschakeld) gebeurt dikwijls aan de hand van kritisch pad planning bestanden. Deze databestanden die doorheen de uitvoering van de werkzaamheden worden opgesteld en geactualiseerd, laten een gedetailleerd forensisch onderzoek (door gespecialiseerde consultants) toe, dat deze verantwoordelijkheden, oorzakelijke verbanden en schade omvang kan helpen bepalen. Essentieel is voor de opdrachtgever om te kunnen beschikken over de bronbestanden, en niet enkel over de afdruk of PDF-versies van de bestanden.

Opnieuw zal het daarbij belangrijk zijn om de aannemer ertoe te kunnen bewegen deze te delen met de opdrachtgever. Zoals gezegd biedt arbitrage hiertoe meestal betere mogelijkheden dan de gerechtelijke procedures voor staatsrechtbanken.

X. Exploitatie schade en procedurele middelen ter beperking

Vertraging in oplevering vertaalt zich voor de opdrachtgever meestal in een vertraging in de start van de exploitatie van de bestelde machine/installatie, met een soms verregaand verlies aan inkomsten. Deze exploitatieverliezen zijn echter typisch uitgesloten in aannemingsovereenkomsten, die meestal de aansprakelijkheid van de aannemer financieel plafonneren tot een fractie van de aannemingsprijs (zie hiervoor). Daarnaast worden verliezen aan exploitatie dikwijls ook uit hun aard uitgesloten (dus los van hun waarde).

Zeker indien de aannemer tot het besef komt dat de opgelopen vertraging betekent dat het maximale bedrag aan *Liquidated Damages* vergoedingen verschuldigd zal zijn, kan hij menen dat verdere vertraging geen verdere, ergere financiële gevolgen meer kan hebben voor hem. In die situatie ontbreekt het de aannemer soms aan financiële aanmoediging om nog zo snel mogelijk op te leveren. In tegendeel kunnen sommige aannemers menen dat in een dergelijke situatie, zij door te weigeren op te leveren, voor de opdrachtgever (soms zeer belangrijke) exploitatie schade kunnen uitlokken die moeilijk op hen verhaald kan worden; aldus kunnen deze aannemers menen zich een onderhandelingspositie te creëren om de opdrachtgevers aan te zetten om af te zien van (een deel van) de opgelopen *Liquidated Damages* vergoedingen.

Deze patstelling kan doorbroken worden d.m.v. een vordering door de opdrachtgever tot onmiddellijke vrijgave lastens de aannemer, in de vorm van kortgedingprocedures voor de staatsrechtbanken of van spoed arbitrage zoals de meeste arbitrage reglementen tegenwoordig organiseren. Deze vorderingen zullen makkelijker zijn indien de opdrachtgever aanspraak kan maken op een eigendomsrecht over de relevante machine/installatie. De looptijd voor dergelijke kortgedingprocedures kan echter sterk variëren van land tot land; en de doorlooptijd van urgentie arbitrage hangt af van de aangewezen instelling. Dit is dus dit is een eventualiteit om in het achterhoofd te houden ten tijde van de contractsluiting.

Besluit

Complexe aannemingsopdrachten zijn gedocumenteerd in gedetailleerde overeenkomsten waarvan het dikwijls moeilijk is om op voorhand specifieke bepalingen een groter belang toe te dichten dan andere, omdat alles afhangt van de concrete problemen die zich tijdens de uitvoering zullen voordoen en van de vraag of het risico vanuit het standpunt van de opdrachtgever of de aannemer wordt bekeken. De tien voorbeelden hiervoor, beschrijven risico's en beschikbare contractuele hulpmiddelen, maar zijn slechts een selectie van problemen waarmee aannemers en opdrachtgevers mee geconfronteerd kunnen worden. Hopelijk kunnen zij evenwel het nut illustreren om voor elke complexe aannemingsopdracht op voorhand na te denken over realistische risico scenario's, over te verwachten uitvoeringsproblemen en over de meest waarschijnlijke aansprakelijkheid discussies. Vooraf deze denkoefening doorlopen kan inspiratie geven voor uiterst waardevolle contract onderhandelingen die toelaten deze risico's beter contractueel, en soms erg tactisch, te beheersen.

Werner Eyskens*

Partner

Avocat - Advocaat

Crowell & Moring LLP

weyskens@crowell.com

+32.2.214.2870 direct | +32 497514750 mobile