

THE FIDIC SUITE OF CONTRACTS: SELECTED ISSUES

PETRA NOVOTNÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Príspevek se zabývá vybranými otázkami souvisejícími s používáním smluvních podmínek FIDIC v mezinárodním obchodě. Zejména se zaměřuje na nejspornější body tzv. Stříbrné knihy upravující investiční dodávky na klíč ve srovnání s ostatními "smluvními typy" FIDIC. Kritika ze strany odborné veřejnosti namířená proti přenesení rizik na dodavatele v kontextu mezinárodních investičních dodávek je hlavním předmětem rozboru za účelem zhodnocení použitelnosti Stříbrné knihy obecně.

Key words in original language

FIDIC; Stříbrná kniha; Červená kniha; Žlutá kniha; Oranžová kniha; projekty na klíč; právo mezinárodního obchodu; soft law.

Abstract

The author focuses on selected issues related to use of FIDIC model contracts in international business transactions. The aim of this article is to present the most controversial point of using the FIDIC Silver Book for EPC/Turnkey Projects in comparison to previous FIDIC books. In particular, the shift of risks to the Contractor is discussed in the context of criticism directed to use of Silver Book by professionals in the area of construction industry and international investments.

Key words

FIDIC; Silver Book; Red Book; Yellow Book; Orange Book; EPC/Turnkey; international business transactions; soft law.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKY

Právo mezinárodního obchodu a mezinárodní obchodní transakce jsou v dnešní době neoddělitelně spjaty se stále rozšířenější regulací prostřednictvím nestátních právních prostředků.¹ Standardizace smluvních podmínek (ať už prostřednictvím obchodních podmínek či formulářových smluv apod.) se stala předmětem činnosti mnohých mezinárodních organizací a dalších subjektů s významným postavením v mezinárodním

¹ K pojmu viz dále Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu. Praha: ASPI, a. s. 2006, s. 220 an.

obchodě. Za jednoho z nejrespektovanějších "tvůrců" těchto nestátních právních prostředků je považována i organizace FIDIC (*Fédération internationale des ingénieurs-conseils*) sídlící v Ženevě.²

Organizace FIDIC za dobu své existence stála za vznikem celé škály kodifikací smluvních podmínek společně s průvodci a vzorovými dokumenty, jejichž cílem bylo primárně usnadnění kontraktace při uzavírání mezinárodních obchodních smluv vážících se k realizaci dodávek stavebních, projektových a investičních celků. V závislosti na velikosti výstavbového projektu, jeho povaze či rozvržení odpovědnosti mezi smluvní strany apod. byly připraveny jednotlivé knihy podmínek. První vydání smluvních podmínek FIDIC lze datovat do roku 1957³, kdy světlo světa spatřila tzv. Červená kniha (*Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* neboli *Red Book* podle barvy obálky) upravující podmínky realizace výstavbových projektů. Červenou knihu postupně doplnily mezi těmi nejznámějšími kniha Žlutá (*Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works - Yellow Book*), Oranžová (*Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey - Orange Book*), Zelená (*The Short Form of Contract - Green Book*), Stříbrná (*Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - Silver Book*) a nejnověji Zlatá (*Conditions of Contract for Design, Build and Operate Project - Gold Book*).⁴ Tyto podmínky se dnes používají např. i v projektech financovaných Světovou bankou, Asijskou a Africkou bankou pro rozvoj, Evropskou bankou pro obnovu a rozvoj či Evropskou investiční bankou.⁵

Předmětem tohoto příspěvku však nebude rozbor povahy smluvních podmínek FIDIC jako nestátního právního prostředku, ale spíše důsledky související s autoritou, již organizace vytvářející tyto kodifikace požívá a s tím spojená rizika vyplývající z používání takových kodifikací při realizaci

² Pro bližší informace o organizaci FIDIC viz <http://www1.fidic.org/federation/> [dostupné k 21. 11. 2010].

³ Více k historii jednotlivých knih viz v Bunni, N.: *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, 3rd ed.

⁴ Více k jednotlivým knihám a jejich aktuálním vydáním či revizím viz na http://www1.fidic.org/bookshop/default_contracts.asp#collection [dostupné k 21. 11. 2010]. V textu budou dále používány anglické názvy, zejména i z toho důvodu, že k smluvním podmínkám FIDIC stále neexistuje oficiální české znění. Veškerá česká terminologie používaná v tomto příspěvku proto vychází z vlastního překladu autorky. Pro účely předejít pochybnostem vzhledem k zažití terminologii v českém právním prostředí a možným odlišnostem, bude za mnohými termíny v příspěvku uvedeno jejich původní znění v angličtině.

⁵ Viz např. *FIDIC works contracts in European Union programmes*. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/FIDIC_EU_contracts_pgb_12sep07.pdf [21. 11. 2010], či Bunni, N.: *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, 3rd ed., s. 112.

mezinárodních obchodních transakcí. Pro ilustraci typického problému vyvstávajícího při používání smluvních podmínek FIDIC si autorka zvolila problém dodávek velkých investičních celků, resp. dodávek na klíč na příkladu úpravy přenesení rizik na dodavatele v *Silver Book* ve srovnání s ostatními knihami podmínek FIDIC. Příspěvek se zaměří zejména na otázku vhodnosti používání *Silver book* pro účely realizace smluv na klíč.

2. CESTA K SILVER BOOK

Vlna liberalizace v ekonomikách Asie a Jižní Ameriky s sebou přinesla i deregulaci a privatizaci energetického sektoru a následný vstup nezávislých producentů energie na tyto nové trhy. Tyto země umožnily soukromým investorům získání koncesí k provozování elektráren, takže rozvoj hospodářství se stal možným za jejich podpory. Velké investiční projekty související s výstavbou zahrnovaly často množství stran a širokou síť smluvních vztahů.⁶ Oblíbeným způsobem realizace mezinárodních dodávek investičních celků se staly smlouvy o dodávce na klíč (*turnkey*).

Podstata dodávky na klíč spočívá v mnohonásobné roli dodavatele, který dodává plány a projekty, technickou dokumentaci, sám zajistí dodávku materiálů a prací, strojů a dalšího zařízení (odtud i anglický pojem *EPC – engineer, procure, construct*, který je používán vedle pojmu *turnkey*). Po dokončení pak dodavatel dílo jako celek odevzdá zadavateli. Klíčovým rizikem pro dodavatele jsou pak samozřejmě rizika týkající se dodržení celkové dohodnuté ceny, dodržení časového harmonogramu dokončení díla a dodržení požadavku na kvalitu díla.⁷

Právě rozvržení odpovědnosti smluvních stran při uzavírání smluv na klíč se stalo diskutovaným problémem v souvislosti s používáním smluvních podmínek FIDIC. Před vydáním *Silver Book*, která byla cíleně určena pro dodávky na klíč, strany používaly upravené stávající podmínky FIDIC (*Orange a Yellow Book*, či dokonce *Red Book*).⁸ Tradiční princip vyváženého sdílení rizik smluvními stranami vzal při úpravách podmínek FIDIC nevhodících se pro dodávky na klíč mnohdy za své.⁹ Odborná

⁶ Le Goff, P.: A New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book. 2000, 2 I. B. L. J. 152-153.

⁷ Podrobněji k pojmu obecně i v kontextu FIDIC viz Huse, J. A.: Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts. London: Sweet & Maxwell, 2002, 973 s., str. 1-40, resp. str. 37-40.

⁸ K úpravám obchodních podmínek mimo rámec FIDIC viz např. Gould, N.: Standard Forms: Standardisation, Bastardisation and the Virtual Contract. 2006. Dostupné z <http://www.fenwickelliott.co.uk/articles/contract-issues/archives> [21. 11. 2010].

⁹ Henchie, N.: The Silver Book: A Wolf in Sheep's Clothing? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001, str. 1. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp [21. 11. 2010].

veřejnost tedy s velkým zájmem očekávala, zda *Silver Book* naplní jejich očekávání a vyřeší tento problém.

3. SILVER BOOK A ROZVRŽENÍ RIZIK

Reakce na *Silver Book* však byly přinejmenším rozporuplné. Ve srovnání s *Yellow* a *Orange Book* došlo k minimu změn, avšak relativně zásadních.¹⁰ Mezi nejdiskutovanější změny patří např. přenesení rizik souvisejících s nepředvídatelnými podmínkami v místě plnění (*unforeseeable ground conditions, site data*) na dodavatele.

Dodavatelé velkých investičních projektů obecně jen velmi neradi podstupují rizika a možné následky související s nepředvídatelnými podmínkami v místě plnění. Nepředvídatelné riziko lze z povahy věci velmi těžko ocenit a možné spory se řadí mezi nejkomplikovanější a nejnákladnější. Přenesení rizik na dodavatele nevyhnutelně vede ke značnému zvýšení ceny díla.¹¹

Podle článku 4.10 *Silver Book* má zadavatel povinnost zpřístupnit pro dodavatele všechna data týkající se podpovrchových a hydrologických podmínek, dodavatel je pak odpovědný za ověření a interpretaci těchto dat vyjma dat v rozsahu, ve kterém je nemohl ověřit:

"4.10 The Employer shall have made available to the Contractor for his information, prior to the Base Date, all relevant data in the Employer's possession on subsurface and hydrological conditions at the Site, including environmental aspects. The Employer shall similarly make available to the Contractor all such data which come into the Employer's possession after the Base Date.

The Contractor shall be responsible for verifying and interpreting all such data. The Employer shall have no responsibility for the accuracy, sufficiency or completeness of such data, except as stated in Sub-Clause 5.1 [General Design Responsibilities]."

Silver book tedy oproti *Red* a *Yellow book* (podle kterých objednatel nese riziko za fyzikální podmínky, které nemohl zkušený dodavatel rozumně předvídat k datu podání nabídky) váže dodavatele nejenom interpretací

¹⁰ Pro podrobné srovnání viz Bunni, N.: *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, 3rd ed., s. 581 an.

¹¹ Henchie, N.: *FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store?* Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369> [21. 11. 2010].

údajů, ale i jejich ověřením. Zadavatel nijak neručí za úplnost a dostatečnost informací, které poskytuje dodavateli. Riziko nepříznivých podmínek nese dodavatel, ledaže údaje nemohly být ověřeny. Ověřitelnost údajů je přitom velmi neurčitým pojmem.¹² Navíc bez opačného ujednání ve smlouvě nemůže být toto riziko odraženo v ceně:

"4.12 Except as otherwise stated in the Contract

(a) the Contractor shall be deemed to have obtained all necessary information as to risks, contingencies and other circumstances which may influence or affect the Works;

(b) by signing the Contract, the Contractor accepts total responsibility for having foreseen all difficulties and costs of successfully completing the Works; and

(c) the Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs".

Vedle návratu k původnímu pojetí rozvržení rizik se dodavatel může chránit pouze tak, že rizika převezme pouze poté, co měl možnost se plně seznámit se stavem v místě plnění. Nabízí se možnost, aby dodavatel provedl vlastní průzkum staveniště během výběrového řízení. Bez záruky, že v řízení uspěje, však k této variantě málokdo přistoupí.¹³

Další možností navrhovanou komentátory je dvoufázové výběrové řízení, kde je dodavatel vybrán v soutěži na základě údajů poskytnutých zadavatelem. Po tomto výběru pak může dojít k úpravě ceny navazující na průzkum vedený vybraným dodavatelem. Zprávy a průzkumy pak slouží k sestavení seznamu předpokládaných podmínek v místě plnění. Strany by si měly ujasnit mechanismy zajištění plateb a prodloužení lhůt pro případ, že se některá informace ukáže nepřesnou. Definování informací, které strany považují za ověřitelné přímo ve smlouvě, resp. vymezení neověřitelných informací, pomůže předejít mnohým problémům. V případě, že se skutečnost liší od předpokládaného údaje a má vliv na cenu a dobu plnění, nese následky zadavatel. V praxi zadavatelé často využívají třetí stranu k provedení průzkumu s tím, že případný regres závisí na splnění podmínek provedení průzkumu a pojištění odpovědnosti. Konečné vyčíslení nákladů

¹² Henchie, N.: FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store? Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369> [21. 11. 2010].

¹³ Id.

po provedení průzkumu však může být v rozporu s tím, co dodavatel původně očekával.¹⁴

4. KDE LEŽÍ SKUTEČNÝ PROBLÉM?

Tento příklad změny zavedené *Silver Book* reprezentuje poměrně jednoznačně, jakým směrem se ubíraly komentáře odborné veřejnosti poté, co se *Silver Book* začala používat. Většina komentátorů se zabývá hledáním řešení a jakýmsi znovunastolením rovnováhy, kterou *Silver Book* údajně narušila. V úvodních poznámkách *Silver Book* FIDIC uvádí, tento typ není vhodné používat v projektech, ve který se dodavatel nemůže dostatečně seznámit s potřebnými údaji a pokud lze očekávat, že podstatná část díla bude realizována pod zemí či v těžko dostupných místech. Velké infrastrukturní projekty se však málokdy obejdou bez práce pod zemí, a proto se jeví toto doporučení jako poněkud paradoxní. Lze totiž tvrdit, že ani dostatek času na průzkum nebude postačovat dodavatelům k tomu, aby rizika převzali.

Z úst komentátorů se ozývá kritika, že rozvržení rizik ve prospěch zadavatele a potažmo investorů, díky jejichž kapitálu se projekt realizuje a kteří sami nejsou stranami smlouvy, odráží spíše jejich obchodní sílu než zájem o co nejúčelnější realizaci projektu.¹⁵ Ve srovnání s *Red* a *Yellow Book* je zadavatel chráněn více v oblasti rizik týkajících se výsledné ceny, kvality a času plnění.¹⁶

Obhájci *Silver Book* naopak tvrdí, že problémem není přenesení většího rizika na dodavatele. Ten se ostatně může vždy rozhodnout po podrobném seznámení se s podmínkami, zda a za jakou cenu jsou pro něj taková rizika přijatelná. Myšlenka, že smlouva na klíč umožňuje zadavateli (a potažmo investorům) jednostranně konstruovat odpovědnost, může vést k závěru, že případné spory nebudou zhoršovány spory v rámci dodavatelského řetězce. Toto však nebude platit u projektu s větším počtem dodavatelů a u projektů, kdy generální dodavatel není zároveň dodavatelem technologie a nebude

¹⁴ Id. a Hosie, J.: Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get? 2007, Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=3996&nid=1562>, str. 6 [21. 11. 2010].

¹⁵ Hosie, J.: Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get? 2007, Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=3996&nid=1562>, str. 4 [21. 11. 2010].

¹⁶ Huse, J. A.: Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts. London: Sweet & Maxwell, 2002, 973 s., str. 37.

proto ochoten převzít plnou záruku za funkčnost díla (typicky u petrochemického průmyslu, kde dochází často k použití technologií na základě licencí poskytnutých třetí stranou).¹⁷

Nebezpečí tedy spočívá spíše ve skutečnosti, že kodifikace FIDIC používají značné autority a dávají mnohým dodavatelům falešný pocit jistoty, že o dalších podmínkách smlouvy není třeba vyjednávat ad hoc.¹⁸ Řádná analýza rizik by však měla napovědět, zda je pro konkrétní projekt spíše vhodnější použití smlouvy na klíč s pevně danou cenou (tj. smlouva navržená dodavatelem jako je *Silver Book*), jiná forma smlouvy na míru (navržená objednatel) či kombinace obojího.¹⁹ Hodnocení přijatelnosti či nepřijatelnosti rizik v obecné rovině poněkud postrádá smysl bez přihlédnutí ke specifikům daného projektu. Obecně by měla rizika nést ta smluvní strana, která je k tomu lépe uzpůsobena jak finančně tak technicky.²⁰ Vysoká cena projektu odrážející ocenění rizik může pro některé projekty automaticky znamenat konec.²¹

5. ZÁVĚREM

Otázkou zůstává, zda *Silver Book* není v podstatě nepřijatelná jako výchozí bod pro vyjednávání pro většinu stavebních a projektových dodavatelů, protože potenciálně povede k dlouhodobým sporům a bude tak odrazovat investory od jejího používání (zejména v situaci, kdy by byla omezována možnost jejich modifikace). V praxi se reakce na *Silver Book* projevila výskytem projektů na klíč, byly dodány na základě upravené *Yellow Book* s

¹⁷ Hosie, J.: Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get? 2007, Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=3996&nid=1562>, str. 1, 3-4 [21. 11. 2010].

¹⁸ Henchie, N.: The Silver Book: A Wolf in Sheep's Clothing? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001, str. 2-3. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp [21. 11. 2010]. Podobně Le Goff, P.: A New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book. 2000, 2 I. B. L. J. 156.

¹⁹ Loots, P.: A Wolf in Sheep's Clothing? Meeting the Needs of the Employer? Or Sorting the Wheat from the Chaff? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001, str. 4. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp, [21. 11. 2010].

²⁰ Id.

²¹ Henchie, N.: FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store? Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369> [21. 11. 2010].

odůvodněním, že *Silver Book* je pro dodavatele nepřijatelná.²² V zásadě tedy došlo k návratu do předchozího stavu. Dalším důvodem určitého neúspěchu *Silver Book* může být celková situace na mezinárodních trzích, jelikož nechuť mezi dodavateli podstupovat rizika vede k tomu, že myšlenka jednostranné odpovědnosti není jednoduše uskutečnitelná. Za zmínku stojí závěrem i varování FIDIC, které se v nedávné době objevilo v nabídce na koupi podmínek na webových stránkách FIDIC a které upozorňuje na vysoká rizika spojená s používáním *Silver Book*.²³ Jen budoucnost ukáže, zda problémy vytykané *Silver Book* povedou k postupnému upuštění od používání tohoto kodexu smluvních podmínek. Používání *Silver Book* jako formulářové smlouvy se však na základě výše uvedeného nadále nejeví příznivě. V kontextu velkých mezinárodních investorů bude zřejmě tlak na používání *Silver Book* větší, nicméně častěji alespoň v jejich modifikované podobě.²⁴

Literature:

- Bunni, N.: *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, 3rd Ed., 833, ISBN 10: 1-4051-2031-2.
- *Conditions of Contract for Construction*, Geneva: FIDIC, 1999, 120, ISBN 2-88432-022-9. (Red Book).
- *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*, Geneva: FIDIC, 1999, 150, ISBN 2-88432-021-0. (Silver Book).
- *FIDIC works contracts in European Union programmes*. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/FIDIC_EU_contracts_pgb_12sep07.pdf.

²² Henchie, N.: *FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store?* Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369> [21. 11. 2010]

²³ Viz http://www1.fidic.org/bookshop/default_contracts.asp : "*EPC/Turnkey Contract: not advised for high unforeseen risk.*" [dostupné k 21. 11. 2010].

²⁴ Viz např. *FIDIC works contracts in European Union programmes*. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/FIDIC_EU_contracts_pgb_12sep07.pdf [21. 11. 2010].

- Gould, N.: Standard Forms: Standardisation, Bastardisation and the Virtual Contract. 2006. Dostupné z <http://www.fenwickelliott.co.uk/articles/contract-issues/archives>.
- Henchie, N.: FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store? Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369>.
- Henchie, N.: FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - The Silver Book Problems in Store? Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=313&nid=369>.
- Henchie, N.: The Silver Book: A Wolf in Sheep`s Clothing? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp.
- Hosie, J.: Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get? 2007, Dostupné z <http://www.mayerbrown.com/london/article.asp?id=3996&nid=1562>.
- Huse, J. A.: Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts. London: Sweet & Maxwell, 2002, 973 s.
- Le Goff, P.: A New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book. 2000, 2 I. B. L. J. 152.
- Loots, P.: A Wolf in Sheep`s Clothing? Meeting the Needs of the Employer? Or Sorting the Wheat from the Chaff? Rowe and Mae Construction & Engineering International Bulletin, Issue 3, 2001. Dostupné z http://www1.fidic.org/resources/contracts/henchie_oct01.asp.
- Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu. Praha: ASPI, a. s. 2006, s. 556.
- Všechny internetové prameny jsou dostupné k 21. 11. 2010.

Contact – email

Petra.Novotna@law.muni.cz