

Notitie

Aan: Nefemed
Van: Melita van der Mersch
Datum: Mei 2022
Betreft: Prijsstijgingen en het wijzigen van overeenkomsten

1. Aanleiding

Nefemed heeft mij verzocht de vraag te beantwoorden of in welke omstandigheden het mogelijk is lopende overeenkomsten met zorgverzekeraars dan wel groothandels en andere afnemers te wijzigen in verband met de recente grote prijsstijgingen van grondstoffen en transport.

Deze notitie bevat een antwoord op deze vraag. De vraag kan slechts in algemene zin beantwoord worden. De specifieke situatie van een leverancier en de inhoud van de gesloten contracten dient beoordeeld te worden voordat daadwerkelijk actie wordt ondernomen.

2. Onderling overleg

In Nederland kennen we het uitgangspunt van contractsvrijheid. Partijen zijn vrij om de overeenkomsten aan te gaan die zij wensen, met wie zij wensen en daaraan ook de inhoud te geven die zij wensen. In de overeenkomst die een leverancier heeft gesloten kunnen afspraken staan over het doorberekenen van prijsstijgingen. Partijen kunnen in hun overeenkomst het risico van prijsstijgingen bij één partij hebben neergelegd. Ook kan een bepaling zijn opgenomen dat de leverancier eenzijdig zijn prijzen kan verhogen. Het is van belang na te gaan of in de gesloten overeenkomsten dergelijke bepalingen zijn opgenomen. Als een prijsstijging op grond van de afspraken in de overeenkomst kan worden doorberekend, kan uiteraard een beroep op die afspraken worden gedaan.

Ook als er geen afspraken zijn gemaakt over het doorberekenen van prijsstijgingen of in de afspraken het risico bij de leverancier is neergelegd, kan desondanks in onderling overleg met de andere contractspartij een nieuwe afspraak worden gemaakt. Met wederzijdse instemming kan een

overeenkomst gewijzigd worden. Ook in de zorgovereenkomsten van zorgverzekeraars is uitdrukkelijk bepaald dat wijzigingen in de overeenkomst kunnen worden aangebracht met wederzijds goedvinden.

Als partijen niet tot overeenstemming kunnen komen over een aanpassing van de (tarieven in de) overeenkomst, komt de vraag aan de orde of er juridische mogelijkheden zijn om een dergelijke aanpassing af te dwingen. In de volgende onderdelen van deze notitie wordt achtereenvolgens ingegaan op een beroep op onvoorziene omstandigheden, overmacht en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook wordt kort stilgestaan bij overeenkomsten die na een aanbesteding zijn gesloten.

3. Onvoorziene omstandigheden

Een leverancier zou met een beroep op artikel 6:258 BW bij de rechter kunnen vorderen de overeenkomst (eventueel met terugwerkende kracht) te wijzigen, dan wel de overeenkomst te ontbinden. Voor een geslaagd beroep op deze bepaling moet er sprake zijn van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. De wijziging of de ontbinding blijft achterwege als de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept, zie artikel 6:248 lid 2 BW.

Bij onvoorziene omstandigheden moet het gaan om omstandigheden die niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd. Partijen moeten in het contract dus geen voorziening hebben getroffen voor plotselinge kostenstijgingen van de leverancier als gevolg van externe omstandigheden. Van belang is bovendien dat de omstandigheden tijdens het sluiten van het contract niet bekend waren bij partijen. Er zal in de meeste gevallen beredeneerd kunnen worden dat aan deze vereisten is voldaan als het gaat om prijsstijgingen die voortkomen uit de huidige oorlogssituatie en daaraan verbonden sancties.

Op de leverancier die stelt dat sprake is van onvoorziene omstandigheden rust een hoge bewijslast. De leverancier zal moeten aantonen dat de (grondstof en overige) prijsstijgingen niet (alleen) voor haar risico behoren te komen. Het concrete (financiële) nadeel dat zij lijdt zal goed moeten worden onderbouwd. Duidelijk moet worden gemaakt dat de andere contractspartij onredelijk handelt door haar aan de oorspronkelijke contractafspraken te houden. Relevant daarbij kan zijn welke maatregelen de leverancier heeft genomen om dit nadeel te beperken en welke pogingen zijn ondernomen om in overleg te treden met de verschillende (eind)afnemers. De rechter toetst een beroep op onvoorziene omstandigheden (zeer) terughoudend.

In rechtszaken over de wijziging van huurovereenkomsten is geoordeeld dat de beperkende maatregelen door de overheid als gevolg van de Corona crisis een onvoorziene omstandigheid zijn in de zin van artikel 6:248 BW. De rechter benadrukt dat er geen vaste maatstaf is om te bepalen op welke wijze de overeenkomst moet worden gewijzigd. De rechter gaat er in deze rechtszaken van uit

dat “de pijn gelijk moet worden verdeeld”. De huurder diende wel aan te tonen dat hij aanzienlijk minder omzet maakte.

4. Overmacht

Als een leverancier vanwege de hoge prijsstijgingen niet meer (tijdig) kan afleveren en daardoor de overeenkomst niet kan nakomen, kan een beroep worden gedaan op overmacht, artikel 6:75 BW.

Een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst kan niet aan de leverancier worden toegerekend, indien deze niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens de wet, rechtshandeling of de verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Een beroep op overmacht heeft alleen kans van slagen indien de leverancier feitelijk wordt belemmerd om de prestatie zelf – bijvoorbeeld de levering van producten – (tijdig) te verrichten. Hiervan is geen sprake als de nakoming praktisch gezien wel mogelijk is, maar voor de leverancier – bijvoorbeeld vanwege het financiële nadeel – bezwaarlijk is geworden. Met een geslaagd beroep op overmacht kan een verwijt van een contractspartij dat de overeenkomst niet wordt nagekomen worden gepareerd. Het is niet mogelijk op grond van deze bepaling overeenkomsten te wijzigen.

Van belang is verder dat partijen onderling het begrip overmacht contractueel kunnen inperken. Als een leverancier een beroep wenst te doen op overmacht is het van belang de bepalingen in de overeenkomst op dit punt na te gaan.

5. Wijzigen overeenkomst na aanbesteding

Het is niet eenvoudig een overeenkomst te wijzigen die is gesloten na een aanbesteding. Een wijziging van de prijs is al snel een wezenlijke wijziging van de overeenkomst. Een wijziging is wezenlijk als zij de gunningsbeslissing zou hebben beïnvloed. Bij een wezenlijke wijziging moet de aanbestedende dienst de opdracht opnieuw aanbesteden, tenzij er sprake is van één van de in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen uitzonderingen.

Eén van deze uitzonderingen is een beroep op onvoorziene omstandigheden. Er moet sprake zijn van omstandigheden waar de leverancier en de aanbestedende dienst in een overeenkomst niet in hebben willen voorzien. Bovendien moeten de omstandigheden extern zijn. De algemene aard van de opdracht mag niet wijzigen. Er mag dus niet een geheel andere opdracht ontstaan. Het bedrag dat gepaard gaat met de wijziging mag bovendien niet hoger zijn dan 50% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde. Deze voorwaarde geldt voor elke afzonderlijke wijziging.

De leverancier zou ook een beroep kunnen doen op de de-minimis regeling. Deze uitzondering ziet op kleine wijzigingen. Het moet gaan om wijzigingen waarbij het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat, lager is dan: a) het toepasselijke drempelbedrag voor leveringen of diensten of werken; b) 10% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht voor leveringen en diensten of 15% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht voor werken, en c) de algemene aard van de opdracht verandert niet

door de wijziging. Een opdracht voor dienstverlening mag dus bijvoorbeeld niet veranderen in een opdracht tot levering.

In de overeenkomst kan een herzieningsclausule zijn opgenomen. Om van deze bepaling gebruik te maken is het van belang dat de herzieningsclausule voorafgaand aan de gunning reeds bekend was en partijen die inschreven op de aanbesteding wisten dat deze clausule in de overeenkomst stond. Er is geen sprake van een wezenlijke wijziging als op basis van een dergelijke herzieningsclausule de overeenkomst wordt aangepast.

6. Conclusie

De grote prijsstijgingen als gevolg van externe omstandigheden hebben gevolgen voor leveranciers. Wij adviseren leveranciers de door hen gesloten overeenkomsten goed na te lezen om te beoordelen of de overeenkomst zelf handvatten biedt om prijsstijgingen door te berekenen. Indien dat niet het geval is, kan in onderling overleg met de partij met wie de overeenkomst is gesloten getracht worden een oplossing te vinden. Daarbij kan een beroep worden gedaan op onvoorziene omstandigheden. Indien de andere contractspartij vervolgens niet bereid is om de overeenkomst te wijzigen, kan in het uiterste geval besloten worden om een juridische procedure aan te spannen. Laat u voorafgaand aan het starten van een procedure goed voorlichten door een jurist over de kans van slagen, risico's en de aanpak. Let tot slot op bij het aangaan van nieuwe overeenkomsten. De oorlogssituatie en daaraan verbonden sancties en gevolgen daarvan zijn nu bekend. Mogelijke gevolgen van het conflict die optreden *na* het sluiten van deze overeenkomst kunnen in de toekomst niet meer als onvoorziene omstandigheid worden aangemerkt.