

Actualia: prijsstijgingen- en herzieningen in commerciële en publieke contracten

Inleiding



De media staan er bol van: de prijzen stijgen. Of het nu gaat om energieprijzen, de prijzen van staal en aluminium, van zeecontainers, microchips of halfgeleiders en bouwmaterialen. De markt is vandaag grillig en onvoorspelbaar. Na de wereldwijde Covid-19 pandemie, laat de economische weerslag van de oorlog in Oekraïne zich tastbaar voelen. De markten blijven onderhevig aan het grillige spel van vraag-en aanbod. Schaarste heerst en ondernemingen worden geconfronteerd met vertragingen, prijsverhogingen en bijhorende onzekerheden. Maar hoe gaat u hier als vooruitstrevende onderneming op een correcte en vooral sluitende manier mee om. Hoe wapent u uw onderneming tegen de onzekerheden op de markt?

In deze nieuwsbrief geven we graag enkele richtsnoeren mee. Zijn uw contracten en uw afspraken met klanten en leveranciers future proof? We zoomen in deze nieuwsbrief niet enkel in op commerciële contracten (B2B en B2C) maar gaan ook in op de impact van deze gewijzigde omstandigheden op lopende overheidsopdrachten.

COMMERCIELE CONTRACTEN

Is uw onderneming actief op de business-to-business markt, dan bent u in principe vrij om met uw klanten en leveranciers afspraken vast te leggen in een overeenkomst. Voor zover u natuurlijk kleurt binnen de krijtlijnen die de wetgever uitzette.

We focussen hierna op een aantal contractuele mechanismen waar u op kan terugvallen als ondernemer in het geval u geconfronteerd wordt met gewijzigde marktomstandigheden. Verder wijzen we ook op de wettelijke grenzen aan de vrijheid van contracteren. Recent heeft de wetgever immers ook de contractvrijheid tussen ondernemingen (B2B) ingeperkt.

Prijsstijgingen

Stel: u sluit als onderneming een overeenkomst af voor de levering en installatie van een nieuwe IT-infrastructuur bij een KMO. U maakte een offerte op voor de levering van 10 laptops, docking stations en thin clients. Verder voorzag u de levering en plaatsing van audio- en video apparatuur in de vergaderzaal van de KMO. Voor elke medewerker wilt de KMO een headset en een tablet, ook dat bood u aan. Daarnaast verkocht u een aantal software-licenties en zullen uw medewerkers de KMO ondersteunen bij het migreren naar de "cloud".

Door de enorme vraag naar IT-materiaal, geboost door het vele telewerken in corona-tijden, zijn de prijzen van bepaalde componenten enorm gestegen. Niet enkel GPU's maar ook SSD's en RAM's zijn op enkele maanden tijd gevoelig in prijs gestegen. Daarnaast heerst er een enorme schaarste op de markt. Mogelijks kan u niet of niet tijdig leveren bij uw klant. Wat nu?

Of nog, stel: uw onderneming is actief in internationale distributie van industriële producten. De markt boomt, maar stilaan wordt het quasi onmogelijk om nog zeecontainers vast te krijgen om de import en export van uw producten te organiseren. Naast de enorme vertragingen in de supply chain, swingen de prijzen van zeecontainers de pan uit. De prijs van scheepstransport op een jaar tijd met maar liefst 500% gestegen. Kan u deze enorme stijging in transportkost doorrekenen aan uw medecontractant?

Er zijn een aantal clauses die u kan voorzien in uw overeenkomsten, zowel langs klant-als leverancierszijde, om uw onderneming houvast te bieden in deze onzekere tijden.

I. Prijsaanpassingsclausule

i. Aandachtspunten

De prijs is een essentiële bepaling in je overeenkomsten. Als onderneming bepaal je een prijs, rekening houdend met kostenstructuur, overhead en marge. In uw commerciële relaties zal de prijs vaak het speerpunt zijn bij de onderhandelingen. Uiteindelijk bereik je met klant of leverancier een akkoord over de prijs en alle andere aspecten van de samenwerking. Er komt een overeenkomst tot stand op basis van die wilsovereenstemming tussen de partijen.

Maar dan komt de aap uit de mouw: u wordt geconfronteerd met stijgende prijzen waardoor de premissen die golden bij de totstandkoming van de overeenkomst niet of veel minder standhouden. Kan u de prijs die overeengekomen werd aanpassen?

Een prijsherzieningsclausule is een bepaling die u kan opnemen in een overeenkomst waarin een mechanisme wordt omschreven om de overeengekomen prijs onder bepaalde voorwaarden aan te passen. Zo een prijsaanpassingsclausule kan perfect. Al moet u rekening houden met een aantal randvoorwaarden. Zo moet de nieuwe prijs op basis van het mechanisme dat wordt opgenomen, kunnen worden bepaald zonder dat er een nieuw akkoord nodig is tussen de contractspartijen. De nieuwe prijs moet met andere woorden kunnen worden bepaald aan de hand van principes die u bent overeengekomen zonder dat er nog een akkoord nodig is van de andere partij.

Indien de prijs op basis van de prijsaanpassingsclausule niet transparant bepaalbaar is, kan dat leiden tot de nietigheid ervan. Dat houdt in dat de clausule voor niet geschreven wordt gehouden. Kortom: u zal er zich niet op kunnen beroepen wanneer het nodig is.

ii. Herstelwet

Verder dient u ook rekening te houden met de wet betreffende economische herstelmaatregelen van 30 maart 1976. Met wat jaren op de teller nog steeds brandend actueel. Deze wet schrijft voor dat elke prijsaanpassingsclausule die gekoppeld wordt aan het indexcijfer van de consumptieprijzen of een ander indexcijfer, van rechtswege nietig is. Verder stelt de wet dat de prijsaanpassingsclausule de prijs slechts mag wijzigen tot een bedrag van maximum 80% van de eindprijs en bovendien gekoppeld moet worden aan objectieve parameters die reële kosten vertegenwoordigen.

iii. Nieuwe B2B-wet

Op 1 december 2020 trad de nieuwe B2B-wet in werking. Er vloeide al veel inkt over de manier waarop de wetgever hiermee nu ook ingrijpt in de handelsrelaties tussen ondernemingen. De wet legt immers de contractvrijheid in B2B-relaties aan banden.

Specifiek met het oog op prijsaanpassingen in overeenkomsten, is deze wet uiterst relevant.

Onder deze nieuwe B2B-wet, is het verboden om zonder geldige reden eenzijdig de prijs, de kenmerken of de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen. De mogelijkheid om prijzen aan te passen, moet dus transparant gekoppeld worden aan objectieve parameters: stijging grondstofprijzen, stijging transportkosten, ...

Ook hier moet u als onderneming de nodige aandacht aan besteden. De nieuwe B2B-wet is immers van toepassing op alle overeenkomsten die na 1.12.2020 worden gesloten, verlengd of gewijzigd. Nieuwe professionele klanten die voor het eerst uw algemene voorwaarden of

overeenkomst, offerte etc. ontvingen na deze datum, kunnen zich dus ook beroepen op de nieuwe wet.

iv. Tips & tricks

Ziet u door de bomen het bos niet meer? We geven graag enkele richtsnoeren mee voor het opstellen van de prijsaanpassingsclausule:

- Bepaal in de overeenkomst duidelijk wanneer de prijs mag worden aangepast (maandelijks, op de verjaardag van de overeenkomst, elke keer wanneer er zich een prijsstijging voordoet...)
- Wees transparant: haal objectieve parameters aan die de prijs kunnen beïnvloeden en dus een prijsaanpassing kunnen triggeren
- Geef aan op welke manier u uw contractspartner moet informeren van uw voornemen om de prijzen aan te passen (per aangetekend schrijven, email,...)
- Neem daarbij ook op vanaf wanneer de gewijzigde prijzen in voege treden
- Schep helderheid: op welke bestellingen zullen deze nieuwe prijzen een invloed hebben? Let op! Bevestigde bestellingen vormen de basis van de overeenkomst, je kan dan niet eenzijdig de overeengekomen prijzen wijzigen.
- Bied opties: je kan de mogelijkheid voorzien om bij gebrek aan akkoord over de nieuwe prijzen, de overeenkomst te beëindigen.

Een correcte prijsaanpassingsclausule opmaken, die rekening houdt met alle wettelijke beperkingen, is **maatwerk**. Investeer daarom in goede afspraken. Indien de clausule deze principes niet respecteert, bestaat de kans dat de bepaling nietig wordt verklaard en sta je als ondernemer terug bij af.

2. Overmacht?

Wanneer u geen prijsaanpassingsclausule heeft voorzien in uw overeenkomst met klant/leverancier, zijn er nog andere mechanismen die soelaas kunnen bieden.

Overmacht is een alom gekend begrip. Op basis van heersende cassatierechtspraak, wordt “overmacht” omschreven als een gebeurtenis die een onoverkomelijk beletsel vormt voor het nakomen van een verbintenis, buiten de wil van de partij die er zich op beroept.

Om van overmacht te kunnen spreken, dient u dus in **de absolute onmogelijkheid** te verkeren om de overeengekomen producten of diensten te leveren.

Indien de prijzen dermate stijgen, dat het voor u als onderneming economisch niet haalbaar is om nog te leveren aan de overeengekomen prijzen, is dat strikt genomen nog geen overmacht. U kan inderdaad leveren, zelfs indien uw marge volledig onderuit gehaald zou worden.

Het niet kunnen nakomen van een betalingsverplichting wegens economische omstandigheden zal ook geen overmacht uitmaken.

3. Hardship ?

Daar waar bij overmacht sprake moet zijn van een absolute onmogelijkheid om de overeenkomst (al dan niet tijdelijk) uit te voeren, spreken we van “hardship” of imprevisie wanneer het niet onmogelijk geworden is om de contractuele afspraken na te komen, maar wel bijzonder veel moeilijker.

Indien de staalprijs bijvoorbeeld met 70% stijgt, is het als staalleverancier uiteraard niet onmogelijk om te leveren onder een verkoopovereenkomst, het nakomen van de afspraken wordt wel bijzonder moeilijk en/of economisch pijnlijk.

Hardship betekent dus: een onvoorzienbare situatie die een dermate ernstig onevenwicht doet ontstaan tussen de contractpartijen dat de verdere uitvoering van de overeenkomst in onveranderde omstandigheden buitengewoon nadelig is voor één contractpartij.

Belangrijke kanttekening hierbij is dat de imprevisieeler in het Belgisch recht traditioneel niet wordt aanvaard. U kunt contractueel uiteraard wel een clause opnemen die ook hardship en de gevolgen ervan regelt.

Wat wel meer en meer aanvaard wordt in de Belgische rechtspraak is dat wanneer het contractueel evenwicht tussen de partijen wordt verstoord door externe omstandigheden (bijv. extreme prijsstijgingen, enorme schaarste), dat op de contractspartijen dan wel de verplichting rust om de afspraken te goeder trouw te **heronderhandelen**, rekening houdende met de nieuwe realiteit. Deze verplichting wordt afgeleid uit de wettelijke verplichting om een overeenkomst te goeder trouw uit te voeren (artikel 1134, derde lid BW). In de praktijk zal dit echter maar zeer zelden een oplossing bieden en creëert dit geen zekerheid. We raden dan ook aan om dit principe vooraf in uw algemene voorwaarden of overeenkomsten op te nemen (indien u de verkoper bent).

OVERHEIDSOPDRACHTEN

Wanneer u als onderneming inschrijft op een overheidsopdracht, geldt het bestek van de aanbesteder als bijbel. Uw onderneming verbindt zich met haar offerte ten aanzien van de overheid om de opdracht uit te voeren tegen de voorwaarden die in de offerte worden aangeboden. Eens de overheidsopdracht op basis van die offerte aan uw onderneming gegund wordt, vormen het bestek, de offerte en de regelgeving inzake overheidsopdrachten het contractueel kader van de samenwerking.

Uw eigen algemene voorwaarden zullen bij de uitvoering van een overheidsopdracht dus niet gelden.

Het Koninklijk Besluit Koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten van 14 januari 2013 (het "KB AUR") zet de krijtlijnen van de samenwerking tussen de aanbesteder en de opdrachtnemer uit en laat weinig tot geen marge voor onderhandeling.

Wat nu indien u tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht geconfronteerd wordt met enorme prijsstijgingen, die het voor u economisch quasi onmogelijk maken om de overheidsopdracht uit te voeren aan de voorwaarden die u voorstelde in uw offerte?

We focussen hierna op de opties die de overheidsopdrachtenwetgeving voorziet om ook in de uitvoering van publieke contracten het hoofd te kunnen bieden aan de uitdagingen die vandaag de markt beheersen.

A. Prijsherziening

Een prijsherziening wordt onder de regelgeving inzake overheidsopdrachten beschouwd als een wijziging van de opdracht en is bovendien slechts mogelijk indien de opdrachtdocumenten (het bestek) uitdrukkelijk voorzien in een prijsherzieningsclausule.

Artikel 38/7 KB AUR stelt dat voor overheidsopdrachten voor werken het in principe verplicht is om een prijsherzieningsclausule te voorzien in het bestek, voor leveringen en diensten is het optioneel. De parameters die worden ingezet om de prijsherziening te berekenen, zijn ook wettelijk verankerd: uurlonen van personeel, sociale lasten, materiaalprijzen, grondstofprijzen of wisselkoersen.

Indien er een prijsherzieningsclausule geldt voor de lopende overheidsopdracht, wordt die in principe automatisch toegepast op de vorderingsstaten. Let wel: de prijsherzieningsclausule kan ook in uw nadeel werken. Indien de gestelde parameters zorgen voor een daling van de prijs, bent u als opdrachtnemer hier ook aan gebonden.

B. Onvoorzienbare omstandigheden

Wat indien u een overheidsopdracht voor diensten of leveringen uitvoert en het bestek niet voorziet in een facultatieve prijsherzieningsclausule?

Welnu, het KB AUR voorziet hier een mogelijke uitweg: de regeling inzake de onvoorzienbare omstandigheden in artikel 38/9 KB AUR. Deze regeling wordt beschouwd als een wettelijke verankering van de hoger vermelde imprevisieleer. Evenwel is de finaliteit van de regeling onder de overheidsopdrachtenwetgeving anders: het doel is de continuïteit van de openbare dienst waarborgen.

Zelfs indien de opdrachtdocumenten niet voorzien in een herzieningsclausule, dan zal de wettelijke regeling uit artikel 38/9 KB AUR gelden.

a) Toepassingsvoorwaarden

Concreet schept de regeling inzake onvoorzienbare omstandigheden voor de opdrachtnemer de mogelijkheid om aanspraak te maken op compensatie, indien:

1. Er sprake is van een omstandigheid die redelijkerwijze niet voorzienbaar was bij het indienen van de offerte; en
2. De ingeroepen omstandigheid niet kon worden ontweken en de gevolgen konden niet worden verholpen hoewel de opdrachtnemer daartoe al het nodige gedaan heeft.

b) Gevolgen

Het gevolg van het succesvol inroepen van “onvoorzienbare omstandigheden” bij het uitvoeren van een overheidsopdracht zou dan zijn:

1. Dat u als opdrachtnemer aanspraak kan maken op de verlenging van de uitvoeringstermijn ;
2. Bijkomend, indien u aantoonbaar dat u door de gewijzigde marktomstandigheden een zeer belangrijk nadeel lijdt, kan u ook aanspraak maken op een andere vorm van herziening van de overheidsopdracht, zoals het herstellen van het contractueel evenwicht (en een prijsstijging (geheel/gedeeltelijk) kunnen doorrekenen) of zelfs het verbreken van de overheidsopdracht.

De drempel om te kunnen spreken van een “zeer belangrijk nadeel” werd ook vastgelegd in het KB AUR. Hier wordt bovendien een onderscheid gemaakt tussen de overheidsopdrachten voor werken enerzijds en die voor leveringen en diensten anderzijds. Concreet kan u spreken van een zeer belangrijk nadeel als opdrachtnemer indien:

- opdrachten voor werken: het nadeel bedraagt ten minste 2,5% van de initiële opdrachtsom of een vast drempelbedrag indien de opdracht voor 50% werd gegund op prijs (175.000 euro voor opdrachten waarvan het initiële opdrachtbedrag hoger is dan 7.500.000 euro en lager of gelijk aan 15.000.000 euro; 225.000 euro voor opdrachten waarvan het initiële opdrachtbedrag hoger is dan 15.000.000 euro en lager of gelijk is aan 30.000.000 euro; 300.000 euro voor opdrachten waarvan het initiële opdrachtbedrag hoger is dan 30.000.000 euro)
- opdrachten voor leveringen en diensten: het nadeel bedraagt ten minste 15% van het initiële opdrachtbedrag.

c) Procedure

Indien uw onderneming actief is op de publieke markt, weet u allicht dat het uitvoeren van een overheidsopdracht met enige administratie en formaliteiten gepaard gaat.

Dat is bij het inroepen van een “onvoorzienbare omstandigheden” door de opdrachtnemer niet anders. Zo moet u als opdrachtnemer binnen de 30 dagen van het voordoen van de onvoorzienbare

omstandigheid de aanbesteder daarvan in kennis stellen, bij wijze van feitenmelding. In datzelfde schrijven aan de aanbesteder kan u tevens de gevraagde herziening van de opdracht kaderen.

Zoals u ziet: er zijn tal van manieren om binnen een commerciële, contractuele relatie alsook in het kader van een publiek contract onder een overheidsopdracht correct en transparant te anticiperen en te reageren op onvoorziene marktomstandigheden.

Uiteraard is het correct vastleggen en toepassen van het contractueel kader voor uw business, maatwerk. Standaardclausules zijn vaak niet aangepast aan de noden van uw onderneming. Bovendien zien we vaak dat ook weldoordachte contracten in het post-covid tijdperk best opnieuw geëvalueerd worden.

Monard Law staat met haar team specialisten klaar om al uw vragen over algemene voorwaarden, contracten en overheidsopdrachten met u op te nemen. Neem dus zeker contact voor een vrijblijvend eerste inzicht.