

Artikel

Gestegen grondstofprijzen en contracten: wie betaalt de rekening?

Mr. J. den Hartog en mr. A.Z. Lankhaar*

1. Inleiding

In 2021 is het leven duurder geworden. Het aantrekken van de wereldeconomie na de stagnatie daarvan gedurende de eerste (door de coronacrisis ingegeven) wereldwijde lockdown(s) leidt, in samenhang met (onder meer) weinig voorraden, de energietransitie, beperkingen in vervoersmogelijkheden, handelsconflicten, toegenomen vraag naar grondstoffen uit China zelf, vervoersbeperkingen en de voortdurende coronapandemie, overal tot prijsstijgingen.¹ ‘The price of the stuff that makes everything is surging’, zoals bloomberg.com trefvend kopt.² Gas, elektriciteit, aardolie, hout, staal, aluminium, papier en magnesium zijn slechts voorbeelden van grondstoffen waarvan de prijs zich in de loop van 2021 vrijwel niet-aflatend opwaarts heeft bewogen.³ In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het naar Nederlands recht voor een leverancier van dit

soort grondstoffen in een business-to-businessverhouding mogelijk is prijsstijgingen door te berekenen aan een afnemer wanneer de prijsstijgingen zich voordoen nadat partijen een prijs voor de prestatie van de leverancier zijn overeengekomen. Daarnaast wordt besproken welke mogelijkheden de afnemer mogelijk heeft om te ageren tegen de doorberekening door de leverancier van een prijsstijging op grond van een prijswijzigingsbeding. Het zal telkens gaan om de situatie waarin de levering van de prestatie nog wel mogelijk is, maar de nakoming van de gesloten overeenkomst voor de leverancier of de afnemer door de prijsstijgingen bijzonder bezwaarlijk wordt als de prijsstijging niet of juist wel kan worden doorberekend.

Omdat de overeenkomst en (mogelijk daarop van toepassing zijnde) algemene voorwaarden in principe leidend zijn, zal allereerst in paragraaf 2 worden besproken welke contractuele bepalingen ten aanzien van prijzen en prijsstijgingen in de praktijk vaak de revue passeren. In paragraaf 3 tot en met 6 zal worden stilgestaan bij een aantal leerstukken dat een rol kan spelen in discussies over het doorberekenen van prijsstijgingen: onvoorzien omstandigheden (artikel 6:258 Burgerlijk Wetboek (BW)), kostenverhogende omstandigheden (artikel 7:753 BW en paragraaf 47 Uniforme Administratieve Voorwaarden 2012 (UAV)) en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Daarbij wordt op basis van de jurisprudentie geanalyseerd welke mogelijkheden deze leerstukken de leverancier of de afnemer bieden om te komen tot een prijswijziging in de overeenkomst of deze juist tegen te gaan. Omdat het effect van de stijging van grondstofprijzen zich (onder meer) in hoge mate doet gevoelen in de bouwsector, wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de overeenkomst van aanneming van werk. Vervolgens wordt in paragraaf 7 ingegaan op de verhouding

* Mr. J. den Hartog is advocaat bij Van Benthem & Keulen. Mr. A.Z. Lankhaar is advocaat bij Van Benthem & Keulen.

1 De oorzaken van de prijsstijgingen zijn meerledig en per concreet geval c.q. per materiaalsoort zal de ene omstandigheid eerder aan te wijzen zijn als oorzaak van de prijsstijgingen dan de andere.

2 E. Spence & M. Durisin, The price of the stuff that makes everything is surging, Bloomberg.com 1 mei 2021, online te raadplegen via www.bloomberg.com/news/articles/2021-05-01/the-price-of-the-stuff-that-makes-everything-is-surgin.

3 Een greep uit de hierover verschenen (Nederlandse) nieuwsberichten: P. de Waard, Grondstofprijzen exploderen, en dat kan voor veel mkb-bedrijven het einde betekenen, Volkskrant 30 maart 2021; Van chips tot chauffeurs, van elektronica tot fietsonderdelen: er is wereldwijd een tekort aan van alles, NRC 22 oktober 2021; Prijsstijgingen in China wakkeren zorgen over mondiale inflatie aan, FD 10 november 2021; Nieuwe stijging staalprijzen verwacht, MetaalNieuws 15 december 2021.

tussen de besproken leerstukken en wordt in paragraaf 8 stilgestaan bij de gevolgen van prijsstijgingen op het moment dat back-to-back wordt gecontracteerd. Ten slotte wordt in paragraaf 9 een aantal handvatten gegeven om in toekomstige overeenkomsten een voorziening te treffen omtrent het risico op prijsstijgingen en wordt in paragraaf 10 besloten met een conclusie.

2. Vaste prijs of mogelijkheid tot prijswijziging?

2.1 Vaste prijs

Het Nederlandse contractenrecht is gestoeld op het principe van trouw aan het gegeven woord. Over de te betalen prijs en de aanpassingsmogelijkheden daarvan gedurende de looptijd van de overeenkomst kunnen partijen uiteenlopende afspraken maken. Zo kunnen partijen een vaste prijs afspreken ('Leverancier zal uitsluitend de met afnemer overeengekomen prijs in rekening brengen. Leverancier is niet bevoegd de overeengekomen prijs eenzijdig aan te passen' of 'Deze prijs is vast tot en met einde werk'). Daarbij kent het Nederlandse recht geen *iustum pretium*; de contractsvrijheid staat partijen ook toe een vaste prijs overeen te komen die objectief gezien niet als 'rechtvaardige prijs' aan te merken is (niet (meer) in overeenstemming is met de marktprijs).⁴ Of partijen de bedoeling hebben gehad een vaste prijs zonder een mogelijkheid tot prijsaanpassing overeen te komen, is een vraag van uitleg van de overeenkomst.⁵

2.2 Contractuele mogelijkheid tot prijswijziging

Wanneer op basis van het contractmodel van de leverancier wordt gecontracteerd, zal veelal een bepaling zijn opgenomen die de leverancier de mogelijkheid biedt om prijswijzigingen door te voeren ('Indien na het sluiten van de overeenkomst de kostprijs van (onderdelen van) het te leveren goed stijgt, is leverancier gerechtigd dit verschil aan afnemer door te berekenen'). In de bouw wordt bij het sluiten van een overeenkomst tot aanneming van werk veelal aangesloten bij sectorvoorwaarden zoals de UAV. Het tweede lid van paragraaf 47 UAV bepaalt:

'2. Indien kostenverhogende omstandigheden als bedoeld in het eerste lid intreden heeft de aannemer aanspraak op bijbetaling, in voege als omschreven in het volgende lid en behoudens het bepaalde in het vierde lid.'

(Zie paragraaf 3 voor de definitie van kostenverhogende omstandigheden.)

4 Zie uitvoerig over het *iustum pretium* T. Hartlief, *Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?*, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253; J. Hallebeek, *De iustum pretium-leer en het evenredigheidsbeginsel*, AA 2013/1, p. 59-64.

5 Te wijzen valt bijv. op HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:101 (81 RO); Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2691.

De toepassing van deze bepaling heeft in de voorbije jaren tot vele discussies geleid. Daarom zal hierna ook de toepassing van deze bepaling aan de orde komen.

2.3 Wettelijke leerstukken: beroep op contractuele bedingen houdbaar?

Op het moment dat een leverancier wordt geconfronteerd met prijsstijgingen en hij deze wenst door te berekenen aan de afnemer, rijst de vraag of op contractuele bedingen als hiervoor beschreven onvoorwaardelijk een beroep kan worden gedaan. In de hiernavolgende paragrafen wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de leerstukken onvoorzien omstandigheden (artikel 6:258 BW), kostenverhogende omstandigheden (artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV) en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen in discussies over de vraag bij welke partij het risico van prijsstijgingen van grondstoffen en (bouw)materialen ligt. Aan de hand van de jurisprudentie wordt geschetst waartoe een beroep op deze leerstukken in verband met prijsstijgingen kan leiden. Vooropstaat staat dat het enkele ontstaan van een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties nog niet betekent dat de overeenkomst op die grond aantastbaar is.⁶ Of een succesvol beroep op voornoemde leerstukken kan worden gedaan, is afhankelijk van alle omstandigheden van het concrete geval. Het leerstuk overmacht (artikel 6:75 BW) blijft in deze bijdrage buiten beschouwing. Een discussie over de mogelijkheid een beroep op dit leerstuk te doen, zal veelal aan de orde komen in de situatie dat het voor de leverancier onmogelijk is om te leveren, dit tot schade leidt bij de afnemer en deze laatste schadevergoeding vordert van de leverancier.⁷ Dit betreft een andere situatie dan de situatie die centraal staat in deze bijdrage, waarin de leverancier feitelijk nog kan nakomen.⁸

6 Zie reeds in 1936 M.H. Bregstein, *Moet den rechter de bevoegdheid toekomen verbintenissen uit overeenkomst op bepaalde gronden, zoals de goede trouw, te wijzigen? Zoo ja, in welke gevallen en in hoeverre?* (Handelingen Nederlandsche Juristen-Vereeniging, deel 1936-I), Den Haag: F.J. Belinfante 1936, p. 72.

7 Natuurlijk zal overmacht ook vaak als verweer tegen een vordering tot nakoming aan de orde komen, maar ook dan zal overmacht (in principe) onmogelijkheid vereisen. Zie uitvoerig over het overmachtsverweer bij een nakomingsvordering D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 94-107.

8 Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2020/340, die voor een geslaagd beroep op overmacht weinig ruimte ziet in de context van prijsstijgingen, omdat de prestatie zelf (levering) dan in de meeste gevallen niet daadwerkelijk verhindert is. Vgl. ook de (beperkte) rol van overmacht tijdens en na de Eerste Wereldoorlog, waarover, met verdere verwijzingen naar literatuur en rechtspraak uit die tijd, C.J.H. Jansen, *De impact van de Eerste Wereldoorlog op het Nederlandse privaatrecht*, NJB 2014/22, p. 1491-1499; W.H. van Boom, *De grote oorlog en het Nederlandse overeenkomstenrecht - neutraliteit, weerstand en responsiviteit*, TPR 2018/1, p. 55-90. Een en ander zette de ontwikkeling van onvoorzien omstandigheden (art. 6:258 BW) als afzonderlijk leerstuk in (in het bijzonder naar aanleiding van E.M. Meijers, *Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden, waaronder eene overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan? Zoo ja, welke wettelijke regeling is te dien aanzien wenschelijk* (Handelingen Nederlandsche Juristen-Vereeniging, deel 1918-I), Den Haag: F.J. Belinfante 1918, p. 85-190).

3. Artikel 6:258 BW: onvoorziene omstandigheden

3.1 De vereisten van artikel 6:258 BW

Het dwingendrechtelijke artikel 6:258 BW bepaalt dat de rechter, op verlangen van een der partijen, de bevoegdheid heeft een overeenkomst (met terugwerkende kracht) te wijzigen of te ontbinden indien er (1) sprake is van onvoorziene – dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde⁹ – (ten tijde van de contractsluiting toekomstige) omstandigheden, welke omstandigheden (2) van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten en welke (3) niet krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening komen van de partij die zich erop beroept. Indien aan deze vereisten is voldaan, zal de rechter over moeten gaan tot de wijziging (of ontbinding) van de overeenkomst. Vastgesteld is dan immers dat ongewijzigde instandhouding niet verwacht mag worden.¹⁰ Welk rechtsgevolg uiteindelijk aangewezen is, hangt af van hetgeen partijen hebben gevorderd, van wat zij hebben gesteld omtrent hun nadeel, en van de mate waarin ongewijzigde instandhouding volgens de rechter niet verwacht mag worden. Aan een wijziging of (gedeeltelijke) ontbinding kan de rechter eventueel voorwaarden verbinden (artikel 6:260 BW).

De wetgever en de Hoge Raad hebben benadrukt dat aan de vereisten van artikel 6:258 BW niet snel voldaan zal zijn en dat bij de beoordeling van een beroep op onvoorziene omstandigheden terughoudendheid geboden is.¹¹ Mede tegen die achtergrond heeft artikel 6:258 BW de afgelopen decennia een rustig bestaan gekend. Door de uitbraak van de coronacrisis is dit rustige bestaan echter opgehouden. Artikel 6:258 BW blijkt hét verbintenisrechtelijke instrument waarmee door de coronacrisis gedupeerde ondernemers, in het bijzonder huurders, aanspraak kunnen maken op enige vorm van genoegdoening, bijvoorbeeld in de vorm van huurprijzvermindering.¹² De coronacrisis en de in dat verband getroffen

beperkende overheidsmaatregelen blijken bij uitstek omstandigheden waarin, ondanks de voorgeschreven terughoudendheid, regelmatig aan de zware vereisten van artikel 6:258 BW voldaan lijkt te kunnen worden.¹³ De vraag die nu rijst, is of dit ook geldt voor de huidige prijsstijgingen van grondstoffen.

3.2 Onvoorziene omstandigheden bij prijsstijgingen: prijsvastbeding

3.2.1 Inleiding

In beginsel zijn schommelingen van prijzen een normaal fenomeen, waarmee commerciële partijen – bekend met de markt waarin zij contracteren – rekening hebben te houden. Door het afspreken van een vaste prijs wordt een vorm van zekerheid ingekocht, met het daar tegenoverstaand risico dat deze vaste prijs niet meer zal corresponderen met de marktprijs.¹⁴ Dit betekent dat een vordering tot wijziging of ontbinding van een overeenkomst in verband met prijsstijgingen op grond van artikel 6:258 BW niet lichtvaardig zal worden toegewezen. Afspraak is nu eenmaal afspraak en daar kan slechts met terughoudendheid aan worden getornd. Op (commerciële) partijen rust een zeker ondernemersrisico, waarbij bovendien relevant is ‘welk soort’ ondernemen door de onvoorziene omstandigheden getroffen wordt. Indien dit ondernemen een meer speculatief karakter heeft, zal een beroep op onvoorziene omstandigheden (nog) minder snel succesvol zijn.¹⁵ Een sprekend voorbeeld is dat het beroep op onvoorziene omstandigheden van (in het bijzonder) vastgoedondernemers en projectontwikkelaars tijdens de kredietcrisis met enige regelmaat werd afgewezen.¹⁶ De overweging dat schommelingen in de markt ten gevolge van een economische crisis behoren tot het ondernemersrisico van professionele partijen, passeerde geregeld de revue.¹⁷

3.2.2 Beroep op onvoorziene omstandigheden afgewezen

Het is niet de eerste keer dat de prijzen van grondstoffen en (bouw)materialen stevig zijn gestegen. Zo stond de rechtbank 's-Hertogenbosch in 2009 voor de vraag of leveranciers die met hun afnemers een vaste prijs overeen

in beginsel moet worden gezien als een onvoorziene omstandigheid die recht geeft op wijziging van de huurovereenkomst in de vorm van huurprijzvermindering.

- 9 Het gaat dus uitdrukkelijk niet over de vraag of bepaalde omstandigheden voor partijen *voorzienbaar* waren ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, maar over de vraag of partijen de omstandigheden bij het sluiten van de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend in hun overeenkomst hebben verdisconteerd, oftewel omstandigheden waarin zij in de overeenkomst wel of niet hebben willen voorzien. Dat is een vraag van uitleg. Zie in dat verband Asser/Sieburgh 6-III 2018/441.
- 10 Zie eerder al A.S. Hartkamp, *Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuwe BW*, WPNR 1981/5559, p. 214; J. Hijma, *Het constitutionele wijzigingsvonnis (oratie Leiden)*, Deventer: Kluwer 1989, p. 13-14. Zie voorts J. den Hartog, *Onvoorziene omstandigheden anno 2021*, Bb 2021/24, p. 411-415, voor een recente bespreking van de toepassing van art. 6:258 BW.
- 11 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 969; HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, r.o. 4.3.2, NJ 1998/493 (Brijlant Schreuders/ABP).
- 12 Zie recentelijk HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, in welke prejudiciële beslissing de Hoge Raad de lagere rechtspraak heeft bevestigd dat de coronacrisis voor huurovereenkomsten gesloten voor 15 maart 2020

- 13 Zie in dit verband J. den Hartog, *Onvoorziene omstandigheden pre- en post-corona*, Weert: Celsus 2021.
- 14 Vgl. bijv. enkele uitspraken waarin partijen bij renteswapovereenkomsten met een vaste rente – die daarmee juist hun risico's fixeren – nul op het rekest kregen bij hun beroepen op onvoorziene omstandigheden: Rb. Amsterdam 19 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3541, r.o. 4.16, JOR 2014/234, m.nt. F.P.C. Strijbos; Rb. Midden-Nederland 8 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5348, r.o. 3.30.
- 15 M.H. Wissink, *Afspraak is afspraak?*, TvAR 2005/4, p. 215; P.S. Bakker & J.W. de Groot, *Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken*, WPNR 2009/6797, p. 373.
- 16 Zie bijv. Rb. Zutphen 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK3761, r.o. 4.4; Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT7320, r.o. 2.9-2.10; Rb. Amsterdam 5 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7459, r.o. 4.8; Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2158, r.o. 4.22; Rb. Overijssel 14 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:534, r.o. 14.
- 17 Zie bijv. Rb. Amsterdam 5 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7459, r.o. 4.8; Rb. Overijssel 14 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:534, r.o. 14.

waren gekomen, met succes een beroep konden doen op onvoorziene omstandigheden nadat de prijzen van elektriciteit met 400% waren gestegen. De rechtbank overwoog dat, hoewel partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst een stabiel prijsniveau voor elektriciteit voor ogen hadden en de prijsstijging van 400% dus als onvoorzien kon worden aangemerkt, stijgingen van prijzen, ook onvoorzien grote, tot de algemeen aanvaarde risico's van een leverancier behoren. Nu bovendien niet was gebleken dat de leveranciers hun installaties niet meer rendabel zouden kunnen exploiteren, concludeerde de rechtbank dat de afnemer ongewijzigde instandhouding van de overeengekomen vaste prijs kon verwachten.¹⁸ Langs dezelfde lijn oordeelde de rechtbank Den Haag in 2011 dat een aardgasleverancier zich aan overeengekomen vaste prijzen te houden had. Partijen hadden de mogelijkheid van prijswijzigingen onder ogen gezien en bewust de keuze gemaakt om geen contractueel doorberekeningsmechanisme overeen te komen.¹⁹ Daarmee waren prijswijzigingen in zoverre al verdisconteerd in de overeenkomst. Bij de beoordeling van de vraag of deze risicoverdeling op grond van onvoorziene omstandigheden terzijde moest worden gesteld, merkte de rechtbank als een feit van algemene bekendheid aan dat de markt voor grondstoffen aan hevige prijsschommelingen onderhevig kan zijn. Nu de professionele leverancier met het vaste tarief aan de ene kant zekerheid van afname inkocht en aan de andere kant bewust het risico liep dat de marktprijzen zouden gaan afwijken van het overeengekomen tarief, oordeelde de rechtbank dat de verwezenlijking van dit risico krachtens de aard van de overeenkomst en de markt waarin deze was gesloten voor rekening van de leverancier kwam. Dit zou pas anders kunnen zijn, zo vervolgde de rechtbank, als de leverancier door de prijswijzigingen in grote problemen terecht zou komen, bijvoorbeeld als daardoor geen rendabele exploitatie van zijn fabrieken mogelijk was of de leverancier op een faillissement afstevende. De enkele schade aan zijn concurrentiepositie was onvoldoende om aan te nemen dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.²⁰ In gelijke zin oordeelde de rechtbank Rotterdam in een geschil tussen windmolenexploitanten en een energiebedrijf. De windmolenexploitanten trachtten met een beroep op gewijzigde regelgeving, op grond waarvan geen CO₂-emissierechten meer aan exploitanten werden toegekend, onder een overeengekomen gefixeerde prijs uit te komen. Zij slaagden daar niet in, omdat in de eerste plaats de exploitanten geen nadeel ondervonden, maar slechts de

kans op meer voordeel misliepen. Daarnaast moeten professionele partijen bij het afspreken van een vaste prijs rekening houden met mogelijke wijzigingen van de marktprijs, zo overwoog de rechtbank.²¹ Het enkele feit dat de afnemer in deze zaken dus eenzijdig profiteerde van de veranderingen van de prijzen, maakte de beslissingen niet anders.

Dat een naderend faillissement op zichzelf niet doorslaggevend is voor het succes van een beroep op onvoorziene omstandigheden, volgt uit twee uitspraken waarin energieleveranciers met een beroep op onvoorziene omstandigheden hun overeenkomsten met klanten dachten te kunnen opzeggen vanwege de enorm gestegen energieprijzen.²² Zo wees het hof 's-Hertogenbosch een beroep van een energieleverancier op het doorberekenen van prijsstijgingen af. Het hof overwoog:

‘Door er voor te kiezen in een naar haar aard onvoorspelbare markt overeenkomsten af te sluiten tegen een vast tarief, heeft [Y.] [de energieleverancier; toevoeging JH & AZL] het risico genomen elektriciteit te leveren tegen een prijs die niet rendabel zou zijn. De verwezenlijking van dat risico, alsmede de bedrijfs-economische gevolgen daarvan, vormen – mede gelet op de aard van de Overeenkomsten, de markt waarbinnen deze zijn afgesloten en de onderlinge verhouding van partijen – omstandigheden die krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van [Y.] behoren te komen. Dit wordt niet anders nu, zoals tussen partijen vast staat, ten tijde van de opzegging sprake was van extreme marktomstandigheden.’²³

In gelijke zin oordeelde de rechtbank Groningen.²⁴ Het hof oordeelde aanvullend dat het tot het eigen risico van de energieleverancier behoorde dat hij zijn financiële risico's niet had afgedekt, bijvoorbeeld door op een andere manier te contracteren.²⁵

18 Rb. 's-Hertogenbosch 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK3241, r.o. 4.4-4.5. Zie ook Rb. Zwolle 2 januari 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AD7714, r.o.5.6, waarin het beroep op onvoorziene omstandigheden werd afgewezen omdat de eiser onvoldoende duidelijk had gemaakt dat de stijging van de APX-prijzen (het betrof hier elektriciteit), hoe exorbitant ook, maakten dat de wederpartij ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet zou mogen verwachten.

19 Rb. Den Haag 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2510, r.o. 4.12-4.13.

20 Rb. Den Haag 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2510, r.o. 4.17-4.19.

21 Zie Rb. Rotterdam 2 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL1654, r.o. 4.10.

22 Vgl. in de huidige tijd het omvallen van Welkom Energie en Enstroga door de gasprijsstijgingen. Zie: Hoge gasprijs nekt energiebedrijf Welkom Energie, NOS.nl 27 oktober 2021; Tweede energiemaatschappij, Enstroga, omgevallen door hoge gasprijs, NOS.nl 9 november 2021. Vgl. voorts Rb. Zeeland-West-Brabant 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5258, r.o. 4.24: ‘Evenmin vormt de omstandigheid dat Ansynth bij toewijzing van de vorderingen (nog verder) in ernstige financiële problemen zal geraken, voldoende grond om naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de vordering af te wijzen. De financiële situatie van Ansynth is namelijk een omstandigheid die voor rekening en risico van Ansynth zelf komt en die niet aan [eiser] kan worden tegengeworpen.’

23 Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU6524, r.o. 8.6.5. Zie ook Rb. 's-Hertogenbosch 7 oktober 1991, ECLI:NL:RBSHE:1991:AH3720, r.o. 5.4, KG 1991/372.

24 Rb. Groningen 15 september 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BN7295, r.o. 4.16. Dit betrof overigens wel een particuliere afnemer. Zie anders Rb. Roermond 21 juli 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BN1634, r.o. 4.11, waarin de rechter een beroep op onvoorziene omstandigheden in verband met prijsstijgingen toewees, al was de onvoorziene omstandigheid veeleer gelegen in de dreigende deconfiture van de energieleverancier en niet perse in de prijsstijgingen an sich.

25 Vgl. R.P.J.L. Tjittes & J.V. Telelepta, Lessen uit de eerste rechterlijke uitspraken over de Covid-19-crisis en onvoorziene omstandigheden en overmacht bij commerciële contracten, Contracteren 2020/3, p. 108: ‘De rech-

Wanneer inkooprijzen niet stijgen, maar juist dalen, kan er juist voor de afnemer reden bestaan om met een beroep op onvoorziene omstandigheden tegen een prijsvastbeding te ageren. Recent wees ditzelfde hof een arrest in een zaak over een producent van isolatieproducten en -materialen die in 2009 en 2010 met een energiemaatschappij overeenkomsten tot de levering van gas in 2012 en 2013 had gesloten. Daarbij waren partijen een vergoeding overeengekomen van zogenoemde ‘flexibiliteitsdiensten’: het inkopen van capaciteit door de energiemaatschappij voor de opvang van gas op het moment dat de afgesproken hoeveelheden te leveren gas overschreden zouden worden. Door wijziging van de Gaswet en toegenomen concurrentiemogelijkheden daalden de inkooprijzen voor de energiemaatschappij, op grond waarvan de afnemer betoogde dat een deel van het daardoor door de energiemaatschappij genoten voordeel naar hem zou moeten worden doorgelegd. Het hof overwoog dat de afnemer, door in 2009 en 2010 overeenkomsten te sluiten voor een aantal jaren daarna, zelf het risico had genomen dat de inkooprijzen in de tussenliggende periode zouden kunnen stijgen of dalen en wees het beroep op onvoorziene omstandigheden af.²⁶

3.2.3 Beroep op onvoorziene omstandigheden toegewezen

Uit de hiervoor besproken uitspraken blijkt dat aan de vereisten van artikel 6:258 BW niet snel wordt voldaan. Dat betekent niet dat een dergelijk beroep nooit wordt toegewezen. Er zijn wel degelijk uitspraken waarin de rechter vanwege prijswijzigingen een beroep op onvoorziene omstandigheden toeweest, maar vaak is dat niet gebeurd. Zo honoreerde de rechtbank Roermond een beroep op onvoorziene omstandigheden in een geval waarin de prijs van oud papier met 170% gedaald was. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid hoefde de handelaar in oud papier een zodanige afwijking niet te dragen.²⁷ Een beroep op onvoorziene omstandigheden was eveneens succesvol in een geval waarin de prijzen van magneten in 2011 met 400% tot 600% waren gestegen nadat China zijn export van magneten had beperkt. De voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle-Lelystad overwoog dat deze prijsstijging een zodanige verstoring van de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties opleverde dat de leverancier zich met succes op onvoorziene omstandigheden kon beroe-

ter zal ervoor moeten waken dat hij misbruikt wordt om een aanvankelijk commercieel onvoordelige transactie te herstellen.’

26 Hof 's-Hertogenbosch 30 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3589, r.o. 5.27. Zie enigszins anders ten aanzien van eenzelfde feitencomplex Rb. Oost-Brabant 8 april 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2049, r.o. 4.35-4.38, waarin de rechtbank overwoog dat partijen niet nadrukkelijk een vaste prijs hadden afgesproken voor de flexibiliteitsdiensten, maar de energiemaatschappij de inkoopkosten slechts een-op-een doorbelastte aan eiseres zonder dat eiseres daarop invloed kon uitoefenen. Als het dus voor de energiemaatschappij mogelijk was om goedkoper in te kopen, was zij daartoe op grond van art. 6:2 BW verplicht jegens haar afnemer, zo overwoog de rechtbank. Dit stond nog niet vast. Vgl. voorts Rb. Middelburg 17 december 2008, ECLI:NL:RBMID:2008:BI1985, r.o. 4.3.

27 Rb. Roermond 1 juli 1993, ECLI:NL:RBROE:1993:AH4266, KG 1993/317.

pen.²⁸ Tot slot wees ook de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) een beroep op onvoorziene omstandigheden toe in een geval waarin een aannemer op verschillende onderdelen van het werk respectievelijk te maken gekregen had met 5%, 11% en 17% kostenstijging. Dit deed de RvA enkel ten aanzien van de 17% kostenstijging. Waarom ongewijzigde instandhouding niet mocht worden verwacht, werd helaas niet gemotiveerd.²⁹

3.3 Onvoorziene omstandigheden bij prijsstijgingen: prijswijzigingsbeding

Ingeval partijen zijn overeengekomen dat prijsverhogingen door de leverancier kunnen worden doorberekend aan de afnemer, lijkt een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden in eerste instantie (nog) minder snel aan de orde te zijn.³⁰ De omstandigheid waarop een beroep gedaan wordt, is dan veelal verdisconteerd in de overeenkomst, althans partijen hebben bij het sluiten van de overeenkomst in ieder geval rekening gehouden met de mogelijkheid van bepaalde prijsstijgingen.³¹ Een succesvolle vordering van de afnemer tot wijziging of ontbinding op grond van artikel 6:258 BW zou aan de orde kunnen komen als door uitleg van de overeenkomst wordt vastgesteld dat het prijswijzigingsbeding slechts ziet op ‘gebruikelijke’ prijsstijgingen en niet op de extreme prijsstijging die zich in dat geval voordoet, of als het prijswijzigingsbeding tot zulke onredelijke resultaten leidt dat de afnemer in enorme problemen komt bij onverkorte nakoming. Omdat het beroep op artikel 6:258 BW in beginsel op het contractuele beding afstuit, zal de toewijzing van een dergelijke vordering echter voorbehouden zijn aan uitzonderlijke situaties. De hiervoor besproken jurisprudentie kan een kader bieden voor de beoordeling van de kans van slagen van dit beroep op onvoorziene omstandigheden.

3.4 Onvoorziene omstandigheden en de huidige prijsstijgingen

Er zijn ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog geen uitspraken gepubliceerd waarin een beroep op onvoorziene omstandigheden werd beoordeeld in verband met de huidige prijsstijgingen van grondstoffen en (bouw)materialen. In lijn met het vorenstaande zal ervan uitgegaan moeten worden dat ook in het kader van de huidige prijsstijgingen een zware stelplecht en bewijslast zal rusten op de partij die een beroep doet op

28 Rb. Zwolle-Lelystad 10 september 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:2180, r.o. 6.7-6.8. Omdat in kort geding geen wijziging of ontbinding kan worden uitgesproken, gaf de voorzieningenrechter een handreiking voor de voortzetting van de onderhandelingen tussen partijen en werd de leverancier verplicht een bankgarantie te stellen.

29 RvA Bouw 8 februari 2017, nr. 72.067, TBR 2017/150, m.nt. R.J. Kwaak. Zie over het gebrek aan inhoudelijke motivering voor de toewijzing van het beroep op onvoorziene omstandigheden terecht kritisch de noot van Kwaak.

30 Vgl. W.H. van Boom, Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetburden, NTBR 2020/4, p. 86.

31 Dit correspondeert met de opvatting dat het van toepassing verklaren van par. 47 UAV in beginsel prijsstijgingen zal verdisconteren en daarmee een succesvol beroep op art. 6:258 BW de pas vaak zal afsnijden. Zie Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 973; M.A.B. Chao-Duivis, in: T&C Bouwrecht, commentaar op paragraaf 47 UAV 2012, aant. 1.

onvoorziene omstandigheden. Zij zal moeten onderbouwen in hoeverre de gevolgen van de huidige prijsstijgingen wel of niet door partijen in de overeenkomst zijn verdisconteerd. Daarbij zal zij aannemelijk moeten maken dat deze prijsstijgingen voor zo'n ernstige verstoring van het evenwicht tussen haar en de wederpartij hebben gezorgd dat haar wederpartij ongewijzigde instandhouding niet kan verwachten, waarbij zo concreet mogelijk zal moeten worden gemaakt welk nadeel zij dan precies ondervindt.³² Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval relevant, waaronder de professionaliteit van partijen, de mate waarin de omvang van het nadeel kan of had kunnen worden beperkt, en de impact die de prijsstijgingen op beide partijen heeft. Een belangrijke vraag zou voorts kunnen zijn wat de oorzaak van de prijsstijgingen in een concreet geval betreft. Ligt deze meer in 'reguliere' marktwerking, dan zullen de prijsstijgingen sneller tot het ondernemersrisico van professionele partijen behoren. Ligt de oorzaak geheel buiten de markt, dan zouden de prijsstijgingen in voorkomende gevallen wellicht eerder door het filter van artikel 6:258 BW kunnen komen.³³

4. Artikel 7:753 BW: kostenverhogende omstandigheden

4.1 De vereisten van artikel 7:753 BW

Voor de overeenkomst van aanneming van werk is een bijzondere uitwerking van artikel 6:258 BW opgenomen in artikel 7:753 BW. Dit artikel ziet op de situatie dat een vaste aanneemsom is overeengekomen en na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden intreden in de verhouding tussen een aannemer en een opdrachtgever. De aannemer zou in zo'n geval aanspraak kunnen maken op aanpassing van de overeengekomen aanneemsom.³⁴ Tussen artikel 7:753 BW en artikel 6:258 BW bestaan de nodige verschillen.³⁵ Zo is artikel 7:753 BW, anders dan artikel 6:258 BW, van regelend recht. Indien partijen artikel 7:753 BW wensen uit te sluiten, moeten zij dit wel uitdrukkelijk in de overeen-

komst opnemen.³⁶ Volgens vaste rechtspraak is het enkel overeenkomen van een prijsvastbeding onvoldoende om de toepassing van artikel 7:753 BW uit te sluiten, omdat dit wetsartikel juist ziet op risico's waarmee de aannemer bij het bepalen van de prijs géén rekening behoefde te houden.³⁷ Een beroep op kostenverhogende omstandigheden blijft in dat geval mogelijk.³⁸ Indien partijen artikel 7:753 BW niet hebben uitgesloten, kan de rechter, op vordering van de aannemer, de overeengekomen prijs geheel of gedeeltelijk aanpassen aan de kostenverhogende omstandigheden, mits het intreden van die omstandigheden niet aan de aannemer kan worden toegerekend en de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening behoefde te houden met de kans op zulke omstandigheden. Bij het aanpassen van de prijs komt de rechter een grote vrijheid toe.³⁹ Omdat ook artikel 7:753 BW een uitzondering op het beginsel van *pacta sunt servanda* oplevert, is in de literatuur wel de wenselijkheid bepleit van een terughoudende toepassing van dit artikel.⁴⁰ Dit artikel kent echter niet het strikte vereiste van artikel 6:258 BW dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Daarmee biedt artikel 7:753 BW iets meer speelruimte. De rechtvaardiging hiervoor wordt gevonden in het feit dat specifiek de bouwsector behoefte zou hebben aan een wat minder stringente correctieregeling bij kostenverhogende omstandigheden. Aannemers zouden anders hoge risico-opslagen moeten toepassen op hun prijzen, en opdrachtgevers zouden hierdoor in gewone gevallen, waarin van kostenverhogende omstandigheden geen sprake is, benadeeld worden.⁴¹ Een belangrijke beperking van de speelruimte is evenwel opgenomen in lid 3. Daarin is bepaald dat de aannemer slechts dan een beroep toekomt op aanpassing van de prijs indien hij de opdrachtgever zo spoedig mogelijk voor de noodzaak van een prijsverhoging gewaarschuwd heeft, opdat de opdrachtgever dan nog kan besluiten de

32 Vgl. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.2.1-3.2.6.

33 Dit is ook het verschil tussen de kredietcrisis en de coronacrisis in het kader van beroepen op art. 6:258 BW. Zie ook H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, *Contract en coronacrisis*, NJB 2020/14, p. 966; T. Hartlief, *Wonderen verwachten van crisiscontractenrecht?*, in: B. Akkermans & A. Berlee, 'Sjef-sache'. Essays in honour of prof. mr. dr. J.H.M. (Sjef) van Erp on the occasion of his retirement, Den Haag: Eleven International Publishing 2021, p. 205. Zie voor een overzicht van lagere rechtspraak in het kader van de coronacrisis en onvoorziene omstandigheden (ook buiten de context van huur) Den Hartog 2021, p. 55-78.

34 Opzgn. regieovereenkomsten – aannemingsovereenkomsten waarin vooraf geen vaste prijs overeengekomen wordt – is dit artikel niet van toepassing. Zie Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2021/130. Anders C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Monografieën BW nr. B84), Deventer: Kluwer 2013, nr. 45.

35 Zie voor een vergelijking van art. 6:258 BW met art. 7:753 BW en par. 47 UAV: M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie bouw- en aanbestedingsrecht* 17, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 88-93.

36 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3373, r.o. 4.16. Vgl. Rb. Midden-Nederland 21 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3278, r.o. 4.11.

37 Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7956, r.o. 6.2, TBR 2011/200, m.nt. M.A.M.C. van den Berg. Het betrof het contractuele beding 'prijsvast tot einde werk'. Zie ook RvA Bouw 9 juni 2015, nr. 35.150, ov. 13, BR 2015/87, m.nt. M.R. Lim. Ook hier was overeengekomen dat 'de overeengekomen (verreken)prijs vast is tot aan het eind van het werk'.

38 Zie voor voorbeelden van voldoende uitdrukkelijke uitsluitingen Hof Amsterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1803, r.o. 4.2.3-4.2.4; Rb. Rotterdam 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1147, r.o. 5.8.7; RvA Bouw 8 februari 2017, nr. 72.067, ov. 20-21, TBR 2017/150, m.nt. R.J. Kwaak.

39 Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 21.

40 Zie o.a. W.J.M. Herber, *Staalprijzen, ofwel de invloed van China op de Nederlandse bouwrechtspraak*, BR 2005, p. 295; H.N. Schelhaas, in haar annotatie bij HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0636, TBR 2010/166, p. 924.

41 Zie bijv. J.M. van Dunné, 'Acts of god', overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht (preadvisie Vereniging voor Bouwrecht 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 141; Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9020, r.o. 3.10. Vgl. veel eerder al G. de Grooth, *Welke beginselen behoren ten grondslag te liggen aan een wettelijke regeling van de overeenkomst van aanneming van werk* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 1955-II), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955, p. 203 e.v.

opdracht te beperken, aan te passen of te beëindigen. Als de aannemer de opdrachtgever dit recht ontzegt door niet zo spoedig mogelijk aan deze waarschuwingsplicht te voldoen, ontvangt hem de aanspraak op aanpassing van de prijs.

4.2 Kostenverhogende omstandigheden en prijsstijgingen

4.2.1 Inleiding

Door de jaren heen is artikel 7:753 BW in de (arbitrale) rechtspraak meermaals de revue gepasseerd naar aanleiding van gestegen (staal)prijzen. Ook ten aanzien van artikel 7:753 BW worden wisselende resultaten bereikt. In de navolgende bespreking wordt ook inspiratie geput uit (arbitrale) rechtspraak die ziet op paragraaf 47 UAV, voor zover deze rechtspraak betrekking heeft op de vereisten die voor artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV hetzelfde zijn.

Of een aannemer rekening behoeft te houden met prijsstijgingen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij in het bijzonder van belang zijn het tijdstip waarop de overeenkomst gesloten is en de mate waarin er op dat moment al aanwijzingen waren dat de prijzen tot bepaalde hoogtes zouden stijgen.⁴² Om een beroep op kostenverhogende omstandigheden te laten slagen zal een aannemer concreet moeten stellen welke gevolgen de prijsstijgingen hebben gehad voor de aannemingsovereenkomst in kwestie en kan hij in beginsel niet volstaan met een enkele verwijzing naar (bijvoorbeeld) algemene nieuwsberichten over prijsstijgingen. Het gaat niet om willekeurige stijgingen van grondstofprijzen op de wereldmarkt, maar om concrete prijsstijgingen van toe te passen grondstoffen die daadwerkelijk tot kostenverhogingen ten laste van de aannemer leiden.⁴³

4.2.2 Beroep op kostenverhogende omstandigheden afgewezen

Wanneer de prijzen al gestegen waren ten tijde van het sluiten van de aannemingsovereenkomst, rijst de vraag of nog sprake kan zijn van kostenverhogende omstandigheden. Zo overwoog de RvA dat een onderaannemer bij het sluiten van de overeenkomst wist dat de staalprijzen waren gestegen. Door de overeenkomst desondanks te sluiten zonder enig voorbehoud te maken met betrekking tot deze prijsstijgingen, had de onderaannemer toekomstige prijswijzigingen zijn risicosfeer ingetrokken.⁴⁴ Veel afwijzingen van beroepen op artikel 7:753 BW zien echter niet zozeer op de vraag of met kostenverhogende omstandigheden door de aannemer rekening gehouden had moeten worden. De afwijzing heeft veelal te maken met het gebrek aan een tijdige waarschuwing zoals lid 3 vereist. De waarschuwing moet tijdig genoeg zijn om de opdrachtgever daadwerkelijk in

staat te stellen nog een keuze tot aanpassing of beëindiging te maken. Zo was de waarschuwing voor staalprijsverhogingen door een staalproducent te laat toen hij deze waarschuwing deed op een moment waarop hij al 99,4 % van de totale hoeveelheid te leveren staal geproduceerd had.⁴⁵ Een andere aannemer had niet op tijd gewaarschuwd nu hij weliswaar had gewezen op extreme prijsstijgingen van staal, maar in de toen nog lopende onderhandelingen niet het onderwerp van een prijsverhoging ter sprake had gebracht.⁴⁶ Naast tijdig dient de waarschuwing voldoende concreet te zijn, zodat de opdrachtgever een onderbouwde keuze kan maken voor de vervolgstappen.⁴⁷ Zo is het enkele wijzen op de kostenverhogende omstandigheden in kwestie onvoldoende, maar dient ook aangegeven te worden dát er extra kosten gemaakt zullen moeten worden en welke kosten dat zijn.⁴⁸ Bij de beoordeling of een waarschuwing voldoende duidelijk is, wordt tevens de deskundigheid van de opdrachtgever betrokken; voor een deskundige opdrachtgever zal een waarschuwing al sneller duidelijk (moeten) zijn dan voor een minder deskundige opdrachtgever.⁴⁹ De waarschuwingsplicht betreft een strikt vereiste. Onder omstandigheden zou een beroep op schending van de waarschuwingsplicht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn.⁵⁰ Hiervan zal slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn, omdat een te lichtvaardige toepassing van die maatstaven de wettelijke vereisten van artikel 7:753 BW in hoge mate zou uithollen.⁵¹

4.2.3 Beroep op kostenverhogende omstandigheden toegewezen

In gevallen waarin er wel tijdig gewaarschuwd was, zijn beroepen op artikel 7:753 BW in verband met prijsstijgingen met enige regelmaat toegewezen. Het enkele feit dat een bepaalde omstandigheid, zoals in het bijzonder de prijsstijgingen van grondstoffen en bouwmaterialen, zich al eerder heeft voorgedaan, impliceert niet zonder meer dat de aannemer met die omstandigheid rekening behoorde te houden bij het aangaan van de overeenkomst.⁵² Een aannemer hoeft in beginsel ook geen rekening te houden met het intreden van bepaalde kostenverhogende omstandigheden als de aanwijzingen dat

42 Zie bijv. Rb. Den Haag 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9842, r.o. 4.2; Rb. Midden-Nederland 17 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5570, r.o. 3.11.

43 Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9020, r.o. 3.17.

44 Zie RvA Bouw 29 april 2010, nr. 31.431, ov. 13; RvA Bouw 21 augustus 2012, nr. 71.578, ov. 19.

45 Hof Arnhem 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB3606, r.o. 27, NJ 2009/543.

46 Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7956, r.o. 7.5, TBR 2011/200, m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

47 Zie in deze zin ook Rb. Zwolle-Lelystad 19 juli 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ9314, r.o. 4.6.

48 Illustratief voor de vereiste concreetheid: RvA Bouw 16 oktober 2019, nr. 36.433, ov. 31. Vgl. tevens Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:677, r.o. 6.8.

49 Zie bijv. Hof Arnhem 28 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN9466, r.o. 4.7.3.

50 In RvA Bouw 4 juli 2016, nr. 35.131, ov. 26, werd dit argument verworpen.

51 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3373, r.o. 4.27; Rb. Rotterdam 7 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:116, r.o. 3.4.

52 Zie in die zin RvA Bouw 11 december 1985, nr. 11.650, BR 1986, p. 251-255, m.nt. H.O. Thunnissen; RvA Bouw 9 december 2004, nr. 26.658, BR 2005/64; RvA Bouw 9 juni 2015, nr. 35.130, r.o. 18, BR 2015/87, m.nt. M.R. Lim.

deze omstandigheden zullen intreden onvoldoende concreet zijn. Zo hoefde een aannemer volgens het hof Den Haag geen rekening te houden met de forse staalprijsstijgingen in januari 2004, ondanks de berichten in de loop van 2003 dat de staalprijsen zouden stijgen. Dit betrof geen concrete aanwijzingen dat er zich extreme staalprijsstijgingen zouden voordoen.⁵³ Een vergelijkbare redenering volgde de rechtbank Den Haag toen zij overwoog dat de staalprijsstijgingen in 2004 zelfs voor professionele partijen in de staalmarkt niet te voorzien waren in september 2003. Het meerdere boven een bedrag van 1% boven de aanneemsom (die meer dan 34 miljoen euro bedroeg) kwam voor vergoeding op deze grond in aanmerking;⁵⁴ 1% van de aanneemsom gold als ondernemersrisico van de aannemer. Vrijwel altijd wordt de mate waarin een aannemer rekening moest houden met prijsstijgingen op grond van artikel 7:753 BW (en paragraaf 47 UAV) als ondernemersrisico afgetrokken van de vergoeding waarop de aannemer aanspraak maakt. Gebruikelijk is dat dit ondernemersrisico uitgedrukt wordt als een bepaald percentage van prijsstijgingen waarmee de aannemer rekening te houden heeft.⁵⁵ Zo oordeelde de RvA dat een onderaannemer, vanuit zijn hoedanigheid als professioneel wapeningsstaalbedrijf, rekening had te houden met een staalprijsstijging van 10%. Slechts voor die staalprijsstijgingen die dit ondernemersrisico overstegen, kon de onderaannemer aanspraak maken op prijsaanpassing.⁵⁶

4.3 Kostenverhogende omstandigheden en de huidige prijsstijgingen

Wanneer een aannemer in de context van de huidige prijsstijgingen van grondstoffen en (bouw)materialen een geslaagd beroep op artikel 7:753 BW wenst te doen, zal hij onderbouwd moeten stellen (en bewijzen) dat hij geen rekening hoefde te houden met de kans op het intreden van deze huidige prijsstijgingen, dat deze niet aan hem zijn toe te rekenen en dat deze prijsstijgingen zijn ondernemersrisico overstijgen. Ten aanzien van de huidige prijsstijgingen is niet ondenkbaar dat een aannemer hier in bepaalde gevallen in kan slagen. Bij de beoordeling tot welke prijsaanpassing dit zal leiden, kan worden meegenomen of prijsstijgingen zich vaker hebben voorgedaan, welke hoedanigheid (professioneel of niet) partijen hebben en welke schadebeperkende maatregelen getroffen zijn of hadden kunnen worden. Daarnaast is een belangrijke horde die de aannemer moet

nemen die van het tijdig en concreet waarschuwen van de opdrachtgever voor het intreden van de kostenverhogende omstandigheden.

5. Paragraaf 47 UAV: kostenverhogende omstandigheden

Paragraaf 47 UAV biedt een specifieke regeling voor het omgaan met kostenverhogende omstandigheden, die veel overeenkomsten kent met artikel 7:753 BW; zo snijdt een prijsvastbeding ook de weg naar paragraaf 47 UAV niet per definitie af.⁵⁷ Anders dan bij artikel 7:753 BW geeft een geslaagd beroep op paragraaf 47 UAV echter geen recht op *prijsaanpassing*, maar geeft het aanspraak op *bijbetaling*. Paragraaf 47 UAV kent niet de verplichte tussenkomst van de rechter. Daarnaast moet de waarschuwing in het kader van paragraaf 47 UAV altijd schriftelijk zijn, waarna verplicht *overleg* tussen partijen dient plaats te vinden.⁵⁸ Hoewel paragraaf 47 UAV een *contractueel* beding is, dat partijen zelf op hun overeenkomst van toepassing verklaren, kan een bespreking hiervan naast de eerder besproken *wettelijke* leerstukken – gebruikelijk als het is dat paragraaf 47 UAV wordt opgenomen in aannemingsovereenkomsten – in deze bijdrage niet ontbreken.

De vereisten van paragraaf 47 UAV zijn inhoudelijk gelijk aan de vereisten van artikel 7:753 BW. Ten aanzien van paragraaf 47 UAV kunnen dezelfde stel- en bewijsregels opgeld doen voor de vraag of de aannemer rekening had moeten houden met het intreden van bepaalde omstandigheden en of de aannemer heeft voldaan aan zijn waarschuwingsplicht zoals voor artikel 7:753 BW hiervoor omschreven. Voor die punten zij dan ook verwezen naar het vorenstaande. Omdat paragraaf 47 UAV zich in het bijzonder onderscheidt door middel van het vereiste van een *aanzienlijke* kostenverhoging, ligt de focus in deze paragraaf op dat vereiste.⁵⁹

Of sprake is van een aanzienlijke kostenverhoging in de zin van paragraaf 47 UAV komt aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval.⁶⁰ Vaak wordt als *vuistregel* geaccepteerd dat er sprake is van een aanzienlijke kostenverhoging als er sprake is van een kostenver-

53 Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7956, r.o. 5.2, TBR 2011/200, m.nt. M.A.M.C. van den Berg. Zie in dezelfde zin RvA Bouw 29 augustus 2006, nr. 70981 en 70990, BR 2006/251, m.nt. W.J.M. Herber, ov. 31-33.

54 Rb. Den Haag 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9842, r.o. 4.9.

55 Zie voor een inzichtelijke berekening onder vigeur van par. 47 UAV: RvA Bouw 25 april 2016, nr. 35.131, ov. 38-44: de staalprijs ten tijde van contractsluiting bedroeg € 498 per ton. Er werd 400,41 ton staal geleverd. De RvA had overwogen dat op de aannemer een ondernemersrisico van 20% rustte. Pas bij een staalprijs van $(1,2 \times € 498 =) € 597,60$ per ton en dus een totaalbedrag dat $(400,41 \times € 597,60 =) € 239.285,02$ overstijgt, zou er dus sprake zijn van kostenverhogende omstandigheden die boven het ondernemersrisico van de aannemer zouden gaan.

56 RvA Bouw 9 juni 2015, nr. 35.150, BR 2015/87, m.nt. M.R. Lim, ov. 24.

57 Zie bijv. RvA Bouw 9 december 2004, nr. 26.658, BR 2005/64, ov. 17.

58 Zie voor de verdere verschillen tussen art. 7:753 BW en par. 47 UAV: Groene Serie Bijzondere overeenkomsten, Deventer: Kluwer, art. 7:753, aant. 12.

59 Zie voor een overzicht van uitspraken ten aanzien van dit vereiste: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2016, p. 116-129.

60 Zie in dit verband W. Boonstra, Nieuwe staalcrisis: de lakmoesproef voor § 47 UAV 1989, BR 2008/11, par. 4; J.M. van Dunné, Over staalprijsen enzo. Extreme stijging van materiaalkosten en het beroep op paragraaf 47 UAV 1989 wegens kostenverhogende omstandigheden (deel II), TBR 2010/6, p. 590-593; J. Springelkamp, Toepassing van par. 47 UAV 2012: draait het om harde cijfers of – toch weer – de omstandigheden van het geval?, TBR 2012/12, p. 1125. Zie ook Hof Den Haag 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:83, r.o. 13, TBR 2016/177, m.nt. W.J.M. Herber, waarin het hof oordeelde dat in dit verband een open norm op haar plaats is.

hoging van meer dan 5% op het gehele werk.⁶¹ Ook bij de beoordeling van een beroep op paragraaf 47 UAV wordt meegewogen in welke mate de aannemer rekening had moeten houden met bepaalde kostenverhogende omstandigheden en wordt dit als ondernemersrisico afgetrokken van het gestelde nadeel. Een relevante factor hierbij is onder meer de professionaliteit van de partijen.⁶² De vereiste aanzienlijkheid zorgt ervoor dat slechts die prijsstijgingen kunnen worden doorgelegd aan de opdrachtgever die daadwerkelijk de kosten van het werk op een bijzonder nadelige wijze beïnvloeden. Illustratief is een uitspraak van de RvA. Na te hebben overwogen dat 20% van de staalprijsstijging in verband met het ondernemersrisico voor rekening van de aannemer diende te komen, overwoog de RvA dat het overgebleven surplus (bij wijze van vuistregel) een kostenverhoging van 5% op het geheel aangenomen werk zou moeten opleveren. Zou dit het geval zijn, dan zou slechts het meerdere boven die 5% in aanmerking kunnen komen voor bijbetaling, omdat het mindere niet als aanzienlijk aan te merken is. Zo stelde de RvA vast dat ten aanzien van twee projecten waarvoor de aannemer bijbetaling van de opdrachtgever vorderde, de drempel van 5% kostenverhoging niet gehaald was en voor het andere project wel omdat er sprake was van een kostenverhoging van 13,37% op het gehele werk. Op die grond werd een bijbetaling van 8,37% op de kosten van het gehele werk redelijk geacht.⁶³ In artikel 7:753 BW is dit aanzienlijkheidsvereiste bewust niet opgenomen, omdat de rechter een grote vrijheid heeft bij de prijsaanpassing en het volgens de wetgever daarom niet passend was hem te binden aan een bepaald (omvangs)criterium.⁶⁴ Evenals voor de andere leerstukken geldt, is niet in zijn algemeenheid te zeggen of een beroep op paragraaf 47 UAV ten aanzien van de huidige prijsstijgingen succesvol zal zijn. Wel lijken de prijzen van (bouw)materialen in 2021 en 2022 in zo'n mate gestegen te zijn en te stijgen dat, voor zover sprake is van een tijdige waarschuwing en wordt uitgegaan van de vuistregel van 5%, niet uitgesloten is dat in voorkomende gevallen van een aanzienlijke kostenverhoging sprake zou kunnen zijn. Het is aan de aannemer die hiermee te maken krijgt om te stellen en te bewijzen dat dit in zijn geval ook dient te leiden tot bijbetaling.

6. Artikel 6:248 lid 2 BW: beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) kan een bepaalde (contractuele) bepaling, zoals een bepaling waar-

mee het risico van prijsstijgingen bij een van beide partijen gelegd wordt, *buiten toepassing* worden verklaard indien de toepassing van die bepaling in de omstandigheden van het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ook hier geldt dat de rechter terughoudendheid zal moeten betrachten.⁶⁵

Het hiervoor besproken artikel 6:258 BW vormt een uitwerking van deze beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶⁶ Het feit dat een bepaalde casuïstiek, zoals die van prijsstijgingen, zich lijkt te bevinden in het gebied van artikel 6:258 BW, betekent (in de heersende opvatting) niet dat het onmogelijk is om een beroep te doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶⁷ In bijzondere gevallen is denkbaar dat een prijsvastbeding of een prijswijzigingsbeding in business-to-businessverhoudingen tot dermate onredelijke resultaten leidt, dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid buiten toepassing dienen te blijven. Dit is geen sinecure. Zo overwoog het Hof 's-Hertogenbosch in een recente uitspraak dat een prijswijzigingsbeding in stand kon blijven omdat, als de afnemer het zo belangrijk had gevonden om vaste prijzen overeen te komen, van hem had mogen worden verwacht dat hij dit in de onderhandelingen ter sprake had gebracht. Nu dit niet was gebeurd, beide partijen de strekking van het prijswijzigingsbeding behoorden te begrijpen én niet was gebleken dat leverancier op zo'n manier gebruikmaakte van zijn prijswijzigingsbevoegdheid dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, werd het vonnis in eerste aanleg, waarin geoordeeld was dat het beding vernietigbaar was, vernietigd.⁶⁸ Zo blijkt dat ook de wijze waarop gebruikgemaakt wordt van de prijswijzigingsbevoegdheid een rol speelt in het redelijkheidsoordeel.⁶⁹ Zeker als de prijswijziging niet buiten verhouding staat met de stijging van de marktprijzen zal de afnemer, die nu eenmaal overeengekomen is dat prijsstijgingen kunnen worden doorberekend, met overtuigende argumenten moeten komen om het prijswijzigingsbeding van tafel te krijgen.

Over de verhouding tussen artikel 6:258 en artikel 6:248 lid 2 BW heeft de wetgever aangegeven dat artikel 6:258 BW de buitengrens van artikel 6:248 lid 2 BW bepaalt voor die complexe gevallen die een constitutief vonnis van de rechter noodzaken.⁷⁰ Wat er van die noodzake-

61 Zie RvA Bouw 25 april 2016, nr. 35.131, ov. 24.

62 Zie bijv. RvA Bouw 25 april 2016, nr. 35.131, ov. 17.

63 RvA Bouw 4 juli 2016, nr. 35.131, ov. 17-26, 37, 42-43 en 47-49.

64 Kamerstukken 2000/01, 23095, nr. 10, p. 35.

65 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 68.

66 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 973-974.

67 Vgl. HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3069, NJ 1999/602 (VvE/CSM); HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, NJ 2000/471, m.nt. A.R. Bloembergen (Frans Maas); HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6727, NJ 2012/234 (Tennisvereniging De IJpelaar). Zie uitvoerig H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 48.2.

68 Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3326, r.o. 5.16-5.17.

69 Vgl. Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2204, waarin het ging om een verhuurder die een huurprijsverhoging had doorgevoerd die ver boven het marktconforme peil uitging in weerwil van het specifieke prijswijzigingsbeding.

70 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1828.

lijkheid van de tussenkomst van de rechter ook zij,⁷¹ dit betekent wel dat de rechter een beroep op de beperkende werking in principe kan afwijzen indien hij van mening is dat een beroep had moeten worden gedaan op onvoorziene omstandigheden.⁷² Daarnaast geldt dat met een beroep op de beperkende werking niet kan worden bewerkstelligd dat de overeenkomst wordt gewijzigd of ontbonden. Een buitentoepassingverklaring van een contractuele bepaling en daaropvolgende aanvulling van de daardoor ontstane leemte in de overeenkomst (op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid) zullen echter doorgaans feitelijk neerkomen op een wijziging.⁷³ Deze laatste "wijziging" geldt echter in beginsel wel enkel voor het specifiek beoordeelde geval, terwijl de wijziging c.q. ontbinding op grond van artikel 6:258 BW blijvend is.

7. Verhouding artikel 6:258 BW, artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV

7.1 Inleiding

Zoals uit het voorgaande blijkt, kan een aannemer verschillende leerstukken inroepen om onder vaste prijsafspraken in aannemingsovereenkomsten uit te komen in geval van (extreme) prijsstijgingen. In alle gevallen voldeed de aannemer niet zomaar aan zijn stelplicht en bewijstlast en komt het in meer of mindere mate aan op de vraag in hoeverre een aannemer bij het overeenkomen van de prijs rekening heeft gehouden c.q. had moeten houden met de zich voordoende prijsstijgingen. Toch zijn er enkele verschillen in benadering bij de toepassing van de verschillende leerstukken. Voor een strategische inzet door een aannemer van een discussie over het doorberekenen van de huidige prijsstijgingen en voor het aangaan van toekomstige aannemingsovereenkomsten is het relevant om een bewuste keuze te maken in het toe te passen regime. Daarom lichten we er enkele verschillen in benadering uit.

7.2 Belangrijkste verschillen

Het valt op dat artikel 6:258 BW een hogere drempel opwerpt voor de doorlegging van prijsverhogingen – in weerwil van vaste prijsafspraken – dan artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV. Artikel 6:258 BW vereist namelijk dat ongewijzigde instandhouding door de opdrachtgever niet verwacht mag worden. Dit vereiste legt de lat

hoog voor de aannemer en is niet terug te vinden bij de andere bepalingen. Andersom geldt dat de waarschuwingplicht – hét vereiste dat de meeste beroepen op artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV doet afstuiten – en de in paragraaf 47 UAV vereiste aanzienlijkheid juist niet in de bewoordingen van artikel 6:258 BW zijn terug te vinden. Dit zou juist kunnen wijzen op een minder strenge benadering van artikel 6:258 BW ten opzichte van zijn bouwrechtelijke pendanten. Toch lijkt dat niet aan de orde.

Allereerst wordt steeds vaker ten aanzien van artikel 6:258 BW verdedigd dat er in situaties die door het filter van artikel 6:258 BW komen – wat overigens, gelet op de ingewikkeldheid van de vraag of aan de vereisten van artikel 6:258 BW voldaan is, natuurlijk niet altijd even makkelijk vast te stellen zal zijn – op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een plicht op partijen komt te rusten om te heronderhandelen over de prijs in de nieuw ontstane situatie.⁷⁴ Dit impliceert dat de opdrachtgever in een '6:258-situatie' evengoed geïnformeerd zal moeten worden over prijsstijgingen als in een '7:753-situatie' en een 'paragraaf 47 UAV-situatie'. Weliswaar ontvalt de aannemer bij het uitblijven van een dergelijke waarschuwing niet meteen een beroep op artikel 6:258 BW, maar de rechter kan de opstelling van partijen in de heronderhandelingsfase uitdrukkelijk meewegen in de vraag of en in welke mate ongewijzigde instandhouding verwacht mag worden.

Daarnaast is de vraag of een opdrachtgever ongewijzigde instandhouding mag verwachten een normatieve vraag die een contextuele benadering vergt, terwijl de vraag of een kostenverhoging aanzienlijk is in de zin van paragraaf 47 UAV in beginsel ook meer los van de context en meer op basis van harde cijfers zou kunnen worden beoordeeld.⁷⁵ Of er sprake is van een aanzienlijke kostenverhoging kan natuurlijk wel een omstandigheid zijn die meeweegt bij de beoordeling op grond van artikel 6:258 BW (of artikel 7:753 BW). Als dit zo is, wil dat echter nog niet zeggen dat de opdrachtgever ongewijzigde instandhouding niet zou mogen verwachten.⁷⁶ Het hanteren van vuistregels, zoals in het kader van paragraaf 47 UAV omtrent de vereiste aanzienlijkheid redelijk stelselmatig geschiedt, past dan ook minder goed bij artikel 6:258 BW.⁷⁷ In de literatuur wordt wel de kritiek geuit dat dit (in mindere mate) ook voor paragraaf 47

71 Zie daarover kritisch, onder veel meer, M.E.M.G. Peletier, Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie. Over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 1999, p. 145; A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten (Monografieën BW nr. A10), Deventer: Kluwer 2003, nr. 24.

72 Zie Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1827; A.S. Hartkamp, Reactie. De verhouding tussen de artt. 6:248 en art. 6:258 BW, WPNR 2000/6404, p. 396; concl. A-G Wissink, ov. 3.10.3, bij HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:927, RvdW 2019/714.

73 Al is dit theoretisch bezien niet hetzelfde. Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018/435.

74 Zie recentelijk nog, met verdere verwijzingen naar literatuur, M.R. Ruysvoorn, De verschillen tussen het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase, de contractuele fase en in het bijzonder bij onvoorziene omstandigheden, RMThemis 2021/6, p. 216-219. Zie in de recente rechtspraak Rb. Amsterdam 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5365, r.o. 9; Rb. Amsterdam 18 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2478, r.o. 6; Rb. Amsterdam 20 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3864, r.o. 16.

75 Vgl. B.D.A. Zwart, De financiële en economische crisis toch een onvoorziene omstandigheid?, TBR 2014/9, p. 817.

76 Zie ook Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI- 2021/143.

77 Vgl. de belangrijkste kritiek op de 'share the pain'-benadering, met een 50/50-verdeling als uitgangspunt, die aanvaard is in het kader van de coronacrisis en huurovereenkomsten. Zie bijv. W.H. van Boom, Coronaprijsverhoging, RMThemis 2021/3, p. 134-135. De Hoge Raad heeft de 'share the pain'-benadering aanvaard, maar wel met de belangrijke nuance dat de redelijkheid en billijkheid van art. 6:258 BW lid 1 met zich kunnen bren-

UAV geldt,⁷⁸ maar toch komt dit ons minder bezwaarlijk voor, omdat paragraaf 47 UAV een bepaling is die partijen bewust contractueel van toepassing verklaren. Het hanteren van een dergelijke vuistregel – waar in voorkomende gevallen natuurlijk van kan worden afgeweken – kan aan partijen vooraf zelfs een betere mogelijkheid bieden om een geïnformeerde afweging te maken of en in hoeverre zij paragraaf 47 UAV of juist een afwijkende bepaling in hun overeenkomst wensen op te nemen.

7.3 Rechtvaardiging voor een verschillende benadering?

Een rechtvaardiging voor dit soort verschillen in benadering is er op zichzelf in gelegen dat de toepassing van artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV contractueel kan worden gereguleerd, terwijl artikel 6:258 BW van dwingend recht is (zie artikel 6:250 BW). Immers, als partijen ervoor kiezen om artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV uit te sluiten c.q. niet toe te passen, zal de aannemer genoodzaakt zijn zich op artikel 6:258 BW te beroepen als hij toch de prijsstijgingen wenst door te berekenen. Het zou vreemd zijn als bij artikel 6:258 BW vervolgens toch hetzelfde toetsingskader wordt aangelegd als bij de bepalingen die partijen uitdrukkelijk in hun overeenkomst uitgesloten of niet toegepast hebben. Die contractuele bepalingen zouden dan een lege huls worden. Hoewel het verschil in benadering op deze manier kan worden verklaard, wordt in het verlengde daarvan wel kritisch gereageerd op de rechtvaardiging voor de ruimhartigere benadering van kostenverhogende omstandigheden in de bouwpraktijk (zie hiervoor paragraaf 4.1).⁷⁹ Op zichzelf bezien kan inderdaad worden getwijfeld aan de rechtvaardiging van (de minder terughoudende toepassing van) artikel 7:753 BW die gelegen wordt geacht in de complexiteit van de bouwsector, de onmogelijkheid voor aannemers om met alle risico's rekening te houden en de angst dat opdrachtgevers met te grote risico-opslagen geconfronteerd zullen worden. De vraag kan immers worden gesteld in hoeverre dit soort overwegingen zich niet ook buiten de bouwsector voordoet.⁸⁰ Men kan zich dan afvragen waarom enkel de bouwsector de mogelijkheid heeft beroep te doen op een 'gunstigere' bepaling dan artikel 6:258 BW. Daarbij zij wel opgemerkt dat het partijen buiten de bouwsector alleszins vrijstaat om (grotendeels) aan de grillen van artikel 6:258 BW te ontkomen door in de overeenkomst concreet te bepalen hoe zij met prijsstijgingen om wensen te gaan.

Bij het voorgaande past overigens de nuancering dat de rechter bij alle drie de bepalingen relatief veel vrijheid heeft om maatwerk te leveren. Natuurlijk is de rechter

gebonden aan de specifieke vereisten van de bepalingen, maar binnen deze vereisten krijgt hij, bij zowel artikel 6:258 BW als artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV, wel de gereedschappen om recht te doen aan de concrete omstandigheden van het geval met het rechtsgevolg dat hem redelijk toeschijnt.

8. Back-to-back contracteren

Specifieke aandacht verdient nog het feit dat in het handelsverkeer veelal meer partijen (indirect) betrokken zijn in een handelsrelatie dan alleen de leverancier/aannemer en de afnemer/opdrachtgever waar tot nu toe over gesproken is. Zo sluit een opdrachtgever van een bouwproject een aannemingsovereenkomst met een aannemer, waarna de aannemer vaak een deel van de werkzaamheden uitbesteedt aan een onderaannemer en de onderaannemer vervolgens zijn bouwmaterialen bij een leverancier inkoopt. Om de risico's zo veel mogelijk in te dekken, zal elke partij binnen deze keten ernaar streven de overeenkomsten met haar wederpartijen zo goed mogelijk op elkaar te laten aansluiten, oftewel back-to-back te contracteren.⁸¹

Meer specifiek betekent dat in dit geval dat een hoofdaannemer die een vaste prijs met zijn opdrachtgever is overeengekomen, eveneens een vaste prijs met zijn onderaannemer zal willen afspreken. De hoofdaannemer zal immers wensen te voorkomen dat hij te maken krijgt met een prijswijziging van zijn onderaannemer die hij niet bij zijn opdrachtgever in rekening kan brengen. Partijen zullen er echter rekening mee moeten houden dat zij het risico van een prijswijziging vanwege onvoorzienbare of kostenverhogende omstandigheden behouden, ondanks dat zij back-to-back hebben gecontracteerd. De vraag of de prijs gewijzigd kan worden, is – ongeacht het toepasselijke leerstuk – afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hoewel in de verschillende contractuele relaties dezelfde prijsbepalingen zijn opgenomen en de omstandigheden in de relatie tussen de leverancier-onderaannemer, onderaannemer-hoofdaannemer en hoofdaannemer-opdrachtgever vermoedelijk voor een groot deel overeen zullen komen, zullen de omstandigheden niet een-op-een gelijk zijn. Zo is het voorstelbaar dat een kostenverhoging in de relatie onderaannemer-hoofdaannemer aanzienlijk geacht wordt, terwijl deze in de verhouding hoofdaannemer-opdrachtgever niet aanzienlijk is, bijvoorbeeld omdat de aanneemsom in die relatie vele malen hoger is, waardoor niet aan de vereisten van paragraaf 47 UAV is voldaan.⁸² Kortom, een succesvol beroep op onvoorzienbare of kostenverhogende omstandigheden in de ene relatie hoeft niet of niet in gelijke omvang te leiden tot prijsaanpassing in

gen dat wordt afgeweken van de gelijkelijke verdeling van het nadeel. Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, r.o. 3.3.3.

78 Zie bijv. Boonstra 2008, par. 4; Van Dunné 2010, p. 593; Springelkamp 2021, p. 1125.

79 Zie bijv. Schelhaas 2010, p. 924.

80 Zie ook Herber 2005, p. 295. Herber plaatst voorts vraagtekens bij de meerwaarde van art. 7:753 BW, nu dit artikel geen mogelijkheid biedt tot prijsaanpassingen bij *prijssdalingen*, waardoor in dat geval toch weer moet worden teruggevallen op art. 6:258 BW.

81 Zie over back-to-back contracteren o.a. T.J. de Graaf, Back-to-back contracteren bij distributie, ORP 2014/2, p. 31-35; S. van den Boogaart & L.F. Dröge, Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten. Aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen, TBR 2015/6, p. 570-581.

82 Zie ook Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2021/143.

de andere relatie. Wel kan de rechter in de beoordeling van een beroep op onvoorziene of kostenverhogende omstandigheden betrekken in hoeverre de partij die een prijsstijging wenst door te berekenen zelf heeft geprobeerd de aan haar doorberekende prijsstijging van haar leverancier/aannemer bijvoorbeeld tegen te gaan dan wel in te perken. Beargumenteerd kan worden dat een partij die (al dan niet met recht) een beroep op onvoorziene omstandigheden doet, niet stil kan blijven zitten, maar er ook waar mogelijk voor dient te zorgen dat haar schade – en daarmee de schade van de wederpartij bij een succesvolle vordering tot prijswijziging – zo laag mogelijk blijft.⁸³

9. Handvatten voor de toekomstige praktijk

In het voorgaande is aandacht besteed aan de bestaande overeenkomsten waarbinnen contractspartijen worden geconfronteerd met de huidige prijsstijgingen. Partijen zouden dit soort discussies (in belangrijke mate) kunnen beperken door contractueel meer specifiek te bepalen hoe zij met een eventuele prijsstijging wensen om te gaan. Zo zouden partijen expliciet overeen kunnen komen tot welke percentuele omvang van de prijsstijging de leverancier eenzijdig de stijging kan doorberekenen ('Bij een stijging van de kostprijs met minder dan [X]% ten opzichte van het moment van de offerteberekening, is leverancier gerechtigd dit verschil aan afnemer door te berekenen'). Bij het overeenkomen van een vaste prijs zouden partijen kunnen overwegen in de overeenkomst nader te duiden wat de mogelijkheden zijn bij extreme prijsstijgingen (eventueel boven een bepaald percentage). Ontstaat er voor de leverancier dan bijvoorbeeld het recht om de overeenkomst tussentijds op te zeggen, of voor partijen een contractuele verplichting om opnieuw in onderhandeling te treden?

Als uiteindelijk toch discussie ontstaat over de mogelijkheid een prijswijziging door te voeren, zal het feit dat partijen in de huidige omstandigheden hebben gekozen voor een vaste prijs of prijswijzigingsbeding, een omstandigheid zijn die wordt meegewogen bij de toepassing van de besproken leerstukken. Ook in deze tijden blijft de vraag relevant of partijen de huidige prijsstijgingen bedoeld hebben in hun overeenkomst te verdisconteren om een mogelijk beroep op artikel 6:258 BW in te perken. De huidige omstandigheden zullen tevens een belangrijke rol spelen bij de beantwoording van de vraag of een aannemer bij het bepalen van de prijs rekening had moeten houden met de kans op een verdere

prijsstijging, en het de rechter in dat kader vrijstaat de prijs te verhogen op grond van artikel 7:753 BW of paragraaf 47 UAV. Zo bespraken we jurisprudentie waarin werd geoordeeld dat een aannemer toekomstige prijsstijgingen zijn risicosfeer in had getrokken toen hij, wetende dat de staalprijsen waren gestegen, een overeenkomst was aangegaan zonder enig voorbehoud te maken ten aanzien van prijsstijgingen. Aanwijzingen dat er verdere prijsstijging zal plaatsvinden en de omvang daarvan zullen wel voldoende concreet moeten zijn om de prijsstijging (enkel) in de risicosfeer van de aannemer te laten.

10. Conclusie

Een leverancier en een afnemer kunnen in hun overeenkomst een vaste prijs afspreken voor de te leveren zaken en werken of juist overeenkomen dat prijsstijgingen van grondstoffen en (bouw)materialen die zich voordoen nadat partijen hun overeenkomst hebben gesloten, door de leverancier kunnen worden doorberekend aan de afnemer. Of partijen ook daadwerkelijk een beroep kunnen doen op deze contractuele afspraak is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In deze bijdrage is aandacht besteed aan de mogelijkheid om op grond van artikel 6:258 BW, artikel 7:753 BW, paragraaf 47 UAV of artikel 6:248 lid 2 BW een prijswijziging door te voeren wanneer partijen een vaste prijs zijn overeengekomen, dan wel te voorkomen dat een prijswijziging wordt doorgevoerd met een beroep op een overeengekomen prijswijzigingsbeding. In al deze gevallen rust er, omdat trouw aan het gegeven woord ook in uitzonderlijke omstandigheden het uitgangspunt blijft, een zware stelplicht en bewijslast op de partij die een vordering instelt. Aan de vereisten van deze leerstukken is niet zomaar voldaan. Het komt bij een beroep op al deze artikelen in de context van prijsstijgingen in meer of mindere mate aan op de vraag in hoeverre en in welke mate deze partij bij het sluiten van de overeenkomst rekening heeft gehouden c.q. had moeten houden met de zich voordoende prijsstijgingen.

Een vergelijking van een beroep van een aannemer op artikel 6:258 BW, artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV leidt tot de conclusie dat de drempel om een prijsstijging door te berekenen aan een opdrachtgever bij artikel 6:258 BW in beginsel het hoogst is als partijen een vaste prijs zijn overeengekomen. Wel heeft de rechter bij al deze bepalingen een vrij grote vrijheid én zal een aannemer ook bij artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV gemotiveerd moeten stellen (en bewijzen) waarom de omstandigheden uitzonderlijk genoeg zijn om een vaste prijsafpraak te doorbreken.

In deze tijd waarin de prijsstijgingen ons om de oren vliegen, blijkt voor contracten die nu worden gesloten opnieuw het belang van bewust contracteren. Als partijen nu niet stilstaan bij de vraag wat te doen als de grondstofprijzen (blijven) stijgen, is de kans dat zij hierover in de toekomst alsnog met elkaar in discussie gera-

83 Vgl. ook de rol van de 'schadebeperkingsplicht' in het kader van corona en huur (bijv. de vraag in hoeverre een horecagelegenheid wel gebruikgemaakt heeft van de mogelijkheid van afhaal en bezorging). Zie bijv. Rb. Rotterdam 26 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12056; Rb. Rotterdam 14 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:451, r.o. 5.12. Hierover ook concl. P-G Wissink, ov. 5.37, voor HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974.

ken reëel. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat evenwel opnieuw blijkt dat ook zorgvuldig gekozen bewoordingen in een contract nooit honderd procent garantie kunnen bieden dat er geen enkele discussie meer gevoerd kan worden over het al dan niet doorberekenen van prijsstijgingen. De in de overeenkomst gekozen bewoordingen kunnen de rechter al wel sturing geven in zijn te geven oordeel en kunnen bovendien in hoge mate de (her)onderhandelingsfase kleuren die partijen op het moment van onvoorziene prijsstijgingen aan zullen (moeten) gaan, zodat een gang naar de rechter mogelijk achterwege kan blijven.