

Red flags bij pay-if/when-paid-clausules in onderaannemingscontracten

In onderaannemingscontracten opteren partijen soms voor een pay-if-paid- of een pay-when-paid-clausule. Zulke clausules hebben tot gevolg dat de betaling van de onderaannemer door de hoofdaannemer afhankelijk wordt gesteld ("back-to-back") van de betaling van de hoofdaannemer door zijn eigen opdrachtgever. Het sleutelpunt voor de betaling van de onderaannemer (door de hoofdaannemer) is met andere woorden de betaling door de opdrachtgever.

In een recent vonnis boog de Ondernemingsrechtbank Antwerpen – afdeling Antwerpen zich over een pay-if/when-paid-clausule en besloot zij tot diens nietigheid.[\[1\]](#)

In deze nieuwsbrief bekijken we enerzijds kort het concept van de pay-if/when-paid-clausules en bespreken we anderzijds de red flags bij zulke clausules.

I. Pay-if/when-paid-clausules: het onderscheid

Bij een pay-when-paid-clausule verbindt de hoofdaannemer zich ertoe om de onderaannemer te betalen van zodra hij zelf door de opdrachtgever is betaald. Het tijdstip van de opeisbaarheid van de betalingsvordering van de onderaannemer op de hoofdaannemer wordt met andere woorden uitgesteld. Bij zulke clausule wordt bijgevolg enkel het risico op vertraging in de betaling bij de onderaannemer gelegd.

Een pay-if-paid-clausule heeft op haar beurt tot gevolg dat er een voorwaarde aan de betalingsverbintenis van de hoofdaannemer ten aanzien van de onderaannemer wordt gekleefd: enkel en alleen indien de opdrachtgever de hoofdaannemer betaalt, is de hoofdaannemer gebonden

om de onderaannemer te betalen. In tegenstelling tot een pay-when-paid-clausule wordt bij een pay-if-paid-clausule het betalingsrisico zelf bij de onderaannemer gelegd.

2. Red flags bij pay-if/when-paid-clausules

Hoewel de Ondernemingsrechtbank van Antwerpen zich in voormeld vonnis niet expliciet heeft uitgesproken of het in casu ging over een pay-when-paid-clausule dan wel een pay-if-paid-clausule, schoof de rechtbank wel drie duidelijke rechtsgronden naar voren op basis waarvan zij tot de nietigheid van de betrokken clausule besloot.

Hieronder bespreken we kort de verschillende rechtsgronden waarop de rechtbank zich steunde, en bijgevolg de red flags waarmee er rekening dient te worden gehouden bij het draften van een dergelijke clausule in een overeenkomst.

a. Maximale betalingstermijn van zestig dagen van dwingend recht (art. 4, §1, tweede lid Wet Betalingsachterstand)

De eerste rechtsgrond die het vonnis aanhaalt, zijn de dwingende bepalingen van de Wet Betalingsachterstand[\[2\]](#).

De Wet Betalingsachterstand voorziet standaard in een betalingstermijn van dertig dagen[\[3\]](#). Partijen kunnen hiervan contractueel afwijken, maar zij kunnen – door het dwingend artikel 4, §1, tweede lid Wet Betalingsachterstand – geen langere betalingstermijn bedingen dan zestig dagen.

Een pay-when-paid-clausule stelt het tijdstip van de opeisbaarheid van de betalingsvordering van de onderaannemer op de hoofdaannemer uit en zal met andere woorden de betalingstermijn verlengen.

Uit het betrokken onderaannemingscontract leidde de Ondernemingsrechtbank van Antwerpen af dat de hoofdaannemer zich engageerde om zijn onderaannemer te vergoeden. Dit had tot gevolg dat de partijen geen (opschortende) voorwaarde overeenkwamen, maar wel een betalingstermijn,

waarop de dwingende bepalingen van de Wet Betalingsachterstand van toepassing zijn.

Aangezien de uitvoering van deze clause tot de overschrijding van de dwingende maximale betalingstermijn van zestig dagen zou leiden, besloot de rechtbank tot de nietigheid van de betrokken pay-if/when-paid-clausule op grond van een schending van de dwingende bepalingen van de Wet Betalingsachterstand.

b. Vermoeden van onrechtmatigheid bij verlegging van het economisch risico (art. VI.91/5, 3° WER)

De tweede rechtsgrond waarop het vonnis steunt, is een schending van de onrechtmatige bedingen in B2B-contracten opgenomen in het Wetboek Economisch Recht (WER), meer bepaald het artikel VI.91/5, 3° WER.

Een beding dat ertoe strekt om zonder tegenprestatie het economisch risico op een partij te leggen indien die normaal op de andere onderneming of een andere partij zou rusten, wordt conform artikel VI.91/5, 3° WER vermoed onrechtmatig te zijn. Ook een pay-if/when-paid-clausule dient hieraan te voldoen.

De Ondernemingsrechtbank van Antwerpen oordeelde dat bij een pay-if/when-paid-clausule het betalingsrisico, minstens het vertragingsrisico wordt doorgeschoven naar de onderaannemer, terwijl dit economisch risico in principe bij de hoofdaannemer zou liggen.

Aangezien het betrokken onderaannemingscontract geen tegenprestatie voor de onderaannemer voor de risicoverschuiving voorzag, oordeelde de rechtbank dat de betrokken pay-if/when-paid-clausule onrechtmatig en bijgevolg nietig was.

c. Rechtsmisbruik

Tot slot verwijst het vonnis naar rechtsmisbruik als rechtsgrond.

Een pay-if/when-paid-clausule is, zoals elk contractueel beding, vatbaar voor rechtsmisbruik. De abusieve toepassing van een pay-if/when-paid-clausule kan ertoe leiden dat de hoofdaannemer zich niet langer op voormelde clausule kan beroepen.

Zo oordeelde de Ondernemingsrechtbank van Antwerpen in casu dat de hoofdaannemer zich niet op de betrokken pay-if/when-paid-clausule kon beroepen indien de opdrachtgever de hoofdaannemer niet zou betalen op basis van de exceptie van niet-uitvoering en/of andere tekortkomingen die te wijten zijn aan de hoofdaannemer, en niet aan de onderaannemer.

3. Besluit

Uit het vonnis van de Ondernemingsrechtbank van Antwerpen volgt dat de toekomst van pay-if/when-paid-clausule in contracten die vallen onder Belgisch recht, onder vuur ligt.

Ondanks de principiële geldigheid ervan, is het aangewezen om bijzonder voorzichtig en precies te werk te gaan bij het opstellen van zulke clausules. De sanctie is immers hard: een pay-if/when-paid-clausule die nietig is, wordt geacht nooit te hebben bestaan. De hoofdaannemer kan zich er ten aanzien van zijn onderaannemer niet op beroepen, zowel voor de betalingen uitgevoerd in het verleden als in de toekomst.

Voor verder advies over dit onderwerp kunt u steeds terecht bij Jens Rediers, Sophie De Krock en Michiel Reynders.

[1] Orb. Antwerpen 30 maart 2023, nr. AR/22/03905, DAOR 2023/2, nr. 146, 57.

[2] Wet van 2 augustus 2002 inzake de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, zoals laatst gewijzigd bij wetswijziging van 14 augustus 2021 (inwerkingtreding: 1 februari 2022)

[3] Artikel 4, §1, eerste lid Wet Betalingsachterstand

Regentschapsstraat 58 bus 8 - 1000 Brussel

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

info@schoups.be

www.schoups.com