

Ondernemingsrechtbank Antwerpen, 30 maart 2023

AR: A/22/03905

Zetel: S. Busscher, N. Verheyden, N. Schepens

Griffier: L. Van Hooijdonk

Pleiters: mr. St. Bertouille, mr. S. Bertouille en mr. W. Hermans

Inzake: De vennootschap naar buitenlands recht MS Plus tegen
BV Talenco

I. Situering van het geschil

Onderaannemer MS Plus spreekt hoofdaannemer Talenco aan in de betaling van een saldo van de onderaannemingsprijs voor werken die ze zou hebben uitgevoerd aan de basismodules van windmolens, en in de betaling van een opzeggingsvergoeding. Talenco betwist de hoofdeis, onder meer verwijzend naar de inhoudingen door haar opdrachtgever Equans/Fabricom en de beëindiging van de hoofdaannemingsovereenkomst door die laatste. Equans is een handelsbenaming voor Fabricom NV (KBO-nr. 0425.702.910), naar wie hierna met Fabricom wordt verwezen. Fabricom was zelf niet de eindklant, maar trad ook op in opdracht van een derde.

II. Procedureverloop

MS Plus heeft het geding ingeleid bij dagvaarding betekend op 27 september 2022.

De zaak werd in beraad genomen op de openbare zitting van 2 maart 2023 nadat de raadslieden van de partijen op deze zitting werden gehoord.

De rechtbank hield bij de beoordeling van het geschil rekening met de stukken, met de conclusie neergelegd op 28 december 2022 namens MS Plus, en met de conclusie neergelegd op 2 februari 2023 namens Talenco. In deze procedure werd de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken nageleefd.

III. Eisen

Met de hoofdeis eist MS Plus de veroordeling van Talenco tot betaling van 243.720,50 euro, te vermeerderen met een verwijlinterest aan de wettelijke rentevoet vanaf de opeisbaarheid van de facturen tot aan de dag van de betekening van de dagvaarding en sedertdien met een gerechtelijke interest aan dezelfde rentevoet, van een vergoeding wegens ongeldige opzeg van 14.540,50 euro provisioneel, en de kosten van het geding met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding van 10.500,00 euro. Ze vraagt dat de beslissing uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard zonder zekerheidsstelling en met uitsluiting van de mogelijkheid tot kantonnement.

Talenco vraagt een uitstel van de behandeling met een nieuwe conclusiekalender. Ze vraagt de samenvoeging van de zaak met het dossier A/22/02322 voor de Nederlandstalige onderneming-rechtbank Brussel, met verzending naar die rechtbank. Ze vraagt vervolgens de afwijzing van de hoofdeis als ongegrond met de veroordeling van de eiser op hoofdeis tot de kosten van het geding met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding van 7.500,00 euro. Ze vraagt dat de beslissing uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard zonder zekerheidsstelling.

IV. Beoordeling

A. Instaatstelling en wering

1. Talenco vraagt een uitstel van de zaak. Ze concludeerde als laatste op 28 februari 2023, maar werpt op dat ze onvoldoende tijd had om te antwoorden op de conclusie van 14 februari 2023 van de eisende partij en dat er geen akkoord was dat die eisende partij op 14 februari 2023 nog aanvullend mocht concluderen zonder een uitstel van de behandeling van de zaak op korte termijn.

2. De rechtbank begrijpt dat de partijen in onderling overleg zijn afgeweken van de conclusietermijnen waarvan de rechtbank het akkoord vaststelde bij beschikking van 8 november 2022. De conclusies van 28 december 2022 en 2 februari 2023 werden binnen de minnelijk verlengde termijnen neergelegd. Daarna is er geen nieuw akkoord tot stand gekomen om opnieuw te concluderen: het voorstel van Talenco voor nieuwe termijnen onder de voorwaarde dat de zaak op korte termijn kon worden uitgesteld, is niet voorbehoudloos aanvaard. De rechtbank weert daarom de conclusies neergelegd op 14 en 28 februari 2023.

Het verzoek van Talenco tot uitstel hield verband met de conclusie van MS Plus die de rechtbank heeft geweerd. De zaak kon worden behandeld. De raadslieden hebben vervolgens ook uitvoerig gepleit, waarbij de raadsman van Talenco in pleidooien antwoordde op de middelen die de raadsman van MS Plus mondeling aanbracht.

B. Samenhang en verzending

3. Talenco vraagt de verzending van de zaak naar de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel. In de procedure nr. A/22/03905 zou Talenco opdrachtgever Fabricom aanspreken in betaling van facturen voor de aannemings-prijs, die Fabricom zou inhouden wegens voorgehouden gebreken in de uitvoering van de opdracht. Dit zou dezelfde werken en dezelfde werf betreffen, met een gelijkaardige discussie. Het zou wenselijk zijn ze samen te behandelen, waardoor er samenhang zou zijn.

4. Eisen kunnen als samenhangende zaken worden behandeld wanneer ze onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, teneinde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht. In het geval van samenhang moet de vordering tot verwijzing worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 854 en 855 van het Gerechtelijk Wetboek (art. 856 Ger.W.). Dit moet worden voorgedragen voor alle exceptie of verweer, behalve in het geval van openbare orde (art. 854 Ger.W.).

Verweerder Talenco vraagt de verzending per conclusie van 2 februari 2023, maar vroeg dit niet in haar eerdere conclusie van 27 november 2022. In die conclusie van 27 november 2022 had ze zich reeds met verschillende middelen verweerd tegen de hoofdeis.

Er worden hierbij geen belangen van openbare orde ingeroepen, aangetoond of vastgesteld. De vordering tot verzending wegens samenhang is daardoor ontoelaatbaar.

Bovendien, zelfs indien de rechtbank de vordering zou toelaten, zou de rechtbank ze niet toekennen. Zoals hieronder verder vastgesteld, bewijst Talenco niet met voldoende mate van zekerheid dat de niet-uitvoeringsexceptie waarop haar opdrachtgever zich beroept en die Talenco aanvecht, verband houdt met de werken waarvoor MS Plus in deze procedure betaling eist.

Bovendien startte Talenco zelf de procedure voor de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel en heeft ze noch bij de aanvang noch nadien MS Plus bij die procedure betrokken.

C. Ten gronde

5. Onderaannemer MS Plus spreekt hoofdaannemer Talenco aan in de betaling van een saldo van de onderaannemingsprijs voor werken die ze zou hebben uitgevoerd aan de basismodules van windmolens in een werkplaats te Hoboken. Ze factureerde dit met facturen van 13 april 2022 voor 138.261,00 euro en van 6 mei 2022 voor 243.720,50 euro. De eerste factuur zou niet tijdig zijn geprotesteerd. Ze betwist de door Talenco verweten gebreken in de werken en wijst op een goedkeuring van de uitgevoerde hoeveelheden op 10 mei 2022. Talenco zou ook dagelijks toezicht hebben gehouden op de werken. Ze zou op 12 september 2022 ook een rechtstreekse vordering hebben ingesteld tegen opdrachtgever Fabricom. Ze meent dat de betalingsvoorwaarde waarop Talenco zich beroept, ongeldig is. Ze wijst op een voorgehouden schending van artikel 4 en 7 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand inzake handelstransacties, van artikel 1798 van het oude Burgerlijk Wetboek, en van de onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen zoals opgenomen in het Wetboek van Economisch Recht (in het bijzonder art. VI:91/5, § 1, 3^e WER). Op 30 april 2022 zou Talenco de toegang tot de werf hebben ontzegd aan de werknemers van MS Plus. Ze vraagt daarom ook een vergoeding voor die opzegging van 14.540,50 euro. Ze licht toe dat dit het te factureren saldo zou zijn van de prijs dat overeenstemt met de werken die ze niet heeft kunnen uitvoeren door de beëindiging.

6. Talenco betwist de hoofdeis. MS Plus zou de werken waarvan ze de betaling eist, gebrekkig hebben uitgevoerd. Ze baseert zich op die niet-nakoming om de betaling van de prijs in te houden, zoals ook haar opdrachtgever Fabricom de betaling van de hoofdaannemingsprijs inhoudt. Ze wijst op de specialisatie van MS Plus die tot een resultaatsverbintenis zou zijn gehouden, welk resultaat niet zou zijn behaald. Aangezien de facturen van de periode voorafgaand aan maart en april 2022 wel zouden zijn betaald, zou de inhouding evenredig en te goeder trouw zijn. De facturen zouden ook nog niet betaalbaar zijn. Artikel 4 van Appendix B bij de onderaannemingsovereenkomst zou bepalen dat MS Plus slechts wordt betaald nadat Talenco de betaling van haar opdrachtgever ontving voor de werken die de onder-aannemer uitvoerde. Aangezien Fabricom die betaling in-hield, zouden de facturen van MS Plus nog niet opeisbaar zijn. Ze betwist dat die betalingsvoorwaarde ongeldig zou zijn. De wet van 2 augustus 2002 zou daarop niet van toepassing zijn aangezien de voorwaarde geen betalingstermijn betreft, maar het "back-to-back"¹ principe. Artikel VI.93 WER zou niet van toepassing zijn. Wat de artikels over de onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen betreft, wijst ze er opnieuw op dat de betalingsvoorwaarde regelmatig wordt overeengekomen en geen onredelijk onevenwicht doet ontstaan. Deze voorwaarde zou regelmatig worden overeengekomen in onderaannemingsovereenkomsten. Ze zou evenmin een opzeggingsvergoeding verschuldigd zijn. Het was opdrachtgever Fabricom die "de stekker uit het project trekt". Er zou zijn overeengekomen dat de onderaannemer bij dergelijke beëindiging geen aanspraak zou kunnen maken op enige vergoeding (art. 16.5 overeenkomst, en art. 6, tweede lid Appendix B). De schade zou ook niet worden bewezen.

7. De partijen ondertekenden een overeenkomst gedateerd 4 april 2022 met bijlagen. Deze overeenkomst bepaalde ondermeer wat volgt:

- MS Plus diende de in Appendix A vermelde werken uit te voeren op zelfstandige basis.
- MS Plus kon de prijs per maand factureren op basis van goedgekeurde vorderingsstaten onder de voorwaarden van Appendix B (overeenkomst, art. 12). De prijs wordt betaald binnen de 7 dagen nadat Talenco door Fabricom is betaald voor het werk van

¹ Vrije vertaling: rug-aan-rug; het principe dat bepaalde delen van een hoofdcontract ook van toepassing zijn op een ondercontract of daarop een invloed hebben als bv. voorwaarde.

MS Plus (Appendix B, art. 4, vierde lid). Indien Talenco voor welke reden dan ook niet zou worden betaald door Fabricom, is Talenco ertoe gerechtigd om de betaling aan MS Plus voor dezelfde periode te schorsen (Appendix B, art. 4, vijfde lid). De overeenkomst is van bepaalde duur. Ze kan vervroegd worden beëindigd in het geval van een ernstige tekortkoming door MS Plus (overeenkomst, art. 16.2), bij een beëindiging van het project (art. 16.5) of wanneer Talenco niet door de opdrachtgever zou worden betaald, maar zonder dat de onderaannemer hierdoor niet zou worden betaald voor de uitgevoerde werken (art. 16.4).

In het geval van dergelijke beëindiging zal MS Plus niet gerechtigd zijn op een vergoeding (art. 16, laatste lid). Bij de beëindiging van het project zal ook Appendix B automatisch ten einde komen en zal Talenco aan MS Plus geen vergoeding verschuldigd zijn (Appendix B, art. 6, tweede lid).

- Het project wordt omschreven als het aanbrengen van net-en kabelsteunen, het maken van aansluitingen, het leggen en trekken van kabels, en structurele, elektrische en mechanische engineering² (SEM), tussen 10 januari en 28 februari 2022 in opdracht van Fabricom (Appendix A).

MS Plus eist betaling van de volgende twee facturen voor samen 243.720,50 euro:

- factuur nr. 41/3/2022 van 13 april 2022 van 138.261,00 euro, vervaldatum 27 april 2022, voor de werken in maart 2022,
- factuur nr. 19/4/2022 van 6 mei 2022 van 105.459,50 euro, vervaldatum 20 mei 2022, voor de werken in april 2022.

Talenco roept geen nietigheid van de facturen in.

Talenco e-mailde op 10 mei 2022, als antwoord op de factuur van 6 mei 2022, dat ze de met die factuur aangerekende uren voor de maand april 2022 goedkeurde (3101,75 u). Eveneens op 10 mei 2022 schreef Talenco MS Plus aan per brief. Deze brief was een ingebrekestelling met opmerkingen op de werken waarvoor ze op haar beurt van opdrachtgever Fabricom een ingebrekestelling had ontvangen. Talenco verwees naar artikel 4 van bijlage B bij de onderaannemingsovereenkomst en meldde dat de facturen niet meer betaalbaar waren. Ze protesteerde bijkomend de beide facturen. MS Plus betwistte de verwijten per e-mail van 19 mei 2022, waarop geen onmiddellijk antwoord volgde van Talenco tot op 6 september 2022, na de aanmaning door MS Plus op 31 augustus 2022.

Per brief van 10 mei 2022 protesteerde Talenco de facturen van 13 april en 6 mei 2022 met verwijzing naar gebreken in de werken en de inhouding door de opdrachtgever. Dit protest is tijdig, waardoor er geen vermoeden is van aanvaarding van de facturen.

De rechtbank stelt vast dat de betwisting tussen de partijen te maken heeft met de opeisbaarheid van de prijs wegens een betalingsvoorwaarde die verband houdt met de hoofd-aannemingsopdracht, en een schorsingsrecht wegens gebreken in de uitvoering. Hoofdaannemer Talenco ontkent evenwel niet de uitvoering van de aangerekende werken, noch de juistheid van de aangerekende prijs. Er is voor de aangerekende uren ook een uitdrukkelijke goedkeuring door Talenco op 10 mei 2022. De rechtbank stelt daarom vast dat de facturen van 13 april 2022 van 138.261,00 euro en van 6 mei 2022 van 105.459,50 euro overeenstemmen met de uitgevoerde werken en de prijsafpraak.

8. Ingeval van samenhangende verbintenissen, zoals bij wederkerige overeenkomsten, is een schuldenaar gerechtigd om zonder rechterlijke machtiging de nakoming van de eigen verbintenis op te schorten zolang de schuldeiser de eigen verbintenis tegenover hem niet nakomt. De schuldenaar moet dit opschortingsrecht te goeder trouw uitoefenen. Op grond van de goede trouw moet de schuldenaar die zich beroept op de niet-uitvoeringsexceptie, onder omstandigheden, vooraf zijn voornemen tot het opschorten van zijn verbintenis aan de schuldeiser ter kennis brengen. Deze uitvoering te goeder trouw veronderstelt ook een evenredigheid tussen de opgeschorte verbintenis en de wanprestatie van de schuldenaar die de grondslag vormt van de opschorting.

Als onderaannemer diende MS Plus de werken uit te voeren in overeenstemming met de contractuele documenten, de regels van de kunst en het goede vakmanschap. Deze aansprakelijkheid is een foutaansprakelijkheid: de hoofdaannemer die de onderaannemer aanspreekt wegens voorgehouden gebreken in de werken, moet de fout in de uitvoering van de werken aantonen.

Talenco verweet MS Plus de volgende tekortkomingen per brief van 12 mei 2022:

- er zouden kort na de start verbindingen zijn opgemerkt van lage kwaliteit en een verkeerd gebruik van gereedschap, waarna een vergadering daarover werd belegd op 7 april 2022;
- een werknemer van MS Plus zou een verbinding hebben uitgevoerd in een lokaal dat niet aan Talenco zou zijn toegewezen, met een volledige afsnijding van de bescherming van een enkele kabels. Deze kabels moesten daarom opnieuw worden getrokken. Daarover werd opnieuw een vergadering georganiseerd;
- verschillende kabeluiteindes³ zouden zijn vervormd door het gebruik van tangen, met schade als gevolg. Er zouden zestien verbindingen opnieuw zijn moeten worden uitgevoerd;
- verschillende kabels zouden niet recht in de elektriciteits-cabine eindigen, maar schuin;
- verschillende kabels zouden zijn aangebracht tegenaan metalen onderdelen van de cabine
- voor verschillende kabels zouden de kabelmantels ontbreken, waardoor dit opnieuw moest worden uitgevoerd;
- verschillende kabels zouden geen vakkundig aangebrachte gevlochten bescherming hebben;
- bij het boren van een aanvullend gat in een aardingsbar, zouden er onvoldoende maatregelen zijn genomen om het vallen van boorschaafsel op te vangen.

² "Engineering" is gedetailleerd, technisch ontwerp, dat verder gaat dan een algemeen of architecturaal ontwerp.

³ "cable shoe", letterlijk vertaald: 'kabelschoen', maar in de betekenis van het verbindende uiteinde van een kabel.

MS Plus antwoordde per e-mail van 19 mei 2022 met de ontkenning van de verweten gebreken in de uitvoering van de opdracht.

Talenco ontving zelf briefwisseling van Fabricom over de voortgang van de werken en de facturatie. Uit de brief van Fabricom van 29 april 2022 blijkt dat Talenco en haar opdrachtgever al enige tijd met elkaar corresponderden over deze voortgang en de facturatie. Die brief is een antwoord op de brief van Talenco van 27 april 2022, die niet aan de rechtbank wordt overgemaakt.

Er zou volgens die brief door Talenco en Fabricom zijn vergaderd op 17 februari 2022 over de facturatie door Talenco, waarover Talenco geen verdere informatie aan de rechtbank verschaft. Talenco zou haar betalingsaanspraak op haar opdrachtgever volgens die brief niet voldoende onderbouwen. De hoofdaannemer zou onvoldoende mensen inschakelen om de werken uit te voeren. Fabricom had opmerkingen over de kwaliteit van de werken. De organisatie en het management bij Talenco zou volgens Fabricom problematisch zijn en er zou ook geen contactpersoon ("SPOC"⁴) beschikbaar zijn. Wegens die tekortkomingen, beëindigde Fabricom de hoofdaannemingsovereenkomst per brief van 29 april 2022.

De rechtbank stelt vast dat Talenco zich niet op de niet-uit-voeringsexceptie kan beroepen om de betaling in te houden van het saldo van de onderaannemingsprijs voor de werken van MS Plus waarvan de uitvoering op zich niet wordt betwist.

De door Talenco verweten niet-nakomingen van MS Plus worden niet met voldoende redelijke mate van zekerheid bewezen. Ze verwijst in hoofdzaak naar haar eigen ingebrekestelling van 10 mei 2022, maar brengt geen ander bewijs bij. Deze brief dateert van na de opzegging van de hoofd-aannemingsovereenkomst door Fabricom per brief van 29 april 2022 en van verschillende weken nadat Talenco en Fabricom blijkbaar al in discussie waren over de facturatie van Talenco en de kwaliteit van de werken van Talenco. De in de brief van Fabricom verweten fouten zijn niet dezelfde als de in de brief van Talenco aan MS Plus verweten fouten. Talenco heeft ook met verschillende onderaannemers de hoofdopdracht uitgevoerd, zonder dat ze aantoont dat de verweten tekortkomingen door MS Plus zijn veroorzaakt en niet door één of meerdere andere onderaannemers. Naast de eenzijdige brief, legt Talenco geen enkel ander document voor dat een concrete niet-nakoming in hoofde van MS Plus bewijst of voldoende aannemelijk maakt, zoals bijvoorbeeld een verslag van een partijdeskundige. Ze legt evenmin tegensprekelijke of authentieke vaststellingen over de verweten uitvoeringsfouten voor, hoewel ze al verschillende weken in discussie was met Fabricom. Ze had MS Plus ook kennelijk niet betrokken bij die discussies.

De werken waren ook nog niet voltooid toen Talenco de uitvoering schorste, waardoor Talenco geen schending van de voorgehouden resultaatverbintenis aantoont. De rechtbank merkt ook op dat Talenco wel in het algemeen verwijst naar resultaatverbintenissen, maar noch de concrete resultaten benoemt noch de niet-nakoming bewijst.

Talenco houdt een bedrag in van 243.720,50 euro. Ze begroot geen schade en toont evenmin concrete schade aan. Van de verweten fouten, zoals hoger vermeld, zijn er maar vier waaraan volgens de briefwisseling niet verholpen zou zijn geweest. Bij gebreke aan enig bewijs van de schade die nog niet zou zijn vergoed, bewijst ze evenmin de evenredigheid en rechtmatigheid van die inhouding.

9. De overeenkomst bepaalde duidelijk dat de prijs slechts aan MS Plus wordt betaald nadat Talenco door Fabricom is betaald voor het overeenstemmende werk van MS Plus (Appendix B, art. 4, vierde en vijfde lid). Een clause in een onderaannemingsovereenkomst die een koppeling voorziet tussen de betaling aan de onderaannemer en de betaling door de opdrachtgever aan de hoofdaannemer, met name dat de hoofdaannemer de onderaannemer maar betaalt nadat hij zelf de betaling heeft ontvangen van de opdrachtgever, wordt een "*pay-if/when-paid*"⁵ clause genoemd.

Onderaannemers hebben tegen de opdrachtgever een rechtstreekse vordering voor wat die laatste aan de hoofdaannemer verschuldigd is (art. 1798 oud BW). Artikel 1798 van het oud BW heeft een belangrijke zekerheidsfunctie en is van dwingend recht.

De *pay-if/when-paid*-clause betreft evenwel de opeisbaarheid van de onderaannemingsprijs en verhindert niet dat de opdrachtgever nog wordt aangesproken op basis van het vermelde artikel 1798 zodra de aanspraak van de onderaannemer op de hoofdaannemer zeker en opeisbaar is. Er is geen schending van het betrokken artikel dat tot de nietigheid van de clause zou leiden.

De *pay-if/when-paid*-clause (Appendix B, art. 4, vierde en vijfde lid) is wel nietig op basis van de hieronder vastgestelde schendingen van toepasselijke wetgeving.

De Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties bepaalt dat indien de partijen een betalingstermijn overeenkomen, die termijn niet meer dan zestig kalenderdagen mag bedragen, waarbij een beding dat voorziet in een langere betalingstermijn voor niet geschreven gehouden wordt, behoudens uitzondering in een uitvoeringsbesluit (art. 4, § 1). Een wettelijke of overeengekomen verificatietermijn voor de conformiteit van de goederen of diensten, maakt integraal deel uit van de betalingstermijn. Bovendien moet de rechter de contractuele bedingen die afwijken van de bepalingen van hoofdstuk 2 van die wet op verzoek van de schuldeiser herzien indien die bepalingen, alle omstandigheden in aanmerking genomen, met inbegrip van de goede handelspraktijken en de aard van het product of de dienst, een kennelijke onbillijkheid tegenover de schuldeiser behelzen, zonder hem meer rechten te kunnen verlenen dan deze waarover hij krachtens de bepalingen van dat hoofdstuk zou beschikken (art. 7). Deze wet definieert het begrip 'termijn' niet. Gemeenrechtelijk is een betalingstermijn te onderscheiden van een voorwaarde als modaliteit van de betalingsverbintenis. De voorwaarde betreft een toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de opeisbaarheid van de betalingsverbintenis afhankelijk is gemaakt, terwijl de

⁴ SPOC, 'single point of contact', vrije vertaling: een enkele contactpersoon.

⁵ Vrije vertaling: betalen wanneer/als betaald is.

opeisbaarheid van die betalingsverbintenis met een termijn louter wordt uitgesteld totdat een toekomstige en zekere gebeurtenis zich voordoet. Bij het overeenkomen van een betalingstermijn hebben de partijen er wel wilsovereenstemming over dat de betalings-verbintenis ooit zal moeten worden uitgevoerd.⁶

Ook wanneer de partijen een objectief onzekere gebeurtenis niettemin (subjectief) als zeker beschouwden, kan de verbinding van de opeisbaarheid van de verbintenis aan die gebeurtenis niet als een opschortende voorwaarde worden beschouwd, maar als een tijdsbepaling.⁷ De concrete clause (art. 4, voorlaatste en laatste lid van Appendix B), beschouwt de betaling door Talenco aan MS Plus op zich als een verbintenis die ooit zal moeten worden uitgevoerd, waarvan enkel het tijdstip onzeker is door de afhankelijkheid van de betaling door Fabricom aan Talenco. Ook die betaling door Fabricom wordt als een toekomstige en zekere gebeurtenis omschreven, waarvan enkel het tijdstip onzeker is. Uit de formulering van die clause blijkt niet dat de partijen de betaling door opdrachtgever Fabricom als een onzekere gebeurtenis beschouwden die misschien nooit zou plaatsvinden. Beide overeenkomsten zijn bovendien aannemingsovereenkomsten met de betaling van de prijzen als essentiële onderdelen ervan. De betaling aan MS Plus werd door de partijen opgevat als iets dat ooit wel zal moeten gebeuren, net zoals de betaling door Fabricom aan de hoofdaannemer. Dit wordt bevestigd door de verwoording in het laatste lid van die clause: "*will be entitled to suspend payment*".⁸ Dit bepaalt een opschortingsrecht van de hoofdaannemer, wat een tijdelijke maatregel is gedurende een bepaalde periode, maar geen mogelijk definitieve bevrijding van de betalingsverplichting. Met deze concrete pay-if/when-paid-clause kwamen de partijen daarom geen opschortende voorwaarde overeen, maar een termijn voor de betaling tot vergoeding van een handelstransactie. Deze clause is niet verenigbaar met de wettelijk bepaalde maximale betalingstermijnen voor handelstransacties wanneer de uitvoering ervan leidt tot een overschrijding van die termijnen. De rechtbank houdt het beding daarom voor niet geschreven.

De overeenkomst valt onder het toepassingsgebied van de nieuwe titel 3/1, Overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen, van boek VI van het Wetboek van Economisch Recht. Een onrechtmatig beding zoals bepaald in die titel, is verboden en nietig. Een beding dat ertoe strekt om zonder tegenprestatie het economische risico op een partij te leggen indien die normaal op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust, wordt behoudens bewijs van het tegendeel vermoed onrechtmatig te zijn (art. VI.91/5, 3° WER). Het risico om te moeten wachten op de betaling van een prijs voor uitgevoerde werken, is een economisch risico. Wanneer een contractant zijn economisch risico uit zijn overeenkomst met zijn eigen klanten, verlegt op zijn onder-contractant, zoals een toeleverancier of onderaannemer, wordt er een economisch risico verlegd dat normaal bij hem rust.⁹

Door de betaling van de onderaannemingsprijs afhankelijk te maken van de betaling van de hoofdaannemingsprijs, deelt de onderaannemer in het economisch risico van de hoofdaannemer, terwijl hij daarin niet zou delen zonder de pay-if/when-paid-clause. Er wordt niet aangetoond dat met deze verlegging van het risico rekening werd gehouden bij de bepaling van de prijs. De rechtbank stelt vast dat de bepalingen dat de prijs slechts wordt betaald nadat Talenco door Fabricom is betaald voor het werk van MS Plus (Appendix B, art. 4, vierde lid) en dat het Talenco toelaat om de betaling aan MS Plus te schorsen indien ze niet zou worden betaald door Fabricom (Appendix B, art. 4, vijfde lid), onrechtmatige bedingen zijn. Er wordt geen bewijs aangebracht tegen het vermoeden van onrechtmatigheid. Deze bedingen zijn verboden en nietig (art. VI.91/6 WER). De rechtbank past die nietige bedingen niet toe.

Zelfs indien de pay-if/when-paid-clause geldig zou zijn, zou deze clause in dit geval de betaling aan onderaannemer MS Plus nog altijd niet hebben verhinderd.

Ook de pay-if/when-paid-clause is vatbaar voor rechtsmisbruik. Geen enkele partij mag immers misbruik maken van de rechten en bevoegdheden die ze aan het contract ontleent, met inbegrip van een schorsingsrecht of betalingsvoorwaarde. Misbruik van recht bestaat in de uitoefening van een recht of een bevoegdheid op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de uitoefening ervan door een bedachtzaam en voorzichtig persoon. Bij de beoordeling van de belangen die in het geding zijn, moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden van de zaak. De rechter dient hierbij na te gaan of het door de houder van het recht beoogde of verkregen voordeel, in verhouding staat tot de aan de andere partij berokkende schade, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak. De sanctie bestaat in het opleggen van de normale uitoefening van het betrokken recht of in het herstel van de schade, wat bij een abusieve toepassing van een contractueel beding kan bestaan in het ontzeggen van het recht om op dat beding een beroep te doen.

Indien de clause een opschortende voorwaarde zou inhouden en geen betalingstermijn, had Talenco zich als schuldenaar voorwaardelijk verbonden tot de betaling van de onderaannemingsprijs. Ze mocht dan de normale vervulling van die voorwaarde niet verhinderen. Ze had daarbij een positieve loyauteitsplicht om voor de verwezenlijking van de voorwaarde de inspanningen te leveren die men in redelijkheid van haar mocht verwachten, met name het bevorderen van de verwezenlijking zoals dit door een normaal voorzichtig en redelijk schuldenaar in dezelfde feitelijke omstandigheden zou gebeuren. Deze verplichting komt algemeen voort uit de verplichting tot uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw. Indien de hoofdaannemer als betalingsschuldenaar de vervulling van de voorwaarde verhindert, wordt deze geacht vervuld te zijn (art. 5:144 BW, art. 1178 oud BW).

Door de positieve loyauteitsplicht om voor de verwezenlijking van de voorwaarde redelijke inspanningen te leveren, en door het verbod op rechtsmisbruik en de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren, kan de hoofdaannemer

⁶ Vgl. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 76-77.

⁷ Vgl. M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Voorwaarde", in M. DAMBRE, E. DIRIX en B. TILLEMANS (eds), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2014, 10.

⁸ Vrije vertaling: zal gerechtigd zijn om de betaling op te schorten.

⁹ Vgl. R. STEENNOT, Art. VI.91/5 WER in *OHRA*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2019, 8, nr. 11.

zich in beginsel niet beroepen op de pay-if/ when-paid-clausule indien de opdrachtgever de hoofdaannemer niet zou betalen op basis van de niet-uitvoerings-exceptie of andere tekortkomingen te wijten aan de hoofdaannemer en niet aan de onderaannemer.¹⁰ De rechtbank stelde al vast dat Talenco geen concrete niet-nakoming door MS Plus bewijst. Er is evenmin bewezen dat Fabricom de betaling van de hoofdaannemingsprijs inhoudt wegens aan onderaannemer MS Plus toerekenbare niet-nakomingen. Zelfs indien de clausule daarom geldig zou zijn, zou ze in dit geval de betaling aan MS Plus niet rechtmatig kunnen verhinderen.

10. MS Plus vraagt de verhoging van de aangerekende delen van de onderaannemingsprijs met een verwijlinterest aan de wettelijke rentevoet vanaf de opeisbaarheid van de facturen. Aangezien beide partijen ondernemingen zijn en de betaling de vergoeding betreft van een handelstransactie, is de Wet van 2 augustus 2002 van toepassing. De vertraging in de betaling is vastgesteld, waardoor er een verwijlinterest verschuldigd is vanaf de vervaldatum.

11. Als opdrachtgever van MS Plus had Talenco de verbintenis om de uitvoering van de werken door de onderaannemer mogelijk te maken. De rechtbank stelt vast dat Fabricom bij kennisgeving van 29 april 2022 de hoofdaannemingsovereenkomst met Talenco beëindigde wegens aan de hoofdaannemer verweten niet-nakomingen met betrekking tot de uitvoering van de werken. Op 3 mei 2022 e-mailde MS Plus aan Talenco dat haar werknemers de toegang tot de werf werden ontzegd en dat Talenco haar had gezegd dat de werken waren geschorst. Nog in de e-mail van 10 mei 2022 noch in de brief van 10 mei 2022 lichtte Talenco MS Plus erover in dat de onderaannemingsovereenkomst was beëindigd, en niet louter geschorst.

De tweede bijlage ('Appendix B') bij de overeenkomst bevatte een beperkte ontbindende voorwaarde: bij de beëindiging van het project, zal ook Appendix B automatisch ten einde komen, zonder vergoeding voor MS Plus (Appendix B, art. 6, tweede lid). Talenco bewijst niet dat "*het project*" is beëindigd. Ze is inderdaad als aannemer door Fabricom opgezegd, maar ze bewijst niet dat ook "*het project*" dat Fabricom uitvoerde voor haar eigen eindklant, is beëindigd. Ze toont evenmin aan dat een daaruit volgende beëindiging van Appendix B, zoals overeengekomen, ook noodzakelijk zou moeten leiden tot het einde van de gehele onderaannemingsovereenkomst.

De overeenkomst bepaalde ook de reeds vermelde vervroegde beëindigingsmogelijkheid in het geval van een ernstige tekortkoming door MS Plus (overeenkomst, art. 16.2), bij een beëindiging van het project (art. 16.5) of wanneer Talenco niet door de opdrachtgever zou worden betaald, maar zonder dat de onderaannemer hierdoor de betaling voor de uitgevoerde werken zou worden ontzegd (art. 16.4). In dat geval zou MS Plus geen aanspraak hebben op een vergoeding wegens die beëindiging. Talenco beschikte reeds over een wettelijke opzeggingsbevoegdheid als opdrachtgever van een aanneming van bepaalde duur (art. 1794 oud BW). De partijen konden daarbij rechtsgeldig overeenkomen dat de wettelijk bepaalde opzeggingsvergoeding, die van aanvullend recht is, niet verschuldigd was in bepaalde omstandigheden. Er wordt niet aangetoond dat die regeling onrechtmatig is.

De rechtbank stelde vast dat Talenco niet meer door Fabricom werd betaald. Er was voldaan aan de voorwaarden om de overeenkomst op te zeggen zonder dat er een opzeggings-vergoeding aan MS Plus verschuldigd was. De opzegging is evenwel een mededelingsplichtige rechtshandeling en vereist een kennisgeving aan de opgezegde partij: de kennisgeving is niet aan vormvoorwaarden verbonden en kan zelfs bestaan in een omstandig stilzwijgen, maar is wel constitutief voor de opzegging.¹¹

Dergelijke opzegging ligt niet voor. Bovendien dient ook de opzeggingsbevoegdheid te goeder trouw te worden uitgevoerd door Talenco als opzeggende partij. Zoals al aangehaald, maakt de uitoefening van een bevoegdheid op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de uitoefening ervan door een bedachtzaam en voorzichtig persoon, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak, rechtsmisbruik uit. De rechtbank houdt er rekening mee dat Fabricom de overeenkomst al beëindigde per brief van 29 april 2022 na verschillende weken discussies tussen Talenco en Fabricom, waar MS Plus in het geheel buiten blijft te zijn gelaten. Talenco ontzegde MS Plus de toegang tot de werf, maar gaf geen kennisgeving van een opzegging.

Ook in haar ingebrekestelling van 10 mei 2022 na de opzegging van de hoofdaannemingsovereenkomst, repte ze met geen woord daarover. Pas nadien werd duidelijk dat de onderaannemingsovereenkomst niet meer verder kon worden uitgevoerd en dat Talenco zich op de opzeggingsbevoegdheden uit de overeenkomst beriep. Door dermate laattijdig terug te grijpen naar de opzeggingsbevoegdheden en de onderaannemer gedurende weken daarover in het ongewisse te laten, met intussen het verstrijken van de bepaalde duur van de overeenkomst, heeft Talenco haar opzeggingsbevoegdheid uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de uitoefening ervan door een bedachtzaam en voorzichtig persoon. De remedie tegen dit rechtsmisbruik kan bestaan in het buiten toepassing laten van de contractuele afwijking die MS Plus de opzeggingsvergoeding naar gemeen recht ontzegde. Dit kan eveneens bestaan in de toekenning van een schadevergoeding wegens de niet-nakoming door Talenco om de uitvoering van de werken mogelijk te maken. Beide remedies leiden tot hetzelfde: de toekenning van een winstdervingsvergoeding.

MS Plus bepaalt de opzeggingsvergoeding op het saldo van de prijs voor de nog niet uitgevoerde werken, met name 14.540,50 euro. Ze heeft bij een opzegging evenwel slechts recht op een vergoeding voor al haar uitgaven, al haar arbeid, en alles wat ze bij die aanneming had kunnen winnen. Naast de kosten en de prijs voor de uitgevoerde werken, kan ze enkel nog aanspraak maken op een vergoeding voor winstderving, maar niet het volledige gederfde inkomen zoals ze eist. Aangezien de rechtbank onvoldoende aanknopingspunten krijgt om de winstderving meer concreet en nauwkeurig te begroten, stelt ze dit naar redelijkheid en billijkheid ('*ex aequo et bono*') vast op 10 % van het saldo van de prijs, met name 1.454,05 euro.

D. Uitvoerbaarheid, zekerheidsstelling en kantonnement

¹⁰ Vgl.: W. GOOSSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, 659; B. KOHL, *Contrat d'entreprise, in Répertoire pratique du droit belge*, Larcier en Bruylant, Brussel, 2016, 434 en 650-651.

¹¹ Vgl. F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 537-538 en 556-557.

12. MS Plus vraagt dat de beslissing uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, zonder borgstelling en met uitsluiting van het vermogen tot kantonnement.

Eindvonnissen zijn in principe uitvoerbaar bij voorraad (art. 1397, eerste lid Ger.W.).

De rechtbank kan aan de voorlopige tenuitvoerlegging de voorwaarde verbinden dat een zekerheid wordt gesteld (art. 1400, § 1 Ger.W.). Geen van de partijen vraagt de rechtbank om dergelijke zekerheidstelling. Ze dient zich daarom niet over de uitsluiting ervan uit te spreken.

De rechtbank kan beslissen dat er geen reden is tot kantonnement voor de veroordelingen die ze uitspreekt of voor een deel ervan, indien de vertraging in de regeling de schuldeiser aan een ernstig nadeel blootstelt (art. 1406 Ger.W.). Dit verzoek wordt niet verder gemotiveerd, laat staan bijzonder gemotiveerd. Bij gebreke aan aangevoerde redenen, kan op dit verzoek niet worden ingegaan.

V. Gerechtskosten

13. MS Plus is de in het gelijkgestelde partij. Voor het bepalen van de rechtsplegingsvergoeding stelt de rechtbank het bedrag van de hoofdeis vast op 258.261,00 euro, te vermeerderen met de interesten tot op de dag van de betekening van de geding inleidende dagvaarding, zoals gevorderd door de eisende partij. Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt daardoor 10.500,00 euro.

14. MS Plus is btw-plichtig en kan de belasting over de toegevoegde waarde op de betekeningskosten recupereren, zodat er geen aanleiding bestaat om deze belasting toe te kennen. Deze kosten zullen daarom maar kunnen worden toegekend voor 277,31 euro.

VI. Beslissing

Na beraad en gelet op de argumenten hierboven, beslist de rechtbank het volgende. Deze beslissing gebeurt op tegenspraak.

De rechtbank weert de conclusies neergelegd op 14 en 28 februari 2023.

Ze wijst het verzoek van Talenco om de zaak te verzenden naar de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel af.

De rechtbank verklaart de hoofdeis van MS Plus toelaatbaar en gegrond zoals hieronder volgt.

Ze veroordeelt Talenco tot betaling aan MS Plus van:

- het bedrag van 243.720,50 euro,
- een verwijlinterest op het bedrag van 243.720,50 euro aan de rentevoet bepaald in artikel 5 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf de vervaldata van de facturen op de betrokken factuurbedragen tot aan de dag van de betekening van de geding inleidende dagvaarding en sedertdien met een gerechtelijke interest op dit bedrag aan dezelfde rentevoet tot de dag van volledige betaling,
- het bedrag van 1.454,05 euro.

De rechtbank verwijst Talenco in de gerechtskosten en veroordeelt haar tot betaling aan MS Plus van de rechtsplegingsvergoeding van 10.500,00 euro, en de dagvaardingskosten van 277,31 euro.

Talenco moet, na uitnodiging, de rolrechten van 165,00 euro betalen aan de Belgische Staat, FOD Financiën.

