

INS-Nummer	INS 2017-0076
Instantie	Gerechtshof Amsterdam
datum	11-10-2016
trefwoorden	Leveraged Buy Out; faillissementspauliana
wetsartikelen	42 Fw

Gerechtshof Amsterdam 11-10-2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4102, (Witt q.q./Rabo)
Betaling van schulden aandeelhouder jegens Rabobank voortvloeiend uit LBO (Leveraged Buy-Out) door de werkmaatschappij volgens hof geen rechtshandeling om niet en daarmee niet binnen de bewijsvermoedens van artikel 45 Fw.

Het betreft hier een qua omvang bescheiden *Leveraged Buy Out* gevolgd door faillissement. Bij een *Leveraged Buy Out* draagt een overgenomen vennootschap zelf de schuldenlast van haar overname. In een eventueel faillissement komen deze lasten dan voor rekening van de schuldeisers.

Internationale Werving & Selectie B.V. ('IWS') had in 2008 als aandeelhouder Go-Investment. Go-Investment werd als aandeelhouder uitgenomen waarbij de financiering verstrekt werd door de Rabobank. De schuldenlast kwam daarbij formeel voor 1/3 en de facto geheel voor rekening van IWS. De gekozen constructie was als volgt. Niet nader geduide X richtte de vennootschap Gelouterd B.V. op. Gelouterd verkreeg daarbij van Go-Investment de aandelen in IWS. Om de aandelen te kunnen betalen, trok zowel IWS als Gelouterd een lening aan bij Rabobank. IWS leende € 100.000 en Gelouterd leende € 200.000 van Rabobank. IWS leende daarop het bedrag van € 100.000 door aan Gelouterd, waarna Gelouterd € 300.000 aan Go-Investment betaalde. Tussen IWS en Gelouterd werd daarbij nog overeengekomen dat IWS aan haar aandeelhouder een 'managementvergoeding' van € 70.000 per jaar verschuldigd was. Hiermee was dus direct al duidelijk dat de € 100.000 die IWS geleend had van Rabobank en doorgeleend had aan Gelouterd, niet werkelijk door Gelouterd terugbetaald zou worden, maar verrekend zou worden met de managementvergoeding.

Op 19 juni 2012 is IWS failliet verklaard. In de periode 2009 tot en met 2012 heeft IWS zowel op lening I als op lening II aflossingen en rente betaald. In het jaar voorafgaand aan het faillissement heeft IWS daarbij op lening II (de lening op naam van Gelouterd) nog ruim € 36.000 aan Rabobank betaald.

In het faillissement van IWS roept de curator o.m. de faillissementspauliana in ten aanzien van het aangaan van lening I van IWS zelf ten belope van € 100.000, welke lening als doel had de uitkoop van de aandeelhouder mogelijk te maken. De rechtbank heeft die vordering afgewezen.

Ten aanzien van de terugbetaling van lening II aan de Rabobank beroept de curator van IWS zich ook op de pauliana. De rechtbank had in eerste aanleg overwogen dat de aflossingen door IWS op lening II (van Gelouterd) niet voortvloeiden uit een tussen IWS en Rabobank gesloten overeenkomst en dat IWS ook niet op grond van de wet verplicht was tot betaling. Omdat er tegenover de betaling geen prestatie stond van de zijde van Rabobank, kwalificeerden deze betalingen volgens de rechtbank als rechtshandeling om niet. Op grond van artikel 42 Fw (de rechtbank spreekt abusievelijk van art. 45 Fw) is dan slechts de wetenschap aan de zijde van IWS vereist, welke wetenschap ten aanzien van de onverplichte rechtshandelingen om niet in het jaar voorafgaand aan het faillissement vermoed wordt op grond van artikel 45 Fw. Via de weg van artikel 45 Fw concludeerde de rechtbank dat aan de voorwaarden voor het invoeren van de pauliana was voldaan.

In hoger beroep komt het hof echter tot een ander oordeel. Het hof overweegt namelijk dat de terugbetaling door IWS van lening II geen rechtshandeling om niet betreft. Het hof komt tot dit oordeel door de overeengekomen jaarlijkse managementvergoeding tussen IWS en haar aandeelhouder van € 70.000 erbij te betrekken. Volgens het hof betreft de terugbetaling van de lening II (de schuld van Gelouterd aan Rabobank) door IWS geen rechtshandeling om niet omdat Gelouterd voor die betalingen een regresvordering verkrijgt die in rekening-courant met de aandeelhouder verrekend wordt. Het hof overweegt als volgt: 'Het hof is van oordeel dat uit de hiervoor omschreven verhouding tussen IWS en Gelouterd en de feitelijke gang van zaken met betrekking tot de betalingen aan de Rabobank, volgt dat met die betalingen werd beoogd dat IWS de schuld van Gelouterd aan Rabobank zou voldoen en dat IWS daartegenover een (regres)vordering op Gelouterd verkreeg die in rekening courant zou worden verrekend met hetgeen IWS aan Gelouterd verschuldigd was, waaronder de jaarlijkse management fee. Daarmee heeft IWS voor gelouterd de betalingen aan Rabobank ter aflossing van lening II gedaan en is geen sprake geweest van een rechtshandeling om niet.'

Bijkomende relevante omstandigheden zijn nog dat Gelouterd in het jaar voor het faillissement, kennelijk anders dan voorgaande jaren, nog een bedrag van € 36.000 op de rekening van IWS had gestort. Verder heeft de curator in de procedure jegens Rabobank niet de verschuldigdheid van de management fee betwist.