

Tegenstrijdig belang bij intragroepsfinanciering; foutje, bedankt!

Hoe een juridische imperfectie standhield bij de Hoge Raad

*Mr. J. E. Devilee en mr. J. Nijland**

In dit artikel wordt de zaak Ubbens q.q./X besproken, waarin de oude tegenstrijdigbelangregeling werd toegepast. Aangezien deze uitspraak ook voor de invulling van de huidige tegenstrijdigbelangregeling betekenis heeft bij het beoordelen van de positie van natuurlijke personen die een vennootschap in groepsverband vertegenwoordigen, onderzoeken de auteurs de discrepantie tussen de conclusie van de A-G en de motivering van de Hoge Raad, en zetten zij de uitspraak nader uiteen.

1 Inleiding

De uitspraak die in deze bijdrage besproken wordt, laat zien dat een bestuurder zich met intragroepstransacties gemakkelijk op glad ijs kan begeven. In de casus die in dit artikel centraal staat, zorgt een ongelukkige gang van zaken omtrent het vastleggen van de verschillende medeaansprakelijkheidsbepalingen en regresrechten bij de vennootschappen binnen de groep ervoor dat over de toepasselijkheid van de tegenstrijdigbelangregeling wordt gediscussieerd. Het betreft een op 3 maart 2017 gewezen arrest¹ in een renvooiprocedure² omtrent een vordering van EUR 2,5 miljoen in het faillissement van Dochter A. De curator in het faillissement erkent deze vordering niet vanwege een vermeend tegenstrijdig belang bij het aangaan van de rechtshandeling, waardoor Dochter A zich als hoofdelijk schuldenaar voor de contentieuze vordering meeverbond.

Aangezien de desbetreffende rechtshandeling in 2003 plaats had, is de oude tegenstrijdigbelangregeling³ van toepassing. Ingevolge deze regeling leidde het handelen met een tegenstrijdig belang tot een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. De externe werking leidde er dan toe dat de vennootschap niet gebonden was aan de rechtshandeling waarbij met tegenstrijdig belang was gehandeld.⁴ Onder het huidige recht ontbreekt een dergelijke externe werking. Toch is deze uitspraak ook onder het huidige recht relevant. In de parlementaire geschiedenis bij het nieuwe artikel 2:239 lid 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is namelijk bepaald dat de vraag óf sprake is van een tegenstrijdig belang, op dezelfde wijze moet worden beantwoord als onder de oude regeling.⁵ De onder het oude recht ontwikkelde norm voor de invulling van het tegenstrijdigbelangbegrip, waarbij de positie van de handelend bestuurder wordt beoordeeld, geeft derhalve mede invulling aan de huidige tegenstrijdigbelangregeling.⁶ Ook de ratio achter het artikel blijft onveranderd.

De memorie van toelichting bij het huidige artikel zegt hierover het volgende:

‘De vennootschap dient beschermd te worden tegen het risico dat een bestuurder of commissaris bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, zich meer gelegen laat liggen aan een persoonlijk belang. Wanneer een

* Mr. J.E. Devilee en mr. J. Nijland zijn werkzaam bij de afdeling Ondernemingsrecht (onderdeel van het Instituut voor Privaatrecht) aan de Universiteit Leiden.

1. HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363 (Ubbens q.q./X), JOR 2017/84 m.nt. A.F.J.A. Leijten.
2. Procedure omtrent de omvang/het bestaan van een vordering, die is betwist door de curator in faillissement, zie art. 122 Fw.

3. Art. 2:256 BW (oud) luidde als volgt: ‘Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen.’

4. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/401. Zie tevens HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2698, JOR 1998/146 (Mediasafe II).

5. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12 (MvT).

6. Vgl. E. Zwerus & S.R. Brand, Tegenstrijdig belang. Recente ontwikkelingen sinds de wetwijziging in 2013, MvV 2016, afl. 9, p. 247 en S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteijn & M. Olaerts, Van het concern, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 238.

bestuurder in privé een belang heeft bij een transactie, is het risico aanwezig dat de afweging van de bestuurder – zijn beoordeling of de vennootschap bij de transactie gebaat is – wordt beïnvloed door zijn privébelang.⁷

Dit sluit aan bij de ratio zoals deze eerder door de Hoge Raad is geformuleerd in het Duplicado-arrest en herhaald in het Bruil-arrest:

‘De strekking van art. 2:256 BW [(oud); JD & JN] is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen.⁸

2 De feiten

Moeder A is 100%-aandeelhoudster en enig bestuurster van Dochter A. Beide vennootschappen maken deel uit van een groot familieconcern in de pluimveesector,⁹ dat bestaat uit een ‘seniorentak’ en een ‘juniorentak’ (zie figuur 1). De takken staan formeel-juridisch los van elkaar, maar vertonen wel financiële en bestuurlijke kruisverbanden. Het echtpaar (de natuurlijke personen in de seniorentak), dat voorheen aan het hoofd van het bedrijf stond, heeft zich in 1995 financieel losgemaakt van de hoofdstructuur en de aandelen in het familiebedrijf overgedragen aan de vier zoons (de natuurlijke personen in de juniorentak), die indirect een overwegend belang in Moeder A houden. Het echtpaar houdt, ieder via een eigen tussenholding in de seniorentak, de aandelen in BS. Ook houden ze een vinger aan de pols bij de gang van zaken in het aan de zoons overgedragen familiebedrijf via bestuursfuncties, waardoor zij nog altijd de beslissende stem hebben in essentiële vragen betreffende de juniorentak. De bedoeling van de splitsing was het verschaffen van economisch voordeel aan de zonen, terwijl de zeggenschap grotendeels bij de ouders geconcentreerd zou blijven.

Moeder A is op 8 januari 2003 een geldleningsovereenkomst van EUR 2,5 miljoen aangegaan met een van de twee ouders (hierna: Tamme), omdat het familiebedrijf dringend behoefte had aan liquiditeit. Een paar dagen later, op 13 januari 2003, is nader overeengekomen dat BS zich als medeschuldenaar verbindt bij deze geldleningsovereenkomst, en dat BS een regresrecht op Dochter A verkrijgt indien zij op grond van dit medeschuldenaarschap een betaling aan Tamme moet doen (zie figuur 2). Moeder A en Dochter A zijn bij deze overeenkom-

sten (indirect¹⁰) vertegenwoordigd door de wederhelft van Tamme (hierna: Onne).

Op 13 mei 2003 is zowel Moeder A als Dochter A failliet verklaard. Moeder A is haar betalingsverplichting uit de leningsovereenkomst niet nagekomen, waardoor Tamme voor uitwinning van de vordering heeft aangeklopt bij BS. BS heeft het bedrag vervolgens aan Tamme terugbetaald en wil haar ‘regresrecht’ uitoefenen jegens zowel Moeder A als Dochter A. Daartoe dient BS een vordering van EUR 2,5 miljoen in de faillissementen van beide BV’s in. De curator erkent de vordering in het faillissement van Moeder A, maar betwist de vordering in het faillissement van Dochter A vanwege de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij de totstandkoming van de overeenkomst van 13 januari 2003. Moeder A (vertegenwoordigd door Onne) is daarin opgetreden als bestuurster van Dochter A. Deze overeenkomst was volgens de curator wel in het voordeel van Moeder A, die door de overeenkomst immers niet meer de enige schuldenaar was, maar niet in het belang van Dochter A, omdat op haar een regresrecht werd gecreëerd, terwijl het krediet al verstrekt was.

3 Het geding in feitelijke instanties

De rechtbank wijst de vordering van BS op Dochter A af, waarop BS in hoger beroep gaat. Het hof¹¹ stelt vast dat het door Tamme verstrekte krediet ten goede van de gehele groep is gekomen, omdat deze behoefte aan liquiditeit had. De lening voorzag hierin en diende de continuïteit van de groep te waarborgen. Daarnaast is het binnen de kredietpraktijk gebruikelijk dat dochtervennootschappen die van een krediet meeprofitieren, zich naast de moeder als hoofdelijk schuldenaar meeverbinden, bijvoorbeeld via een parapluukrediet.¹² Dit is bij het familiebedrijf ook al eerder geschied in het kader van een verstrekte lening door de ING Bank. Hoofdelijke verbondenheid van Dochter A is echter per abuis niet overeengekomen bij de geldleningsovereenkomst van 8 januari 2003. Deze omissie is op 13 januari 2003 hersteld, maar omdat de betrokkenen juridisch leken waren, is dit ongelukkig verwoord.¹³ De betrokkenen zagen namelijk over het hoofd dat er wordt gesproken van een *regresrecht* op Dochter A, terwijl Dochter A nog helemaal geen *medeschuldenaar* was, omdat zij geen partij bij de eerste overeenkomst was.¹⁴ Het hof ziet deze oorspronkelijke bedoeling in, en stelt aan de hand van de Haviltex-

7. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 10 (MvT).

8. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, JOR 2007/169 (Bruil), r.o. 3.4 en HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394, JOR 2004/266 (Duplicado), r.o. 3.5.2.

9. Dit leiden wij af uit de benamingen van de verschillende kleindochters, te weten: Pluimveeslachterij T. Storteboom B.V., Storteboom Kipspecialisten B.V., Aanvoer Planbureau Vleeskuikens B.V. en Pluimvee-Uitsnijderij Den Brink B.V., vgl. HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363 (concl. A-G) (Ubbens q.q./X), r.o. 1.1 (h).

10. Via Moeder A.

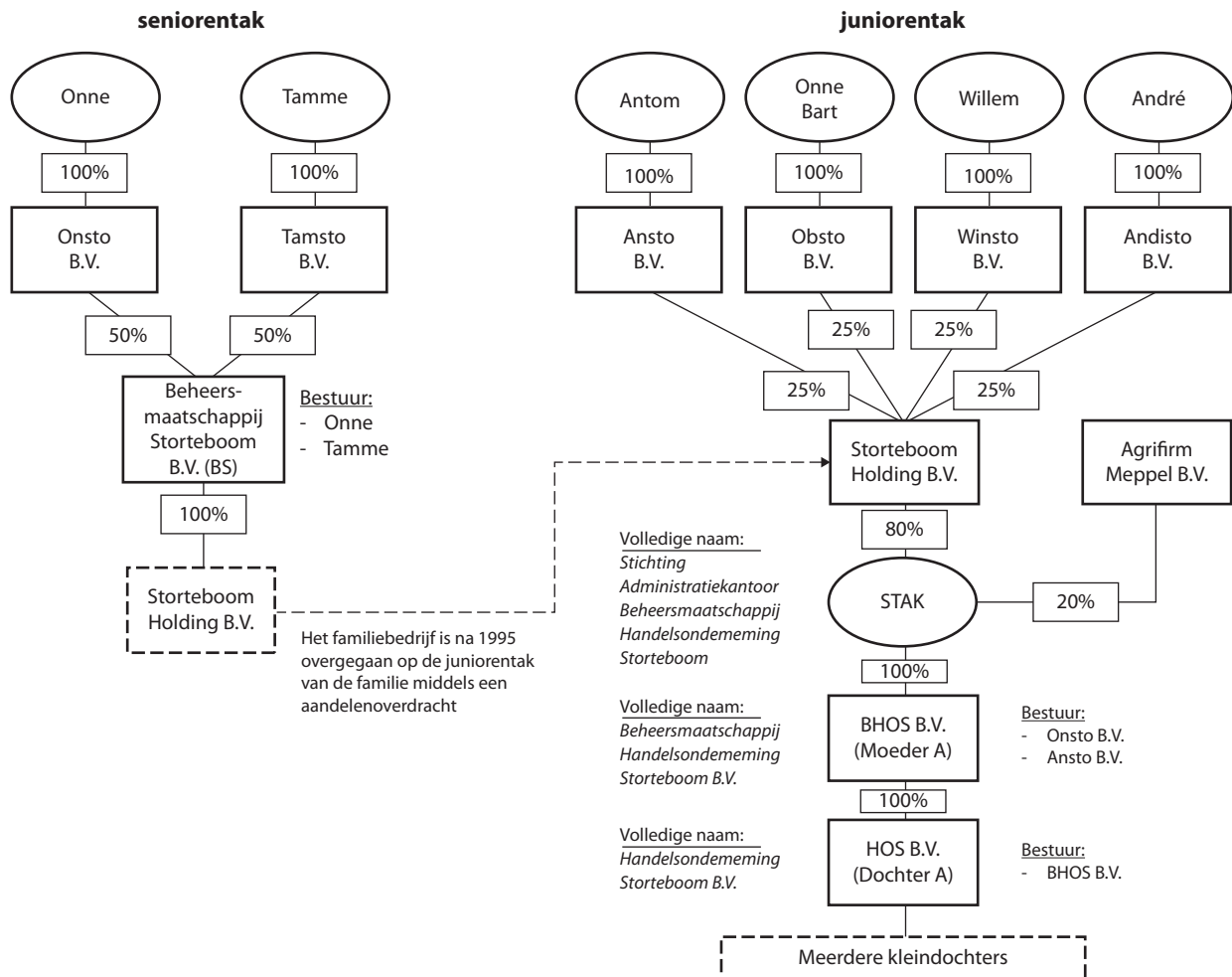
11. ECLI:NL:GHARL:2015:1145, r.o. 5.9-5.11.

12. Zie bijv. Bartman e.a. 2016, p. 219-221. Bij een parapluukrediet hebben alle dochters een eigen kredietfaciliteit bij de bank. Op grond van de door henzelf gesloten overeenkomst kunnen zij daaronder tot een bepaalde limiet krediet opnemen. De auteurs noemen het parapluukrediet als tegenhanger van een stelsel van centraal kasbeheer (*central cash management*), waarbij de dochters geen eigen kredietovereenkomst met de externe financieringsmaatschappij sluiten, maar de moedermaatschappij als een soort ‘concern-interne bank’ gaat fungeren en de middelen zelf binnen de groep uitzet binnen een rekening-courantverhouding tussen haarzelf en haar dochters. (Doorgaans is er bij dergelijke cash-pooling overigens ook sprake van hoofdelijke verbondenheid van de dochters, dus in die zin is de positie van de dochters in een dergelijk geval niet anders.)

13. Zie ECLI:NL:GHARL:2015:1145, r.o. 5.10.

14. Vgl. art. 6:2 BW.

Figuur 1



maatstaf¹⁵ en in lijn met de strekking van de rechtshandeling (het bieden van zekerheid aan Tamme, net zoals dat is geschied bij de lening met de ING Bank) vast dat het de bedoeling was dat Moeder A en Dochter A zich reeds vanaf het moment van de eerste overeenkomst hoofdelijk jegens BS verbonden.

Vervolgens gaat het hof in op de vraag of sprake is geweest van een tegenstrijdig belang bij de overeenkomst van 13 januari 2003.¹⁶ Hij zoekt daarbij aansluiting bij het Bruil-arrest.¹⁷ Hierin is bepaald dat van een tegenstrijdig belang in concernverband niet spoedig sprake zal zijn, omdat de belangen van groepsmaatschappijen als regel geacht worden parallel te lopen. Dit vermoeden wordt ook wel met de term 'concernex-ceptie' aangeduid.¹⁸ De curator meent dat Moeder A in haar hoedanigheid als bestuurder van Dochter A een tegenstrijdig belang had bij het aangaan van de tweede overeenkomst,

omdat zij op dat moment enig schuldenaar was van Tamme. Door de overeenkomst kwam daar een extra schuldenaar bij (BS), alsmede de mogelijkheid tot regres bij Dochter A. Dit was wel in het belang van Moeder A, maar niet in het belang van Dochter A. De lening was immers al verstrekt aan Moeder A en Dochter A kon daar al van profiteren. Daarom had Dochter A volgens de curator geen belang bij medeverbondenheid, zoals aangegaan bij de tweede overeenkomst.¹⁹ Het hof ziet dit anders. Daar de tweede overeenkomst strekte tot het herstel van een omissie in de eerste overeenkomst, ziet het hof beide rechtshandelingen als één geheel. Dit geheel had als doel en strekking het voorzien in liquiditeit voor en continuïteit van de groep (vergelijk voorgaande alinea).²⁰ Er is dan ook geen sprake van een tegenstrijdig belang, waardoor de regresvordering op Dochter A moet worden erkend.

15. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Ermes c.s./Haviltex).

16. ECLI:NL:GHARL:2015:1145, r.o. 5.13-5.16.

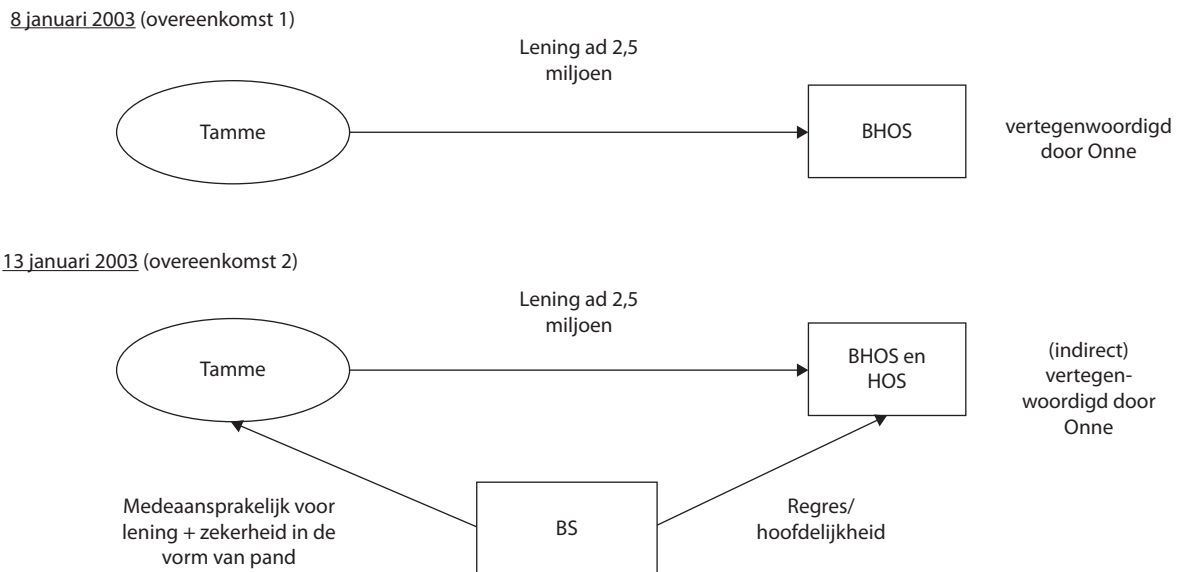
17. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, JOR 2007/169 (Bruil).

18. Vgl. Bartman e.a. 2016, p. 311.

19. ECLI:NL:GHARL:2015:1145, r.o. 5.15.

20. ECLI:NL:GHARL:2015:1145, r.o. 5.16.

Figuur 2



4 De Hoge Raad

In cassatie klaagt de curator dat het hof niet heeft stilgestaan bij de positie van Onne in dit verhaal. Onne was namelijk als indirect bestuurder²¹ van Dochter A betrokken bij de tweede overeenkomst. De curator stelt dat beide senioren (Tamme en Onne) geen aandelen hielden in de juniorentak, maar daarin wel de zeggenschap behielden doordat Onne als (indirect) bestuurder in de juniorentak was betrokken. Dit brengt met zich mee dat Onne wel een (indirect) economisch belang in BS had, maar geen economisch belang in Moeder A en Dochter A. Daarom had Onne volgens de curator een persoonlijk belang om een hoofdelijke aansprakelijkheid in het leven te roepen ten gunste van BS en ten laste van Moeder A en Dochter A. Dit belang zou tegenstrijdig met het belang van Dochter A in de zin van artikel 2:256 BW (oud) zijn. Vanwege dit tegenstrijdige belang is volgens de curator dan ook sprake van onbevoegde vertegenwoordiging door Onne.²² Wat de curator hier ons inziens dus eigenlijk probeert te beargumenteren, is dat de situatie niet onder de concernexceptie kan worden geschaard, maar een uitzonderlijke situatie betreft waarbij de belangen van de actoren binnen de groep niet parallel lopen. A-G Rank-Berenschot acht de klacht van de curator gegrond en is van mening dat het hof weliswaar heeft onderzocht in hoeverre Moeder A als bestuurster van Dochter A een tegenstrijdig belang had bij de tweede overeenkomst, maar dat hij onvoldoende is ingegaan op de onbevoegde (indirecte) vertegenwoordiging door Onne bij de tweede overeenkomst. Daarom acht zij de klacht gegrond en concludeert zij op dit punt tot vernietiging en verwijzing.²³

21. Vgl. figuur 1.

22. HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363 (concl. A-G) (Ubbens q.q./X), r.o. 2.4-2.5.

23. HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363 (concl. A-G) (Ubbens q.q./X), r.o. 2.7-2.8.

De Hoge Raad gaat hier niet in mee:

‘Het hof [behoefde] niet afzonderlijk in te gaan op de positie van [Onne] bij het aangaan van de [tweede overeenkomst]. Weliswaar ontstond de hoofdelijke aansprakelijkheid van [Dochter A] voor de lening door tussenkomst van [BS], die zich in de [tweede overeenkomst] als medeschuldenaar naast [Moeder A] verbond, maar in het oordeel van het hof ligt besloten dat dit niet van belang is. Het resultaat van deze constructie is namelijk niet anders dan indien [Dochter A] (...) zich aanstonds (dat wil zeggen: bij de overeenkomst van 8 januari 2003) samen met [BS] naast [Moeder A] hoofdelijk tegenover [Tamme] zou hebben verbonden. (...) Van een relevant tegenstrijdig belang tussen [Onne] en [Dochter A], dat afweek van het mogelijke belangenconflict tussen [Moeder A] en [Dochter A] dat het hof onder ogen heeft gezien, was bij het aangaan van de hoofdelijkheid daarom geen sprake.’²⁴

5 De motivering van de Hoge Raad

De reden dat niet hoeft te worden ingegaan op de positie van Onne bij de tweede overeenkomst is volgens de Hoge Raad gelegen in het feit dat het resultaat van de gebruikte twee-overeenkomstenconstructie, namelijk het overeenkomen van hoofdelijke gebondenheid, niet verschilt met de situatie dat hoofdelijkheid meteen was overeengekomen. Volgens de Hoge Raad is van een relevant tegenstrijdig belang tussen Onne en Dochter A *daarom* geen sprake. Deze redenering is naar onze mening niet geheel zuiver.²⁵ Vast staat inderdaad dat de betrokken partijen de hoofdelijkheid al vanaf het begin

24. HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363 (Ubbens q.q./X), r.o. 3.4.

25. Anders: A.F.J.A. Leijten in zijn annotatie bij deze uitspraak in JOR 2017/84, onder 8.

op het oog hebben gehad. Het hof heeft de positie van Moeder A in dat licht bestudeerd en geoordeeld dat geen sprake is van tegenstrijdig belang vanwege doel, achtergrond en structuur van de concernfinancieringsverhouding. Het is gezien de ratio van de tegenstrijdigbelangregeling en de strekking van de eerste overeenkomst begrijpelijk waarom ervoor wordt gekozen de rechtshandeling waarbij Dochter A zich alsnog verbond toe te staan, maar strikt genomen wijkt de positie van Onne bij het sluiten van de tweede overeenkomst wel degelijk relevant af van de positie van Dochter A. Ten tijde van het sluiten van de tweede overeenkomst trad Onne immers alleen op als bestuurder van Moeder A, terwijl hij bij het sluiten van de tweede overeenkomst tevens de pet van aandeelhouder van BS ophad. Het hof had daar – gelijk de conclusie van de A-G – in zijn motivering aandacht aan moeten besteden.

6 Andere uitkomst?

Wat als het hof inderdaad aandacht aan de divergentie tussen de belangen van bestuurder Onne en Dochter A zou hebben besteed in de motivering? Wij denken dat de uitkomst van de procedure – er is geen sprake van een tegenstrijdig belang – in het licht van doel, achtergrond en structuur van de financieringsverhouding dan onveranderd zou blijven, maar dat de motivering iets breder getrokken moet worden. Namelijk naar het familiebedrijf, dat wil zeggen seniorentak en juniorentak, als groep. Aan de ene kant is inderdaad sprake van een potentieel indirect tegenstrijdig belang²⁶ van Onne, omdat hij zowel (indirect) bestuurder van Moeder A en Dochter A is als 50%-aandeelhouder van de ‘derde’ met wie deze vennootschappen contracteren, namelijk BS. Het zijn van bestuurder van de contracterende vennootschap alsook aandeelhouder van de vennootschap die wederpartij is bij deze rechtsverhouding is een sterke indicatie van de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang.²⁷ Een eigen belang maakt echter niet per definitie ook een tegenstrijdig belang. Hiervan is pas sprake als de belangen van de bestuurder niet parallel lopen met de belangen van de vennootschap.²⁸ Om dit te beoordelen moet er op grond van het Bruil-arrest worden gekeken naar alle relevante omstandigheden van het concrete geval.²⁹ Deze omstandigheden moeten van een dusdanige invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder dat hij zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap(en) en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen.

In het onderhavige geval speelt dan een grote rol dat sprake is van een familiebedrijf, bestaande uit een seniorentak en een juniorentak, die formeel wel los van elkaar staan, maar die ook allerlei kruisverbanden vertonen. Wij zouden willen betogen dat deze structuur onder het groepsbegrip van artikel 2:24b BW geschaard kan worden. Dit groepsbegrip wordt in de kern geduid als een samenstel van juridisch zelfstandige ondernemingen onder centrale leiding.³⁰ Er is in dit geval sprake van centrale leiding van de ouders Tamme en Onne, daar zij altijd de beslissende stem hebben gehad in essentiële vragen betreffende de junioren- en de seniorentak.³¹ Bovendien is aandelenbezit niet vereist om onder dit groepsbegrip te vallen, getuige het feit dat ook nevensgeschikte concerns zoals Unilever NV en Unilever PLC tezamen een groep vormen.³² Zij treden samen in feite op als één onderneming.³³ Ook in de onderhavige casus is het de bedoeling van betrokkenen geweest om één onderneming te vormen. Uit de interne verhoudingen binnen in de juniorentak blijkt dat beoogd is de zonen economisch voordeel te verschaffen, terwijl de zeggenschap gelijktijdig grotendeels geconcentreerd blijft bij de ouders.³⁴ Er is ook sprake van belangenparalellie tussen de seniorentak en de juniorentak, die is gelegen in de gezamenlijke wens tot het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming van het familiebedrijf.³⁵ In het Bruil-arrest bepaalde de Hoge Raad dat in het bijzonder in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen, niet spoedig van een tegenstrijdig belang sprake zal zijn, omdat het juist de bedoeling is dat, door de uiteindelijke zeggenschap in één hand te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon geconcentreerd zijn.³⁶ In dit geval gaat het dan om de bedoeling de uiteindelijke zeggenschap in de handen van het echtpaar te houden, terwijl de financiële voordelen moeten toevallen aan hun zoons. Daarom hebben de echtgenoten waarschijnlijk ook besloten tot een investering van EUR 2,5 miljoen in de juniorentak. Het is niet gek dat er dan verlangd wordt dat de vennootschappen binnen het familiebedrijf (waaronder BS aan de seniorenkant en Moeder A en Dochter A aan de juniorenkant) allemaal instaan voor terugbetaling van dit bedrag, net zoals dat in het verleden is gebeurd met de lening bij de ING Bank. De belangen van Moeder A, Dochter A, BS en het echtpaar liepen dan ook parallel: de (familie)onderneming moest koste wat het kost voortbestaan. Er is geen sprake van zodanig

26. Vgl. Asser/Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/403.

27. Vgl. L. Timmerman, Hoe kan uitvoering worden gegeven aan rechtsvorming door de rechter?, in: G.J.M. Corstens, L. Timmerman, E.J. Daalder e.a., De positie van de Hoge Raad, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 29.

28. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12 (MvT).

29. A.F.J.A. Leijten geeft in zijn annotatie bij deze uitspraak in JOR 2017/84, onder 9 dan ook terecht aan dat de curator het persoonlijk belang nader had moeten concretiseren door te motiveren waarom diens belang strijdt met dat van de door hem indirect vertegenwoordigde vennootschappen.

30. Vgl. Bartman e.a. 2016, p. 33 met daarin nadere verwijzingen. Zij refereren op p. 31 ook wel aan het groepsbegrip van art. 2:24b BW als het economische groepsbegrip: ‘Een groepsbegrip dat onmiskenbaar de continentale, economische visie op het concern weergeeft.’

31. HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363 (concl. A-G) (Ubbens q.q./X), r.o. 2.5 (13).

32. Vgl. Bartman e.a. 2016, p. 34.

33. Vgl. www.unilever.nl/about/who-we-are-old/ondernemingsstructuur/.

34. Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, JOR 2007/169 (Bruil), r.o. 3.6.

35. Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, JOR 2014/290 (Roovers/Cancun Holding I).

36. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, JOR 2007/169 (Bruil), r.o. 3.6.

onverenigbare belangen dat Onne niet in staat had moeten worden geacht de belangen van Dochter A met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen.³⁷ Omdat deze uitkomst niet wezenlijk verschilt van de huidige uitkomst (er is geen sprake van een tegenstrijdig belang), heeft de Hoge Raad er allicht voor gekozen om het motiveringsgebrek van het hof te repareren. De motivering zou dan echter zuiverder zijn geweest. Er zou voor wat betreft het oordeel of sprake is van een tegenstrijdig belang niet hoeven worden afgeweken van wat gebruikelijk is, te weten een oordeel naar het moment van het verrichten van de betwiste rechtshandeling (in casu het sluiten van de tweede overeenkomst). Een meer materiële benadering, waarbij de beide overeenkomsten als één geheel moeten worden gezien, is dan niet nodig. Wel is daarbij nodig dat het begrip concern dan wordt beoordeeld in het licht van het groepsbegrip van artikel 2:24b BW.

7 Overweging ten overvloede

In dit faillissement speelde overigens nog een andere zaak, die door middel van arbitrage is beslecht.³⁸ Het ging hier om een 'vergeten' 403-verklaring van het voormalige moederbedrijf jegens zijn dochters. In deze procedure poogde de seniorenkant nu juist te betogen dat het steeds de bedoeling is geweest dat na de ontvlechting in 1995 (tevens het ontstaansmoment van de junioren- en de seniorentak) geen verdere aansprakelijkheid voor het 'nieuwe' concern wenste te worden aanvaard, maar dat de 403-verklaring per abuis nooit was ingetrokken. In de arbitragezaak proberen zij dus een scheiding tussen het 'oude' en het 'nieuwe' concern te betogen om onder de gebondenheid aan de 403-verklaring uit te komen, terwijl zij in de tegenstrijdigbelangzaak nu juist aanvoeren dat beide takken wel degelijk nog als familiegroep fungeren om nietigheid³⁹ van de rechtshandeling wegens tegenstrijdig belang te voorkomen.⁴⁰ Wij detecteren hierin een zeker opportunisme. Het is in ieder geval een mooie illustratie van hoe de praktijk kan verschillen met de rechtswerkelijkheid.⁴¹

37. Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, JOR 2007/169 (Bruil), r.o. 3.7.

38. NAI 26 mei 2015, nr. 4128, TvA 2016/2, p. 10-13.

39. Vgl. Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:239 BW, aant. 1.5.2.

40. Vgl. NAI 26 mei 2015, nr. 4128, TvA 2016/2, overweging 7.31 en ECLI:NL:GHARL:2015:1145, r.o. 5.10.

41. Vgl. F. Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*, Deventer: Kluwer 2010.