“ Your right to swing your arms ends just where the other man’s nose begins ”

Waar eindigt de reikwijdte van de vennootschap’s ‘arm’ en waar begint de ‘neus’ van stakeholders?

M.H.A.M. HOES

Universiteit van Tilburg

Begeleider: G.J.H. van der Sangen

30 augustus 2017

LICENTIE

Citeerwijze: M.H.A.M. Hoes, *Waar Eindigt de Reikwijdte van de Vennootschap’s ‘Arm’ en Waar Begint de ‘Neus’ van Stakeholders?*, Ondernemingsrecht Scriptie, Universiteit van Tilburg, 30 augustus 2017.

De scriptie heeft de volgende Creative Commons NL 4.0 licentie: Naamsvermelding-Geen Afgeleide Werken 4.0 Internationaal (CC BY-ND 4.0).

Men is vrij het werk te delen, te kopiëren, te verspreiden en door te geven via elk medium of bestandsformaat voor alle doeleinden, inclusief commerciële doeleinden zolang er naar het originele werk verwezen wordt.

"YOUR RIGHT TO SWING YOUR ARMS ENDS JUST WHERE THE OTHER MAN'S NOSE BEGINS"[1] **–**

WAAR EINDIGT DE REIKWIJDTE VAN DE VENNOOTSCHAP'S 'ARM' EN WAAR BEGINT DE 'NEUS' VAN STAKEHOLDERS?

DOOR M.H.A.M. HOES

[1] Chafee (1919). *Freedom of Speech in War Time*, 32 Harv. L. Rev. 932, 957, 1919.

DANKWOORD

"*Education is the passport to the future,*
for tomorrow belongs to those who prepare for it today." –
Malcom X

The end of an era… Het klinkt dramatisch, maar het is wel zo – een einde aan mijn studie tijd is nu echt aangebroken. Na een LL.B. en twee LL.M.'s van de Universiteit van Tilburg (én twee scripties…) en een LL.M. van de University of Minnesota zit het er nu toch *echt* op. Met hoogte- en dieptepunten gedurende zes jaar aan twee universiteiten en verschillende summer schools, kan ik zeggen dat ik best opgelucht ben dat het er op zit en klaar ben voor de volgende stap in mijn carrière. Na een paar jaar werken zal ik waarschijnlijk wel weer hunkeren naar mijn studie tijd, maar dat zullen we dan wel zien. Laten we zeggen: op naar het 'echte' leven.

Ook al verschijnt alleen mijn naam op de voorkant van deze scriptie zijn er veel mensen aan wie ik te danken heb dat ik mijn studie heb mogen afronden. Allereerst moet ik meneer G.J.H. van der Sangen bedanken. Om te beginnen heeft hij met zijn bevlogen colleges mij geïnspireerd mijn heil in het ondernemingsrecht te gaan zoeken – iets waar ik zeker geen spijt van heb. Daarna is meneer van der Sangen mijn afstudeerbegeleider geworden – in die rol heeft hij mij weten te stimuleren onderzoek te doen op momenten dat ik het even niet meer zag zitten en het beste uit mezelf te halen. Voor dit alles ben ik hem erg dankbaar en ik hoop dat het eindresultaat recht doet aan wat ik van hem heb geleerd door de jaren heen.

Als laatste kan ik mijn familie niet genoeg bedanken voor hun steun door de jaren heen. Zonder hen was dit alles nooit mogelijk geweest. Zij hebben mij *altijd* gestimuleerd het beste uit mezelf te halen, in alle aspecten van mijn leven – van het hockeyveld tot aan de studie en alles daar tussen. Ook al was ik niet altijd even leuk – bijvoorbeeld rond de tentamen periode – bleven jullie mij toch gelukkig (een soort van) leuk vinden. Veel dank daarvoor… en hopelijk blijft dit zo.

Juni 2017, Minneapolis,
Maxime Hoes

INHOUD

AFKORTINGEN **p. 6**

HOOFDSTUK 1

1. INLEIDING **p. 7**

1.1. Probleemanalyse p. 7

1.2. Onderzoeksvragen p. 8

1.3. Onderzoeksmethoden p. 10

1.4. Hoofdstuk Indeling p. 10

HOOFDSTUK 2

2. *HOBBY LOBBY* EN HR CANCUN **p. 12**

2.1. *Hobby Lobby* p. 12

2.1.1. Majority Opinion

2.1.2. Dissenting Opinion

2.1.3. Gevolgen

2.2. HR Cancun p. 25

2.2.1. Feiten en Procesverloop van HR *Cancun*

2.2.2. Literatuur omtrent HR *Cancun*

2.3. Tussenconclusie p. 32

HOOFDSTUK 3

3. HET VENNOOTSCHAPPELIJK BELANG MET AL HAAR HAKEN EN OGEN **p. 35**

3.1. Grondrechten en de Rechten van de Mens p. 36

3.2. Vennootschappelijk Belang p. 38

3.2.1. BV

3.2.1.1.'In het Belang van de Vennootschap'

3.2.1.2.Hoe en door wie wordt het Vennootschappelijke Belang bepaald?

3.2.2. De Besloten Verhouding

3.2.2.1.Wat is een Persoonsgebonden Samenwerkings-BV?

3.2.2.2.Hoe en door wie wordt het Vennootschappelijke Belang bepaald?

3.3. Zorgplicht p. 66

3.4. Tussenconclusie p. 74

HOOFDSTUK 4

4. AANBEVELINGEN EN ACTUELE ONTWIKKELINGEN p. 76

4.1. Aansprakelijkheid Aandeelhouders p. 76

4.2. Reguleren van het Vennootschappelijk belang en Bestuursautonomie p. 79

4.3. Aandeelhouder-Bestuurde BV p. 82

4.4. Vrijheid van Religie aldus het HvJ-EU p. 86

4.5. Porter's Voorspelling p. 90

4.6. *Hobby Lobby* in 2016-2017 p. 94

4.6.1. *Zubik v Burwell*

4.6.2. Health and Human Services' Wetsvoorstel

4.6.3. Supreme Court Nominatie Gorsuch

4.7. Tussenconclusie p. 98

HOOFDSTUK 5

5. CONCLUSIE p. 100

BIBLIOGRAFIE p. 104

BIJLAGEN

- Bijlage I: Structuur HR *Cancun* p. 119

AFKORTINGEN

ABBV	Aandeelhouder-bestuurder BV
ACA	Affordable Care Act of 2010
BAVA	Buitengewone Algemene Vergadering van Aandeelhouders
BW	Burgerlijke Wetboek
Court	Supreme Court
DOMA	Defense of Marriage Act
EHRM	Europese Hof van de Rechten van de Mens
FDA	Food and Drug Administration
HvJ-EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad
LGBTQ	Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender en Queer/Questioning
OK	Ondernemingskamer
PPACA	Patient Protection and Affordable Care Act
RFRA	Religious Freedom Restoration Act of 1993
RvC	Raad van Commissaris
SA	Société Anonyme
VS	Verenigde Staten

HOOFDSTUK 1 – INLEIDING

"*The court, I fear, has ventured into a minefield.*" –
Justice Ruth Bader Ginsburg[2] in de *Hobby Lobby* uitspraak[3]

1.1. PROBLEEMANALYSE

Op 30 juni 2014 heeft de Supreme Court van de Verenigde Staten (hierna: 'VS') veel stof doen opwaaien met haar zeer controversiële zaak: de *Hobby Lobby*-zaak[4], die met een meerderheid van 5-4 werd aangenomen.[5] Volgens de meerderheid van de Supreme Court kan de geloofsovertuiging van de aandeelhouders van een besloten vennootschap ('for-profit corporations') doorwerken in de rechtspersoon.[6] *Hobby Lobby* raakt hiermee de kern van de Amerikaanse shareholders benadering; welke benadering uit gaat van organisaties die streven naar winstmaximalisatie, lange-termijn succes en groei, om op deze manier een zo groot mogelijke aandeelhouderswaarde te creëren.[7] Al met al betekent deze uitspraak van de Supreme Court dus dat bedrijven vrijgesteld kunnen worden van bepaalde wetten indien de eigenaar religieuze bezwaren heeft tegen een bepaalde wet.

In *Hobby Lobby* ging het over de Affordable Care Act van 2010 (hierna: de 'ACA'), ook wel *Obamacare* genoemd, wat werkgevers verplicht om groepsziektekostenverzekeringen te bekostigen,[8] waar onder andere "preventive care and screenings" voor vrouwen zonder "any cost sharing requirements," onder valt.[9] Hieronder valt dus ook het vergoeden van anticonceptiemiddelen, zoals de morning-afterpil.[10] De rechtszaak is aanhangig gemaakt door drie vennootschappen (Hobby Lobby, Mardel en Conestoga). De drie bedrijven zijn 'close corporations' uit Oklahoma en Pennsylvania, waarvan de aandelen in handen zijn van streng conservatieve en religieuze families. Ook de belangrijkste

---

[2] Ruth Bader Ginsburg is een Associate Justice in de Supreme Court sinds 1993. Ze is de tweede vrouw ooit (na Sandra Day O'Connor) aangesteld tot de Supreme Court. Ze wordt gezien als een van de meest liberale rechters in de huidige Supreme Court. Voordat zij aangesteld werd als Associate Justice, was zij een vooraanstaande vrouwenrechten en burgerrechten advocaat.

[3] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 34-35.

[4] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621.

[5] Justices vóór: Justice Alito heeft de '*Majority Opinion*' geschreven, waar Justices Roberts, Scalia en Thomas zich bij aan hebben gesloten. Justice Kennedy heeft een '*Concurring Opinion*' geschreven (zie paragraaf 1.5. voor uitleg over '*Concurring Opinion*').
Justices tegen: Justice Ginsburg heeft de '*Dissenting Opinion'*, waar Justice Sotomayor zich aansloot. Bijkomend hebben Justices Breyer en Kagan zich in het geheel aangesloten bij de '*Dissenting Opinion'* van Ginsburg, nagelaten Part III–C–1, waarvoor Beyer en Kagan een '*Dissenting Opinion'* hebben geschreven (zie paragraaf 1.5. voor uitleg over '*Dissenting Opinion*').

[6] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 51.

[7] De Groot (2004). *Bescherming en Breakthrough bij Overname*. Dutch University Press. p. 7.

[8] 42 U.S. Code § 300gg–13 (Coverage of preventive health services).

[9] 42 U. S. C. §300gg–13(a)(4).

[10] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 12.

bestuurlijke functies in de bedrijven worden vervuld door familieleden met dezelfde geloofsovertuigingen. Ondanks dit besloten karakter van de bedrijven, zijn ze uitgegroeid tot omvangrijke ondernemingen in Amerika. Het bedrijf Hobby Lobby bijvoorbeeld, bestaat uit meer dan 500 zogenoemde 'arts and crafts'- winkels en 13.000 werknemers.[11] Om hun verplichtingen onder de ACA te ontlopen, beroepen de drie vennootschappen zich op de Religious Freedom Restoration Act of 1993 (hierna: de 'RFRA'). De RFRA biedt een mogelijke uitweg om de hiervoor genoemde verplichting te ontwijken, door als volgt te bepalen:

> *"Government* [from] *substantially burden*[ing] *a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability"*[12]

Indien een bepaalde overheidsmaatregel de geloofsbelijdenis substantieel bemoeilijkt, kan de desbetreffende persoon op basis van de RFRA daarvan worden vrijgesteld, tenzij de overheid aantoont dat met die overheidsmaatregel (i) een dwingend overheidsbelang gemoeid is en (ii) de minst restrictieve middelen zijn gebruikt om dit belang te bereiken.[13]

Centraal staat dan ook in deze zaak in hoeverre een vennootschap kan worden aangemerkt als een 'persoon' in de zin van de RFRA (en het eerste amendement recht van vrijheid van religie).

1.2. ONDERZOEKSVRAGEN

Op basis van de hierboven besproken materie is de volgende onderzoeksvraag van belang:

> *Waar houdt de associatievrijheid op en waar begint de verplichting van rechtspersonen om de grondrechten van anderen of het publieke belang te respecteren?*

In de *Hobby Lobby*-zaak wordt de vrijheid van religie, die is neergelegd in het eerste amendement van de grondwet van de VS, toegekend aan een besloten vennootschap. *Hobby Lobby* opent dus de discussie of ondernemingen al dan niet grondrechten hebben. Een belangrijke kanttekening is het feit dat de *Hobby Lobby*-zaak niet opgaat voor beursvennootschappen; in de *Hobby Lobby*-zaak ging het om een besloten verhouding, een familiebedrijf. Het is dus interessant om in de scriptie te gaan onderzoeken in hoeverre men kan spreken van grondrechten van ondernemingen. Dit wordt vaak vanuit het perspectief van de maatschappij of stakeholders benaderd, waarbij de onderneming een bepaalde functie van bovenaf wordt toegedicht. Het gaat dan over *corporate social responsibility*. Echter, nu blijkt dat rechtspersonen ook grondrechten kunnen hebben, rijst de vraag op welke wijze conflicterende belangen kunnen c.q. moeten worden opgelost.

---

[11] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 13-14.

[12] 42 U.S.C. §2000bb-1(a) (Free exercise of religion protected).

[13] 42 U.S.C. §2000bb-1(b).

In Nederland is HR *Cancun*[14] van belang in de context van associatievrijheid. Rechtspersonen moeten de wet naleven, het bestuur is daarom verplicht om hiervoor te zorgen, om vanuit HR *Cancun* te voorkomen dat het bestendige succes door het niet naleven van de wet in gevaar komt. Een rechtspersoon heeft zijn verplichting om de wet na te leven. Het is echter ook van belang om af te vragen wie in Nederland bepaalt wat 'in het belang van de vennootschap' precies inhoudt. Deze belangen worden vastgesteld, maar het is de vraag wanneer de vennootschapsbelangen moeten wijken voor grondrechten van de maatschappij en/of publieke belang.

Om het onderzoek in een gerichter pad te leiden, kan op basis van de boven genoemde informatie, de volgende sub-onderzoeksvragen worden opgesteld:

- *Wat voor invloed heeft de Hobby Lobby-zaak op het shareholdersmodel?*

De Supreme Court wakkert met deze uitspraak wederom de discussie aan over het *'doel'* van de vennootschap. Waar lagere rechtspraak in sommige gevallen de 'for profit corporations' uitsloten van de bescherming die de RFRA biedt, door het feit dat voorgenoemde ondernemingsvormen enkel een winstoogmerk zouden hebben, wordt door de Supreme Court niet gevolgd.[15] Door deze overwegingen kan voor tegenstanders van het shareholdersmodel worden afgeleid dat de Supreme Court hiermee duidelijk maakt dat het behalen van winst ten behoeve van de aandeelhouders niet het enige mogelijk oogmerk van een vennootschap hoeft te zijn, maar dat de vennootschap ook een gevarieerdheid van doelen kan nastreven. De Supreme Court bevestigt namelijk met *Hobby Lobby* dat vennootschappen niet verplicht zijn enkel winst na te streven en daarbij niet alle andere belangen die zij tegenkomen inferieur moeten stellen ten opzichte van het winstoogmerk. De Supreme Court staat hier immers toe dat naast het maken van winst ten behoeve van de aandeelhouders, ook het nastreven van andere doeleinden, in dit geval vrijheid van religie, tot de mogelijkheden behoort. Het is echter de vraag hoever het nastreven van andere doeleinden mag gaan als het conflicteert met andere grondrechten. Denk bijvoorbeeld aan een situatie waar het recht op toegang tot gezondheidszorg[16] wordt geschonden, zou dit kunnen c.q. mogen? Het is dus van belang om te kijken waar de grens ligt tussen een vennootschap die geoorloofd andere doeleinden nastreeft en grondrechten die worden geschonden door het nastreven van zulk soort doeleinden.

- *Welk orgaan is verantwoordelijk voor het vaststellen van het beleid in het Nederlandse vennootschapsrecht?*

Deze vraag hangt samen met de vorige sub-vraag. Het is van belang om te bekijken welk orgaan er verantwoordelijk is voor het vaststellen van het beleid, op basis van het Nederlandse vennootschapsrecht en/of rechtspraak. Het is hier belangrijk dat er een duidelijk onderscheid gemaakt wordt tussen analyses van een BV en van een persoonsgebonden samenwerkings-BV (zoals de verhouding in *Hobby Lobby*, waar het om een familie bedrijf

[14] HR 4 April 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (*Cancun*);
De uitspraak zal verder worden toegelicht in hoofdstuk 2.
[15] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. p. 3.
[16] VN Resolutie 2002/31 over het 'recht op gezondheid en gezondheidszorg'.

ging). In de persoonsgebonden samenwerkings-BV hebben de aandeelhouders natuurlijk de vrijheid om doelstellingen te creëren. Echter hoe ver kunnen de aandeelhouders hier mee gaan, voordat de grens onrechtvaardig overschreden wordt?

- *Indien bijvoorbeeld de vrijheid van religie zou doorwerken op een vennootschap, van welk orgaan is de geloofsovertuiging dan doorslaggevend; die van de aandeelhouders, van de bestuurders of van beide?*

Dit is een onduidelijkheid waar de Supreme Court de Amerikaanse bevolking mee laat zitten. In the *Hobby Lobby*- zaak wordt hier namelijk niet op in gegaan en wordt er door de Supreme Court enkel over '*humans who own and control*' gesproken.[17] In casu was het maken van het onderscheid ook niet van belang, doordat bij de Hobby Lobby onderneming zowel de bestuurders als de aandeelhouders dezelfde geloofsovertuigingen en dus belangen hadden.[18] De woorden van de Supreme Court zijn echter voor verschillende interpretaties vatbaar en dus interessant voor nader onderzoek. Het Nederlands recht neigt meer naar de bestuurder; temeer omdat de bestuurder de plicht heeft in Nederland te besturen in het belang van de vennootschap en acht moet slaan op de grondrechten van andere stakeholders die door het ondernemingsbeleid worden geraakt.[19]

1.3. ONDERZOEKSMETHODEN

Voor het beantwoorden van de hoofdvraag zal voornamelijk gebruik gemaakt worden van traditioneel-juridische bronnenonderzoek, waarbij de focus zal liggen op Nederlands-recht en Amerikaans-recht. Rechtsvergelijking zal dus een belangrijk onderdeel vormen van de scriptie. Het is bijvoorbeeld belangrijk om te onderzoeken of het Nederlands recht een soortgelijke wet als bijv. de RFRA kent, welke de mogelijkheid opent om de vrijheid van religie zo'n prominente plek te geven in het vennootschapsrecht. Daarnaast zal er gebruik gemaakt worden van jurisprudentieonderzoek om te onderzoeken of gelijksoortige zaken zoals *Hobby Lobby* in de VS en Nederland (en eventueel andere landen) voorkomen. Voor de deelonderzoeksvragen zal de nadruk liggen op literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Hierbij zal onder andere gebruik worden gemaakt van de wet, relevante boeken, tijdschriftartikelen en (eventueel) parlementaire documenten.

1.4. HOOFDSTUK INDELING

De scriptie zal beginnen met een uitgebreide bespreking van de *Hobby Lobby*-zaak in hoofdstuk 2. Doordat de *Hobby Lobby*-zaak als startpunt van de gehele scriptie geldt, is het van belang deze zaak tot in de puntjes te bespreken en om ook goed naar de eventuele consequenties van de zaak te kijken. Hiervoor moet er dus ook naar de *Dissenting* en *Concurring Opinions* gekeken worden. Waar een *Dissenting Opinion* geschreven is door één of meerdere rechters die zich in het geheel niet kunnen vinden in de uitspraak gemaakt door de meerderheid van de rechters, is een *Concurring Opinion* geschreven door één of meer

[17] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 18.
[18] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 54.
[19] Artikel 2:129 BW (voor de BV) en artikel 2:239 BW (voor de NV).

rechters, die het eens zijn met de uitspraak gemaakt door de meerderheid van de rechtsprekende instantie, maar andere of bijkomende redenen aan de basis van zijn of haar uitspraak heeft staan.[20] Vooral de alom geprezen *Dissenting Opinion*,[21] geschreven door Justice Ruth Bader Ginsburg, is interessant om nader te bekijken. Vooral het punt dat zij maakt; het feit dat lagere rechtbanken te weinig begeleiding hebben in zaken met soortgelijke claims van werkgevers die religieus onderliggende bezwaren maken tegen bijvoorbeeld bloedtransfusie (Jehova's getuigen), antidepressiva (Scientology), medicatie afkomstig van varkens, inclusief anesthesie, intraveneuze vloeistoffen en pillen bedekt met gelatine (bepaalde Moslims, Joden en Hindoes), en vaccinaties (o.a. Christian Science; denk aan de Bijbel Belt),[22] is ijzersterk en verdient dus ook zeker nadere analyse. Daarnaast heeft Justice Kennedy een *Concurring Opinion* geschreven, deze is minder interessant voor de analyse, maar zal wel kort benoemd worden in hoofdstuk 2.

In hoofdstuk 2 zal ook de Nederlandse uitspraak van de Hoge Raad, HR Cancun[23], besproken worden die in gaat op de rol van de aandeelhouder en de invloed van diens belang op het vennootschappelijk verband. In het daarop volgende hoofdstuk 3 wordt het 'vennootschappelijke belang' nader besproken in combinatie met grondrechten. Ook wordt hierin de zorgplicht van het bestuur en de vennootschap jegens alle betrokken partijen bij de vennootschap besproken. Het is hier van belang om twee verschillende analyses te maken: ten eerste een analyse van de BV, ten tweede een analyse van de persoonsgebonden samenwerkings-BV (zoals de verhouding in *Hobby Lobby*, waar het om een familie bedrijf ging). In hoofdstuk 4 zullen enkele aanbevelingen gedaan worden, voor o.a. de wetgever en de rechtelijke instanties, gevolgd door hoofdstuk 5 waar de conclusies zullen worden getrokken.

Al met al is het doel van deze scriptie dus om te analyseren in hoeverre een vennootschap haar vennootschappelijk belang kan nastreven tot het moment komt wanneer andere belangen van bijvoorbeeld stakeholders in acht genomen moeten worden. Hierbij is het van belang om afwegingen te maken tussen het respecteren van de grondrechten (van een vennootschap) en het respecteren van het publieke belang.

---

[20] Epstein en Walk (2013). *Constitutional Law: Rights, Liberties and Justice.* CQ Press en Sage Publications Ltd. 8th Edition. p. 21;
Burnham (2016). *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. West Academic Publishing. 6de druk. p. 69 en p. 181.

[21] Zie hiervoor onder meer: Allon (2014). *10 Blistering Highlights from Justice Ruth Bader Ginsburg's Hobby Lobby Dissent*. [online] Alternet. Website: http://www.alternet.org/civil-liberties/10-blistering-highlights-justice-ruth-bader-ginsburgs-hobby-lobby-dissent [Bekeken 4 May 2016];
Liebelson (2014). *The 8 best lines from Ginsburg's dissent on the Hobby Lobby contraception decision*. [online] Mother Jones. Available at: http://www.motherjones.com/politics/2014/06/best-lines-hobby-lobby-decision [Accessed 4 May 2016];
Toobin (2014). On Hobby Lobby, Ginsburg Was Right. [online] Website: http://www.newyorker.com/news/daily-comment/hobby-lobbys-troubling-aftermath [Bekeken 4 May 2016].

[22] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 33-34.

[23] HR 4 April 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (*Cancun*).

HOOFDSTUK 2 – *HOBBY LOBBY* EN HR *CANCUN*

" […] *its logic extends to corporations of any size, public or private. [There is l]ittle doubt that RFRA claims will proliferate, for the Court's expansive notion of corporate personhood—combined with its other errors in construing RFRA—invites for-profit entities to seek religion-based exemptions from regulations they deem offensive to their faith.*" –
Justice Ginsburg in de *Hobby Lobby* uitspraak[24]

'Blessing Discrimination: When Religious Employers Set the Rules',[25] 'On Hobby Lobby, Ginsburg was right',[26] 'Danger sign: The Supreme Court has already expanded Hobby Lobby decision',[27] 'Why the Hobby Lobby Decision Is a Stunning Setback for Women's Rights'[28]. De koppen van kranten en nieuwswebsites logen er niet om, de Amerikaanse pers zag *Hobby Lobby* en de implicaties van de uitspraak met lede ogen aan.

Zoals eerder in hoofdstuk 1 aangegeven heeft de Supreme Court (hierna: 'Court') veel stof doen opwaaien met *Hobby Lobby*. Volgens de meerderheidsvisie van de Court kan de geloofsovertuiging van de aandeelhouders van een besloten vennootschappelijk verband doorwerken in de rechtspersoon. Niet alleen in de VS, maar ook in Nederland is in 2014 rechtspraak verschenen, HR *Cancun*[29], omtrent de rol van de aandeelhouder en de invloed van diens belang op het vennootschappelijke verband. In dit hoofdstuk zullen beide uitspraken uitvoerig besproken worden. Ook zullen de (eventuele) gevolgen van de uitspraken besproken worden.

2.1. *HOBBY LOBBY*[30]

De *Hobby Lobby* zaak is een samenvoeging van twee zaken: *Burwell v. Hobby Lobby* (2013) en *Conestoga Wood v. Burwell* (2013). Burwell was de *Secretary* van het Amerikaans Ministerie van Volksgezondheid en Sociale Zaken ('*Department of Health and Human Services*'). Indien men besluit de Amerikaanse overheid aan te klagen, dan wordt de persoon die het Ministerie of de overheidsinstantie leidt welke de vermeende inbreuk maakt, genoemd

[24] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 19-20.
[25] Waters (2015). [online] The Huffington Post. Website: http://www.huffingtonpost.com/jessica-waters/blessing-discrimination-when-religious-employers_b_8527816.html [Bekeken 10 Jul. 2016].
[26] Toobin (2014). *On Hobby Lobby, Ginsburg Was Right - The New Yorker*. [online] The New Yorker. Website: http://www.newyorker.com/news/daily-comment/hobby-lobbys-troubling-aftermath [Bekeken 10 Jul. 2016].
[27] Hiltzik (2014). *Danger sign: The Supreme Court has already expanded Hobby Lobby decision*. [online] latimes.com. Website: http://www.latimes.com/business/hiltzik/la-fi-mh-expanded-hobby-lobby-20140702-column.html [Bekeken 10 Jul. 2016].
[28] Bloom (2014). *Why the Hobby Lobby Decision Is a Stunning Setback for Women's Rights*. [online] The Huffington Post. Website: http://www.huffingtonpost.com/lisa-bloom/why-the-hobby-lobby-decis_b_5565115.html [Bekeken 10 Jul. 2016].
[29] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*).
[30] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621.

als partij in de rechtszaak; in dit geval dus Sylvia Mathews Burwell die het Ministerie van 9 juni 2014 tot en met 20 januari 2017 leidde.[31]

Zoals eerder benoemd is de zaak aanhangig gemaakt door drie vennootschappen; Hobby Lobby, Mardel en Conestoga. De drie bedrijven zijn 'close corporations', uit Oklahoma en Pennsylvania, waarvan de aandelen in handen zijn van streng conservatieve en religieuze families. Ook de belangrijkste bestuurlijke functies in de bedrijven worden vervuld door familieleden met dezelfde geloofsovertuiging.[32] In een statement van Hobby Lobby benoemen zij de combinatie bedrijfsvoering en religie zo: "[h]*onoring the Lord in all* [they] *do by operating the company in a manner consistent with Biblical principles.*"[33] Ook sluiten alle Hobby Lobby winkels traditiegetrouw op zondag, ook al kost dit het bedrijf jaarlijks miljoenen aan omzet.[34]

Het anticonceptiemandaat van *Obamacare*[35] stond centraal in *Burwell v. Hobby Lobby* (2013).[36] *Obamacare* verplicht for-profit bedrijven hun werknemers te voorzien van een verzekering, waaronder het anticonceptiemandaat valt met o.a. twintig contraceptie middelen. *Burwell v Hobby Lobby* (2013) heeft aangevoerd dat de verplichting tot deze vergoeding in strijd is met de Religious Freedom Restoration Act (hierna: 'RFRA'). Hobby Lobby heeft specifiek geprotesteerd tegen vier van de twintig anticonceptiemiddelen die onder de vergoeding zouden moeten vallen: Mirena IUD, Paragard IUD, Plan-B en Ella; waarvan Plan-B en Ella zogenoemde '*emergency contraceptives*' (nood/morning-after pillen) zijn. Volgens de Food and Drug Administration (ook wel 'FDA' genoemd)[37] hebben beide anticonceptiemiddelen een abortieve werking.[38] Zoals reeds in hoofdstuk 1 genoemd heeft de RFRA een artikel opgenomen dat voorschrijft dat indien een overheidsmaatregel de geloofsbelijdenis substantieel bemoeilijkt, de desbetreffende persoon op basis van de RFRA daarvan kan worden vrijgesteld.[39]

---

[31] HHS.gov. (2015). *Sylvia Mathews Burwell*. [online] Website: http://www.hhs.gov/about/leadership/secretary/sylvia-mathews-burwell/index.html [Bekeken 13 Jul. 2016].

[32] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 13-14.

[33] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 15, 14;
Hobby Lobby. (n.d.). *Our Story*. [online] http://www.hobbylobby.com/about-us/our-story [Bekeken 2 Sep. 2016].

[34] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 15, 14.

[35] Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA), 23 maart 2010, 111–148, 124 Stat. 119 through 124 Stat. 1025.

[36] *Burwell v. Hobby Lobby* (2013), June 27 2013, The Tenth Circuit Court of Appeals, No. 12-6294.

[37] Het federale agentschap van de Verenigde Staten, dat de kwaliteit van het voedsel en de medicijnen in brede zin controleert. Bron: Fda.gov. (n.d.). *What We Do*. [online] Website: http://www.fda.gov/AboutFDA/WhatWeDo/default.htm [Bekeken 13 Jul. 2016].

[38] DeNoon (2010). *New Morning-After Pill Ella Wins FDA Approval*. [online] WebMD. Website: http://www.webmd.com/sex/birth-control/news/20100813/new-morning-after-pill-ella-wins-fda-approval [Bekeken 13 Jul. 2016].

[39] 42 U.S.C. §2000bb-1(a) (Free exercise of religion protected).

In *Employment Division v. Smith*[40] werd de "compelling-interest balancing test" afgewezen door de Court, indien men geconfronteerd wordt met een overheidsmaatregel die de geloofsbelijdenis substantieel bemoeilijkt.[41] Deze test is vervolgens gecodificeerd in de RFRA, omdat men het niet eens was met de afwijzing van deze test welke reeds jaren vóór *Smith* met succes werd toegepast. De test bestaat uit twee delen en stelt dat indien de overheid aantoont dat met die overheidsmaatregel (i) een dwingend overheidsbelang gemoeid is en (ii) de minst restrictieve middelen zijn gebruikt om dit belang te bereiken, de maatregel alsnog van toepassing is.[42] Volgens Justice Scalia, die de *Majority Opinion* schreef, houdt een dwingend overheidsbelang enkel in dat de maatregel de openbare veiligheid, volksgezondheid, etc. beschermt.[43] De overheid hoeft alleen aan deze "compelling-interest balancing test" te voldoen indien het gaat om een neutrale maatregel van algemene toepasbaarheid; het gaat dus niet om een maatregel die specifiek gericht is op religie.[44]

In *Hobby Lobby* zijn er dus drie centrale vragen:

1) Kan een corporatie gezien worden als een 'persoon' in de zin van de RFRA?
2) Bemoeilijkt het anticonceptiemandaat substantieel de geloofsbelijdenis van Hobby Lobby?
3) Worden aan de twee criteria van de "compelling-interest balancing test" voldaan door het anticonceptiemandaat?

In *Conestoga Wood v. Burwell* werd er gefocust op het Eerste Amendement van de Amerikaanse Grondwet; vrijheid van godsdienst.[45] De vraag was of het *Obamacare's* anticonceptiemandaat, wat bedrijven verplicht anticonceptiemiddelen voor hun werknemers te vergoeden, onconstitutioneel is onder het Eerste Amendement. Dit komt neer op de vraag of bedrijven het recht hebben op 'Free Exercise of Religion' onder het Eerste Amendement. Vervolgens zijn de twee zaken samengevoegd en door de Court in behandeling genomen in 2014.[46] Op 30 juni 2014 werd *Hobby Lobby* met een 5-4 meerderheid aangenomen. De *Majority Opinion* in *Hobby Lobby* werd geschreven door Justice Alito; en Justices Roberts,

---

[40] *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 110 S. Ct. 1595; 108 L. Ed. 2d 876; 1990 U.S. LEXIS 2021; 58 U.S.L.W. 4433; 52 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 855; 53 Empl. Prac. Dec. (CCH) P39,826; Unemployment Ins. Rep. (CCH) P21,933.

[41] *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 110 S. Ct. 1595; 108 L. Ed. 2d 876; 1990 U.S. LEXIS 2021; 58 U.S.L.W. 4433; 52 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 855; 53 Empl. Prac. Dec. (CCH) P39,826; Unemployment Ins. Rep. (CCH) P21,933. Opinion of the Court. Part II.B.

[42] 42 U.S.C. §2000bb-1(b).

[43] *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 110 S. Ct. 1595; 108 L. Ed. 2d 876; 1990 U.S. LEXIS 2021; 58 U.S.L.W. 4433; 52 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 855; 53 Empl. Prac. Dec. (CCH) P39,826; Unemployment Ins. Rep. (CCH) P21,933. Opinion of the Court. Part II.A, Part III.A.

[44] *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 110 S. Ct. 1595; 108 L. Ed. 2d 876; 1990 U.S. LEXIS 2021; 58 U.S.L.W. 4433; 52 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 855; 53 Empl. Prac. Dec. (CCH) P39,826; Unemployment Ins. Rep. (CCH) P21,933. Opinion of the Court. Part II.A.

[45] *Conestoga Wood Specialties Corp. v. Burwell* (2013), 30 July 2013, the Third Circuit Court of Appeals, No. 13-1144.

[46] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621.

Scalia, Kennedy en Thomas sloten zich aan bij Alito's *Opinion*. Justice Kennedy[47] schreef een *Concurring Opinion*. Zoals in hoofdstuk 1 uitgelegd is een *Concurring Opinion* geschreven door een of meer rechters, die het eens zijn met de *Majority Opinion*, maar andere of bijkomende redenen aan de basis van zijn of haar uitspraak heeft staan.[48] Justice Ginsburg heeft een *Dissenting Opinion* geschreven, waar Justice Sotomayor, Breyer en Kagan zich bij aansloten. Voor een enkele sectie in Ginsburg's *Opinion* hebben Breyer en Kagan echter een aanvullende *Dissenting Opinion* geschreven.[49]

Het is van belang om de centrale vraag van *Hobby Lobby* in gedachte te houden, tijdens de analyse van de zaak: *in hoeverre kan een besloten vennootschappelijk verband worden aangemerkt als een instrument in handen van de aandeelhouders dan wel als een op zichzelf staand instituut met een zelfstandig belang?*[50]

2.1.1. MAJORITY OPINION

Zoals reeds aangegeven is *Hobby Lobby* met een 5-4 meerderheid beslecht in het voordeel van de besloten vennootschappelijke verbanden, waaronder Hobby Lobby. De Court stelde dat *Obamacare's* anticonceptiemandaat de wettelijke rechten onder de RFRA van de for-profit corporaties schenden.

De Court kwam tot deze conclusie door aan te nemen dat een besloten vennootschappelijke verband aangemerkt kan worden als een 'person' in de zin van de RFRA.[51] Dit werd besloten op basis van de Dictionary Act, waarin staat dat het woord 'person' ook toepasbaar is op ondernemingen (naast andere entiteiten).[52] Dit is te vergelijken met artikel 2:5 BW; hier wordt echter een rechtspersoon enkel gelijkgesteld aan een natuurlijk persoon voor wat betreft het vermogensrecht.[53] Daarnaast was er volgens de *Majority Opinion* geen reden om de RFRA zo te interpreteren dat ondernemingen niet onder deze wet vallen. Hierdoor kan er sprake zijn van een vennootschap met een religieuze overtuiging.[54] RFRA is

---

[47] Anthony McLeod Kennedy is een Associate Justice in de Supreme Court sinds 1988. Sinds February 2016, na de onverwachte dood van Justice Scalia, is Kennedy de Associate Justice die het langst in dienst is. Kennedy is een Republikein, maar sinds enkele jaren wordt hij toch gezien als een zogeheten 'swing vote' in de Supreme Court. Dit wil zeggen dat ondanks dat hij tot de conservatieve Republikeinse partij behoort hij de laatste jaren vaak voegt bij zijn meer liberale collega. In *Hobby Lobby*'s geval voegde hij zich echter toch bij zijn conservatieve collega's, zij het met een *Concurring Opinion*.

[48] Epstein en Walk (2013). *Constitutional Law: Rights, Liberties and Justice.* CQ Press en Sage Publications Ltd. 8th Edition. p. 21.

[49] Justice Breyer en Kagan hebben voor Part III-C-1 van Justice Ginsburg's *Dissenting Opinion* een alternatief geschreven.

[50] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 19-20.

[51] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 15, 19.

[52] Het feit dat een vennootschap onder het woord 'person' valt, heeft de Supreme Court vastgesteld op basis van de 1 U.S. Code §1, Dictionary Act: "*the words "person" and "whoever" include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals*".

[53] Dijk en van der Ploeg (2013). *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*. Wolters Kluwer Nederland B.V. 6de druk. p. 60.

[54] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 15, 19.

in het leven geroepen door het Congress om brede bescherming van geloofsbelijdenis te bieden.[55] Het doel van de RFRA na het uitbreiden van de rechten van natuurlijke personen naar vennootschappen, is volgens de Court het bieden van bescherming van de natuurlijke personen achter de vennootschap. Volgens de Court is een vennootschap enkel een organisatievorm, een huls om de natuurlijke personen die daadwerkelijk de onderneming voeren. Het uitbreiden van rechten en plichten van natuurlijke personen naar vennootschappen heeft enkel als doel om de rechten van deze natuurlijke personen te beschermen.[56] De Court stelt dus dat het beschermen van de vrije geloofsbelijdenis van de drie vennootschappen – Hobby Lobby, Conestoga en Mardel – de vrije geloofsbelijdenis van de eigenaren (en van de Raad van Commissaris (hierna: 'RvC') van de vennootschappen beschermt.

In lagere rechtspraak, waaronder de District Court, hebben sommige instanties beslist dat 'for profit corporations' worden uitgesloten van de RFRA bescherming, doordat de for-profit ondernemingsvormen slechts een winstoogmerk zouden hebben. Dit argument wordt echter niet aangenomen door de Court.[57] Het argument dat de Court hiervoor maakt, raakt de kern van het Amerikaanse vennootschapsrecht: ondanks dat de meeste vennootschappen het creëren van winst als centraal doel stellen, vereist het vennootschapsrecht *niet* dat een vennootschap winst nastreeft ten koste van andere mogelijke belangen.[58] Hiermee wordt ook de Amerikaanse shareholders benadering geraakt. Deze benadering gaat uit van organisaties die streven naar winstmaximalisatie, lange-termijn succes en groei, om op deze manier een zo groot mogelijke aandeelhouderswaarde te creëren.[59]

Vervolgens werd de Court geconfronteerd met de vraag of het anticonceptiemandaat de geloofsbelijdenis van de drie vennootschappen en haar eigenaren substantieel bemoeilijkt en of de overheid aangetoond heeft dat dit mandaat het minst restrictieve middel was dat de overheid tot haar beschikking had om haar doel te bereiken.[60] De Court heeft vastgesteld dat het mandaat een substantiële bemoeilijking veroorzaakt. Deze bemoeilijking ontstaat doordat de vennootschappen en hun eigenaren geloven dat door het voorzien in een verzekering van de vier eerdere genoemde anticonceptiemiddelen, dit tegen hun geloof in gaat en dat zij door zich niet aan de regels van *Obamacare* te houden gestraft worden.[61] Daarnaast onderlijnt de

---

[55] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 4-5, 17-18.

[56] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 17-18.

[57] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 13.

[58] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23.

[59] De Groot (2004). *Bescherming en Breakthrough bij Overname*. Dutch University Press. p. 7;
Hansmann and Kraakman (2001). *The End of History for Corporate Law*. 89 Geo. L.J. 439 2000-2001. p. 3, 9, 14;
William Lazonick & Mary O'Sullivan (2000). *Maximizing shareholder value: a new ideology forcorporate governance*. Economy and Society, 29:1, 13-35. p. 13-14.

[60] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23-25.

[61] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 14-16, 37-38.

Court dat het niet aan hen is om te beoordelen of dit geloof redelijk is of niet (het feit dat hun religie deze anticonceptiemiddelen niet toestaat). De Court moet in deze zaak enkel vaststellen of het beleid uitgezet door de eisers overeenkomt met hun geloof; waar hier geen twijfel over mogelijk is, volgens de Court.[62] Daarnaast heeft de Court vastgesteld dat de overheid nagelaten heeft om aan te tonen dat het anticonceptiemandaat als het minst restrictieve middel is ingezet, omdat de overheid alternatieven voorhanden had die minder restrictief zouden zijn die de geloofsbelijdenis van de eisers niet substantieel zouden bemoeilijken.[63] De Court geeft hiervoor als voorbeeld dat de overheid de vier anticonceptiemiddelen had kunnen verstrekken aan alle vrouwen die door de geloofsovertuiging van hun werkgever de anticonceptiemiddelen niet kunnen verkrijgen door middel van *Obamacare*.[64] De Court concludeert hiermee dus dat het anticonceptiemandaat onrechtmatig is onder de RFRA, omdat er niet voldaan wordt aan de "compelling-interest balancing test".[65]

De Court bevestigt in *Hobby Lobby* dat vennootschappen niet verplicht zijn enkel winst na te streven en daarbij niet andere belangen ondergeschikt hoeft te maken aan het winstoogmerk.[66] De Court staat toe dat naast het behalen van winst ten behoeve van de aandeelhouders ook het nastreven van andere doelen tot de mogelijkheid behoort, wat volgens sommige geleerden, o.a. Johnson en Millon, de deur opent voor mogelijkheden op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen.[67] De Court benadrukt echter wel dat dit tot de mogelijkheden behoort voor zover de aandeelhouders hiermee instemmen.[68] Ook is het van belang om aan te geven dat de Court ook benadrukt dat dit enkel geldt voor besloten vennootschappelijke verbanden, waarbij alle aandeelhouders en bestuursleden dezelfde religieuze overtuiging hebben. Het is dus de vraag of eenzelfde redenering op zal gaan ten aanzien van publieke vennootschappen; Johnson en Millon zijn in ieder geval van mening dat dit wel het geval is.[69] De geleerden argumenteerden dat Justice Alito dit probeerde te beperken tot besloten vennootschappen. Justice Alito stelde dat het "unlikely" zal zijn dat publieke vennootschappen zich zullen beroepen op de RFRA, omdat het verschillende praktische belemmeringen met zich mee brengt. Justice Alito haalt aan dat het niet waarschijnlijk is dat individuele shareholders een akkoord zouden bereiken om een vennootschap te runnen naar eenzelfde religieuze overtuiging.[70]

---

[62] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 37-38.
[63] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 38-45.
[64] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 41.
[65] 42 U.S.C. §2000bb-1(b).
[66] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23-25.
[67] Johnson & Millon (2015). *Corporate Law after Hobby Lobby*. 70 *The Business Lawyer* 1, 2014-2015, p. 29.
[68] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23.
[69] Johnson & Millon (2015). *Corporate Law after Hobby Lobby*. 70 *The Business Lawyer* 1, 2014-2015, p. 25-26.
[70] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 29.

In Nederland bestaat er gelukkig geen twijfel, wat wel het geval is in de VS, over de mogelijkheid om andere doelen dan het winstoogmerk na te streven. Op basis van het *Doetinchemse IJzergieterij*- arrest uit 1949 is in Nederland algemeen aanvaard dat het vennootschappelijke doel ruimer kan zijn dan alleen het dienen van het aandeelhoudersbelang.[71] In Nederland is het dan ook meer de discussie welke partij, zij het de aandeelhouder zij het de bestuurder, uiteindelijk bepaalt welke deelbelangen onder het vennootschappelijk belang gebracht kunnen worden. Hierop zal dan ook verder op ingegaan worden in hoofdstuk 3 van de scriptie.

Daarnaast is de Court behoedzaam in haar verwoording van de *Majority Opinion*. Volgens de meerderheidsvisie treft de uitspraak enkel het anticonceptiemandaat. De uitspraak betekent niet dat zomaar elke verzekeringsdekking mandaat (bijvoorbeeld voor bloedtransfusie of immunisatie) onderuitgehaald kan worden indien het in conflict is met de geloofsbelijdenis van de werknemer.[72] Ook ontkent de Court dat *Hobby Lobby* eventueel de deur opent voor bijvoorbeeld rassendiscriminatie of discriminatie op basis van seksuele oriëntatie:[73]

> "*the Government has a compelling interest in providing an equal opportunity to participate in the workforce without regard to race, and prohibitions on racial discrimination are precisely tailored to achieve that critical goal.*"

Dit alles komt er dus op neer dat de meerderheidsvisie van de Supreme Court, het feit dat de drie vennootschappen op basis van de geloofsbelijdenis van de vennootschap en haar eigenaar de anticonceptiemiddelen niet vergoedt, gerechtvaardigd vond. Het is nu echter de vraag in hoeverre de belangen van de eigenaren en de aandeelhouders door kunnen werken en hoe dit belang vast wordt gesteld. Hier zal dieper op ingegaan worden in hoofdstuk 3 van deze scriptie.

2.1.2. DISSENTING OPINION

Op basis van de eerder genoemde quote van Justice Ginsburg over *Hobby Lobby* uit haar *Dissenting Opinion* "*The court, I fear, has ventured into a minefield,*"[74] kan er met zekerheid gezegd worden dat zij een sterke afkeer had jegens de *Majority Opinion* en angstig was over de (eventuele) gevolgen van de uitspraak. De 35 pagina's tellende, gepassioneerde *Dissenting Opinion* van Justice Ginsburg werd alom geprezen.

Ginsburg opent haar *Dissenting Opinion* sterk. Ginsburg karakteriseert *Hobby Lobby* als een uitspraak met "startling breadth" (vertaling: verbazingwekkende breedte).[75] *Hobby Lobby* geeft commerciële ondernemingen (inclusief vennootschappen, vennootschappen

[71] HR 1 april 1949, NJ 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*).
[72] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 46.
[73] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 46.
[74] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 34-35.
[75] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 1.

onder firma en eenmanszaken) de mogelijkheid om onder elke wet, behalve belastingwetten, uit te komen (een zogenoemde 'opt-out') die zij onverenigbaar achten met hun geloofsbelijdenis.[76] Justice Ginsburg verwijt de meerderheidsvisie van het negeren van de nadelen die op religie gebaseerde opt-outs voor anderen met zich meebrengen.[77] Soortgelijke opt-out claims op basis van hun geloofsbelijdenis van werkgevers tegen bloedtransfusie (Jehova's getuigen), antidepressiva (Scientology), medicatie afkomstig van varkens, inclusief anesthesie, intraveneuze vloeistoffen en pillen bedekt met gelatine (bepaalde Moslims, Joden en Hindoes), en vaccinaties (o.a. Christian Science; denk aan de Bijbel Belt),[78] zijn dus denkbaar.

Justice Ginsburg is van mening dat de religieuze bescherming (op basis van de RFRA) waarop de drie vennootschappen zich beroepen, de belangen van haar werknemers en hun familie zou overschrijden. Het zou daarnaast legio vrouwen, die niet dezelfde geloofsbelijdenis als hun werkgevers hebben, toegang tot anticonceptie dekking weigeren; dekking waar vrouwen met een niet gelovige werkgever[79] wel recht op hebben.[80] Als feministe pur sang, liberaal en grote voorstander van vrouwenrechten valt dit bij Ginsburg natuurlijk verkeerd. Ginsburg verwijst naar een quote van Chafee over de reikwijdte van vrijheden: "[*y*]*our right to swing your arms ends just where the other man's nose begins*."[81] Zij geeft hiermee aan dat de overheid niet het recht heeft om de bevolking op te leggen wat ze al dan niet mogen geloven; men is vrij in hun keuze. Deze vrijheid gaat echter niet zo ver dat men, in het geval van *Hobby Lobby*, een bepaalde geloofsbelijdenis bij anderen op kan leggen. Ginsburg is van mening dat het een andere situatie geweest was als Hobby Lobby enkel bestond uit 'eensgezinde' mensen met dezelfde geloofsbelijdenis; in Hobby Lobby met haar 13,000+ werknemers is dit echter niet het geval.[82]

Justice Ginsburg attendeert de meerderheidsvisie van de Court er ook op dat door de "startling breadth" van *Hobby Lobby*, bedrijven als snoepmaker Mars Inc. met alleen al in Amerika 70,000 werknemers tot de 'closely held corporations' worden gerekend. Ook Walmart Inc., een supermarktketen dat als een kruising tussen Albert Heijn en Ikea gezien kan worden, zal met 1.3 miljoen werknemers onder deze categorie vallen. Hierdoor heeft *Hobby Lobby* dus een grote impact op de levens van (vooral) Amerikaanse vrouwen en hun familie.

---

[76] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 1.

[77] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 1-2.

[78] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 33-34.

[79] Of een werkgever die zijn geloofsbelijdenis niet laat doorwerken in de ondernemingsstructuur.

[80] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 8.

[81] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 8.

[82] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 13.

Volgens Justice Ginsburg is de *Majority Opinion* gebaseerd op een fundamenteel foute interpretatie van de toepassing en het doel van de RFRA.[83] Met het codificeren van de RFRA had het Congres enkel de intentie om de "compelling-interest balancing test" te herintroduceren, nadat deze was afgewezen in *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*.[84] Met de codificatie is de toepassing van de RFRA niet zo uitgebreid dat andere entiteiten, zoals bijvoorbeeld 'for profit' vennootschappen, de mogelijkheid krijgen om vrije geloofsbelijdenis te claimen.[85]

Daarnaast waarschuwt Justice Ginsburg voor de schadelijke gevolgen van de toepassing van de RFRA op for-profit vennootschappen. Ook al probeert de meerderheidsvisie van de Court met haar verwoording de uitspraak te beperken tot 'closely held corporations', voorziet Justice Ginsburg een grotere reikwijdte van de uitspraak:[86]

> "*[There is l]ittle doubt that RFRA claims will proliferate, for the Court's expansive notion of corporate personhood — combined with its other errors in construing RFRA — invites for-profit entities to seek religion-based exemptions from regulations they deem offensive to their faith.*"

Justices Sotomayor, Breyer en Kagan sluiten zich aan bij de *Dissenting Opinion* van Justice Ginsburg. Justices Breyer en Kagan hebben voor punt III–C–1 van de *Dissenting Opinion* echter een alternatief geschreven. Hierin geven ze aan dat ondanks dat de claim over de anticonceptiemandaat van de drie vennootschappen niet slaagt, was het niet aan de Court om te beslissen dat de RFRA ook van toepassing is op for-profit corporations of hun eigenaren.[87] Hiermee benadrukken Justice Breyer en Kagan dat zij het niet eens zijn met het feit dat de toepassing van RFRA kan doorwerken in een ondernemingsstructuur. Met deze stellingname willen ze, mijns inziens, voorkomen dat het Amerikaanse shareholdersmodel in de kern geraakt wordt. Hier wordt verder op in gegaan in hoofdstuk 3 van de scriptie.

2.1.3. GEVOLGEN

Justice Alito probeerde zijn *Majority Opinion* zo te verwoorden, dat deze uitspraak *alleen* van toepassing is op onderhavige feiten en het anticonceptiemandaat. Justice Kennedy probeert dit nogmaals te benadrukken in zijn *Concurring Opinion*.[88] Met deze verwoording probeert Justice Alito te bereiken dat andere werknemers niet naar de uitspraak *Hobby Lobby* kunnen

[83] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 10.
[84] *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 110 S. Ct. 1595; 108 L. Ed. 2d 876; 1990 U.S. LEXIS 2021; 58 U.S.L.W. 4433; 52 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 855; 53 Empl. Prac. Dec. (CCH) P39,826; Unemployment Ins. Rep. (CCH) P21,933. Opinion of the Court. Part II.A.
[85] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 11-14.
[86] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 19-20.
[87] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Breyer en Kagan Dissenting. p. 1.
[88] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Kennedy Concurring. p. 3-4.

verwijzen, om zo het bestrijden van andere wetten te rechtvaardigen.[89] Justice Alito verwoordt dit als volgt:[90]

> *"This decision concerns only the contraceptive mandate, and should not be understood to hold that all insurance-coverage mandates, e.g., for vaccinations or blood transfusions, must necessarily fall if they conflict with an employer's religious beliefs. Nor does it provide a shield for employers who might cloak illegal discrimination as a religious practice."*

Justice Alito en de andere Justices die zich aansloten bij de *Majority Opinion*, weten echter dat dit niet de manier is waarop de jurisprudentie van de Court werkt. Vaak proberen Justices de uitspraak zo beperkt mogelijk te verwoorden, om ervoor te zorgen dat de uitspraak alleen van toepassing is op de onderhavige feiten. De Justices creëren echter nog steeds juridisch precedent en de denkwijze van de totstandkoming van de zaak zal zeker als houvast gebruikt worden in lagere rechtspraak.[91] Een voorbeeld van een Court uitspraak waarbij geprobeerd is het limitatief te verwoorden, wat echter toch als verwijzing gebruikt werd in andere zaken, is de zeer controversiële *Bush v Gore* uitspraak.[92] *Bush v Gore* uit 2000 is de alom bekende Court uitspraak die de hertelling van de Florida verkiezing tegenhield, wat ervoor zorgde dat Bush uiteindelijke toch president werd.[93] Dit is een van de meest bekende voorbeelden waarin de Court met man en macht probeerde de uitspraak zo beperkt mogelijk te verwoorden, zodat het enkel op deze set feiten van toepassing zou kunnen zijn. "*Our consideration is limited to the present circumstances,*" werd geschreven in de *Majority Opinion*.[94] De poging tot beperking heeft echter niet mogen baten; tijdens de verkiezingen van 2012 bijvoorbeeld, door de federale rechtbank in Ohio werd aangenomen dat pogingen van staten om kiezingsprognoses terug te trekken een schending van het gelijke beschermingsbegrip is gebaseerd op *Bush v Gore*.[95] Het is dus niet mogelijk voor de Court om een uitspraak te doen,

---

[89] Caldwell (2014). *Why the Supreme Court's Hobby Lobby decision is the new Bush v. Gore*. [online] Mother Jones. Website: http://www.motherjones.com/politics/2014/06/hobby-lobby-supreme-court-bush-v-gore [Bekeken 6 Jul. 2016].

[90] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 45–49.

[91] Caldwell (2014). *Why the Supreme Court's Hobby Lobby decision is the new Bush v. Gore*. [online] Mother Jones. Website: http://www.motherjones.com/politics/2014/06/hobby-lobby-supreme-court-bush-v-gore [Bekeken 6 Jul. 2016].

[92] *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), 121 S. Ct. 525; 148 L. Ed. 2d 388; 2000 U.S. LEXIS 8430; 69 U.S.L.W. 4029; 2000 Cal. Daily Op. Service 9879; 2000 Colo. J. C.A.R. 6606; 14 Fla. L. Weekly Fed. S 26.

[93] *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), 121 S. Ct. 525; 148 L. Ed. 2d 388; 2000 U.S. LEXIS 8430; 69 U.S.L.W. 4029; 2000 Cal. Daily Op. Service 9879; 2000 Colo. J. C.A.R. 6606; 14 Fla. L. Weekly Fed. S 26. Per Curiam. p. 110-111.

[94] *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), 121 S. Ct. 525; 148 L. Ed. 2d 388; 2000 U.S. LEXIS 8430; 69 U.S.L.W. 4029; 2000 Cal. Daily Op. Service 9879; 2000 Colo. J. C.A.R. 6606; 14 Fla. L. Weekly Fed. S 26. Opinion of the Court. p. 10.

[95] Caldwell (2014). *Why the Supreme Court's Hobby Lobby decision is the new Bush v. Gore*. [online] Mother Jones. Website: http://www.motherjones.com/politics/2014/06/hobby-lobby-supreme-court-bush-v-gore [Bekeken 6 Jul. 2016];
Hasen (2012). *Will Bush v. Gore Save Barack Obama?*. [online] Slate Magazine. Website: http://www.slate.com/articles/news_and_politics/politics/2012/10/campaign_2012_will_obama_win_ohio_thanks_to_bush_v_gore.html [Bekeken 8 Jul. 2016].

die enkel van toepassing is op de omhanden zijnde feiten. Het zal vrijwel altijd voorkomen dat lagere rechtsinstanties en advocaten de uitspraak, of in ieder geval de denkwijze achter de uitspraak, zullen gebruiken.

Een ander voorbeeld is de *US v Windsor* uitspraak die de Defense of Marriage Act (hierna 'DOMA') onconstitutioneel verklaarde.[96] Justice Kennedy – een Republikein, maar sinds enkele jaren wordt hij gezien als de zogeheten '*swing vote'* in de Court, wat wil zeggen dat ondanks dat hij tot de conservatieve Republikeinse partij behoort, hij zich de laatste jaren vaak voegt bij zijn meer liberale collega's[97] – schreef de *Majority Opinion*.[98] In zijn *Opinion* stelde hij dat het discriminatie is wanneer de overheid een homohuwelijk niet erkent, maar tegelijkertijd voerde hij aan dat de uitspraak *niet* geïnterpreteerd moest worden dat alle staten nu het homohuwelijk *moesten* legaliseren.[99] De meest conservatieve Justice van de Court op dat moment, Justice Scalia, voorspelde in zijn *Dissenting Opinion* dat *US v Windsor* wel degelijk gebruikt zou worden voor het legaliseren van het homohuwelijk, omdat de uitspraak een logische justificatie aanbiedt. Scalia voerde aan dat "*[b]y formally declaring anyone opposed to same-sex marriage an enemy of human decency, the majority arms well every challenger to a state law restricting marriage to its traditional definition*."[100] Deze quote is in meerdere uitspraken van lagere rechtsinstanties gebruikt om het verbieden van het homohuwelijk onderuit te halen.[101] Scalia's voorspelling is dus wel degelijk uitgekomen, omdat het verbieden van het homohuwelijk in 2015 onconstitutioneel verklaard werd door de Court.[102]

De kans is dus groot dat *Hobby Lobby* en de redenering achter de uitspraak gebruikt zal worden in uitspraken van (lagere) rechtsinstanties. Op korte termijn is de *Hobby Lobby* uitspraak enkel van toepassing op de bedrijven die geprotesteerd hebben tegen het *Obamacare* vereiste om contraceptie middelen te vergoeden. Liberalen en progressieven zijn echter bang dat, wanneer lagere rechtsinstanties de onderliggende analyse aannemen, dit het bereik van *Hobby Lobby* sterk zal vergroten. Elizabeth Wydra, Council van Constitutional Accountability Center,[103] stelde dat: "*While the Court purports to limit its ruling to closely-*

---

[96] De Defense of Marriage Act is een Amerikaanse wet die het 'huwelijk' voor federale doeleinden als een vereniging tussen man en vrouw definieerde. DOMA maakte het voor staten ook mogelijk om het homohuwelijk niet toe te staan en te erkennen.

[97] Elizabeth Slattery (2015). *Is Kennedy Still the Swing Vote on the Supreme Court?*. [online] The Daily Signal. Website: http://dailysignal.com/2015/06/26/is-kennedy-still-the-swing-vote-on-the-supreme-court/ [Bekeken 9 Jul. 2016].

[98] *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013), 133 S.Ct. 2675; 186 L.Ed.2d 808.

[99] *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013), 133 S.Ct. 2675; 186 L.Ed.2d 808. Opinion of the Court. p. 25-27.

[100] *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013), 133 S.Ct. 2675; 186 L.Ed.2d 808. Dissenting Opinion Scalia. p. 25.

[101] Caldwell (2014). *Why the Supreme Court's Hobby Lobby decision is the new Bush v. Gore*. [online] Mother Jones. Website: http://www.motherjones.com/politics/2014/06/hobby-lobby-supreme-court-bush-v-gore [Bekeken 6 Jul. 2016].

[102] *James Obergefell, et al., Petitioners v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* (2015) 576 U.S. ___ 135 S. Ct. 2584; 192 L. Ed. 2d 609; 83 U.S.L.W. 4592; 25 Fla. L. Weekly Fed. S 472; 2015 WL 2473451; 2015 U.S. LEXIS 4250; 2015 BL 204553.

[103] Constitutional Accountability Center is een non-profit liberale *think tank* en publiek recht advocatenkantoor, die ervoor strijdt dat de Amerikaanse Grondwet gezien moet worden als een progressieve tekst.

held corporations on this issue only, the majority opinion invites a number of 'me too' religious objections by other companies on matters ranging from anti-discrimination law to other medical procedures such as blood transfusions or vaccinations."[104] Met deze uitspraak sluit Wydra zich aan bij de *Dissenting Opinion* van Justice Ginsburg.[105] Zoals reeds in hoofdstuk 1 van de scriptie genoemd haalt Justice Ginsburg in haar *Dissenting Opinion* aan dat lagere rechtbanken te weinig begeleiding hebben in zaken met soortgelijke claims van werkgevers die religieus onderliggende bezwaren maken tegen bloedtransfusie (Jehova's getuigen), antidepressiva (Scientology), medicatie afkomstig van varkens, inclusief anesthesie, intraveneuze vloeistoffen en pillen bedekt met gelatine (bepaalde Moslims, Joden en Hindoes), en vaccinaties (o.a. Christian Science; denk aan de Bijbel Belt).[106] Ook al stelt de meerderheidsvisie van de Court dat *Hobby Lobby* hiervoor niet de deur opent.[107]

Daarnaast zijn ook verschillende LGBTQ activisten (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender en Queer/Questioning) verontrust over eventuele gevolgen van *Hobby Lobby*. De activisten zijn bang dat bedrijven Justice Alito's analyse achter *Hobby Lobby* zullen proberen te gebruiken om zo 'vrij' te kunnen discrimineren tegen homoseksuele werknemers.[108] Ook dit wordt echter ontkend in *Hobby Lobby*, het is dus echter maar de vraag of dit ook daadwerkelijk in de praktijk wordt aangenomen.[109] De Human Rights Campaign[110] heeft als volgt gereageerd op *Hobby Lobby*: "*We will remain vigilant in the event business owners attempt to use this decision to justify other forms of discrimination, including against LGBT*[Q] *people*."[111]

Het is dus duidelijk dat met de *Hobby Lobby* uitspraak niet alleen de vergoeding van contraceptie middelen op het spel staat. Ondanks dat Justice Alito poogt de toepassing van *Hobby Lobby* te beperken tot enkel deze feiten, laat zijn *Majority Opinion* toch ruimte voor toepassing op andere situaties. Deze ruimte is erg gevaarlijk, omdat het de deur opent voor

---

Bron: Theusconstitution.org. (n.d.). *About | Constitutional Accountability Center*. [online] Website: http://theusconstitution.org/about [Bekeken 12 Jul. 2016].

[104] Wydra (2014). *Court helps companies, not humans*. [online] CNN. Website: http://edition.cnn.com/2014/06/30/opinion/wydra-hobby-lobby-wins-court/ [Bekeken 12 Jul. 2016].

[105] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 33-34.

[106] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 33-34.

[107] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 46.

[108] Human Rights Campaign (2014). *HRC Responds to Supreme Court Ruling in Hobby Lobby | Human Rights Campaign*. [online] Human Rights Campaign. Website: http://www.hrc.org/blog/hrc-responds-to-supreme-court-ruling-in-hobby-lobby [Bekeken 12 Jul. 2016].

[109] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 46.

[110] De Human Rights Campaign is de grootste Amerikaanse Burgerrechtenorganisatie die strijdt voor de rechten van de lesbische, homoseksuele, biseksuele, transgender en queer gemeenschap.
Bron: Human Rights Campaign (n.d.). *HRC Story | About Us | Human Rights Campaign*. [online] Human Rights Campaign. Website: http://www.hrc.org/hrc-story [Bekeken 12 Jul. 2016].

[111] Human Rights Campaign (2014). *HRC Responds to Supreme Court Ruling in Hobby Lobby | Human Rights Campaign*. [online] Human Rights Campaign. Website: http://www.hrc.org/blog/hrc-responds-to-supreme-court-ruling-in-hobby-lobby [Bekeken 12 Jul. 2016].

andere 'religieuze' bezwaren, welke Justice Ginsburg reeds in haar *Dissenting Opinion* benoemde.[112]

Ongeveer 2 maanden na *Hobby Lobby*, bleken Wydra, verschillende LGBTQ activisten en vooropstaand Justice Ginsburg al gelijk gehad te hebben.[113] Op 11 september 2011 heeft de US District Court van Utah in het voordeel van de 'Fundamentalist Church of Jesus Christ of Latter-day Saints' geoordeeld. De zaak ging over het gebruik van kinderarbeid door leden van de kerk. De leider van de kerk, Vernon Steed, weigerde antwoord te geven op vragen in het federale onderzoek, op basis van het feit dat hij een religieuze eed had afgelegd om geen kerk zaken, o.a. over het interne beleid, etc., te bespreken.[114] De rechter gaf, gebaseerd op *Hobby Lobby*, Steed gelijk, omdat het afleggen van een verklaring een 'substantial burden' zou zijn op zijn geloofsovertuiging.[115] Zou dit dus ook betekenen dat het kindermisbruik door de Katholieke Kerk niet berecht zou kunnen worden als de priesters zich op hun religieuze eed zouden beroepen? Als de zaak in Amerika berecht zou worden, zou dit dus het geval (kunnen) zijn.

Recentelijk, op 8 augustus 2016, heeft de US District Court van Michigan een uitspraak gedaan, in de media 'the ugly stepchild' van *Hobby Lobby* genoemd,[116] waarin Judge Sean Cox in het voordeel van een uitvaartonderneming, die een van zijn werknemers heeft ontslagen omdat zij transgender is, heeft geoordeeld.[117] De uitvaartonderneming voerde aan dat een dergelijk veranderen van geslacht tegen de Bijbel in gaat.[118] De uitspraak van Judge Cox wordt gebaseerd op *Hobby Lobby*,[119] het 'shield' gecreëerd in Justice Alito's *Majority Opinion* heeft dus duidelijk niet gewerkt.[120]

Daarnaast bestaat er in de VS onduidelijkheid over de rol van de aandeelhouder binnen het vennootschappelijk verband. In de *Majority Opinion* lijkt men de belangen van de aandeelhouders binnen dat besloten vennootschappelijk verband belangrijk te vinden. De eigen religieuze overtuiging van de vennootschap is namelijk niet belangrijk; het is de religie van de aandeelhouders die rechtstreeks doorwerkt in het vennootschappelijk verband en dus beschermd wordt. De rechtspersoonlijkheid van de vennootschap wordt wel erkend door de

---

[112] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 33-34.

[113] *Perez v. Paragon Contractors* (2014), US District Court for the District of Utah Central Division, Case No. 2:13CV00281-DS.

[114] *Perez v. Paragon Contractors* (2014), US District Court for the District of Utah Central Division, Case No. 2:13CV00281-DS. p. 6.

[115] *Perez v. Paragon Contractors* (2014), US District Court for the District of Utah Central Division, Case No. 2:13CV00281-DS. p. 8.

[116] Hiltzik (2016). *The Supreme Court's awful Hobby Lobby decision just spawned a very ugly stepchild*. [online] latimes.com. http://www.latimes.com/business/hiltzik/la-fi-hiltzik-hobby-child-20160819-snap-story.html [Bekeken 17 Sep. 2016].

[117] *Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc*., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710.

[118] *Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc*., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710. p. 16, 30.

[119] *Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc*., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710. o.a. p. 26-29.

[120] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 45–49.

Court, de geloofsovertuiging van de vennootschap wordt echter gelijkgetrokken met die van de personen die als eigenaar en RvC fungeren.[121] In dit verband wordt gesproken over '*humans who own and control*'.[122] Olaerts is van mening dat het onduidelijk is of hiermee de aandeelhouders, de bestuurders of een combinatie van deze twee wordt bedoeld. Volgens Olaerts was in *Hobby Lobby* het onderscheid niet van belang, omdat zowel de aandeelhouders als bestuurders dezelfde belangen hadden.[123] De Court geeft ook aan dat de vennootschap een ander doel dan het nastreven van winst kan vaststellen, indien de aandeelhouders hier mee instemmen.[124] Hierbij benadrukt de Court echter wel dat dit enkel het geval is in een besloten verhouding ('closely held corporation'), waar de bestuurders en aandeelhouders tot dezelfde groep behoren. De Court gaat dus niet in, zoals Olaerts al aangaf, op de situatie wanneer de bestuurders en de aandeelhouders behoren tot verschillende groepen.

2.2. HR *CANCUN*[125]

Voor de discussie van HR *Cancun* begint, is het van belang het verschil in discussie tussen Amerika en Nederland voor ogen te houden. Waar het in *Hobby Lobby*, zoals reeds aangetoond, vooral ging omtrent de invloed van het aandeelhoudersbelang op het vennootschappelijke doel, gaat het in Nederland om het karakter van de vennootschap en de gevolgen hiervan voor de karakterisering van het vennootschappelijk verband en de uitwerking van het vennootschappelijke belang.[126] Om een goed beeld van de zaak te krijgen, zullen de feiten en het procesverloop kort toegelicht worden.

2.2.1. FEITEN EN PROCESVERLOOP VAN HR *CANCUN*

Efesyde S.A., een Mexicaanse vennootschap, exploiteert een hotel in Cancun te Mexico. De exploitatie van het hotel is opgezet als een joint venture tussen de vennootschappen Inversiones SL en Cancun Holding I BV (hierna: 'Holding I'). Beide vennootschappen houden 50% van de aandelen in de moedervennootschap van Efesyde, Cancun Holding II BV (hierna: 'Holding II'), de joint venture BV.[127] De joint venture wordt opgezet door middel van een contractuele onderlinge regeling tot samenwerking (ook wel *affectio societatis* genoemd).[128] In juni 2009 heeft een financier, Invernostra, van Holding II haar lening om laten zetten in aandelen van Holding II. Hierna hielden Inversiones en Holding I elk nog

---

[121] Johnson & Millon (2015). *Corporate Law after Hobby Lobby*. 70 *The Business Lawyer* 1, 2014-2015, p. 18.
[122] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 18.
[123] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 54.
[124] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23.
[125] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*).
[126] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 54.
[127] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(i), 3.1(ii).
[128] Art. 2:263 lid 3 onder d jo. art. 2:265 lid 1 onder b jo. art. 2:265a lid 1 onder a BW erkennen deze contractuele basis voor de joint venture.

46,5% van de aandelen.[129] Vanwege installatiewerkzaamheden voor het hotel heeft Inversiones een vordering van $14,5 miljoen op Efesyde verkregen.[130]

Een andere financier van Holding II, Banco Sabadell, had een syndicaat lening van $60 miljoen aan Efesyde verstrekt.[131] Na een verzoek van Holding II om additionele financiering van $12 miljoen, heeft Banco Sabadell als voorwaarden gesteld dat de vordering van Inversiones, van $14,5 miljoen, op Efesyde binnen 15 dagen van de balans van Efesyde zou verdwijnen. Indien dit niet zou gebeuren, zou de door Banco Sabadell verstrekte lening van $60 miljoen direct opgeëist worden.[132] Om te voorkomen dat de lening opgeëist zou worden, zijn Inversiones en Holding I overeengekomen dat Efesyde aandelen aan Inversiones zou uitgeven, die Inversiones vervolgens volstortte door verrekening met de vordering op Efesyde.[133] Door deze handeling, verkreeg Inversiones een belang van 78% op Efesyde, terwijl het belang van Holding II in Efesyde verwaterde tot 22%, waardoor zij de controle verloor over Efesyde.[134] In de stukken wordt dit aangeduid als de 'eerste verwatering'.[135] Uiteindelijk zag Banco Sabadell toch af van verstrekking van de additionele financiering.[136] Vervolgens verzocht Holding I aan Inversiones de oorspronkelijke aandelenverhouding te herstellen, omdat zij nu geen controle meer had over Efesyde, waar het gehele hotelcomplex is ondergebracht.[137] Inversiones wilde dit enkel doen, indien zij een betaling ontving van haar oorspronkelijk vordering van $14,5 miljoen.[138] Op 1 oktober 2009 droeg Invernostra uiteindelijk haar aandelen in Holding II over aan Inversiones. Holding I was hiervan echter niet op de hoogte en was niet de gelegenheid geboden om de helft van dat pakket te kopen om het evenwicht tussen Holding I en Inversiones te herstellen.[139] Op dat moment was er ook al ruzie ontstaan tussen de bestuurders van Holding II over de rol van Vesta, een op Curaçao gevestigde dochter-NV, die de boekingen voor het hotel in Cancun verzorgde en de betalingen daarvoor incasseerde.[140] De bedoeling was dat alle winsten via Vesta zouden lopen, omdat deze op Curaçao slechts met 2% werden belast. De geldstromen liepen echter wel via Efesyde.[141] Toen het bestuur van Vesta hier bezwaar tegen maakte, werd het uiteindelijk vervangen.

Op 3 november 2009 werd in Mexico een Buitengewone Algemene Vergadering van Aandeelhouders (hierna: 'BAVA') van Efesyde gehouden. De door Holding I benoemde

---

[129] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(iii).
[130] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(v).
[131] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(vi).
[132] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(vi).
[133] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(vii).
[134] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(vii);
Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, afl. 6. p. 460.
[135] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(vii).
[136] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(viii).
[137] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, afl. 6. p. 459.
[138] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, afl. 6. p. 460.
[139] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(ix);
Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, afl. 6. p. 460.
[140] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(x), r.o. 3.1(xi).
[141] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(x).

bestuurder van Holding II was niet aanwezig toen het Holding II-bestuur besloot de BAVA bijeen te roepen. De oproeping van de BAVA geschiedde niet per (gebruikelijke) brief aan Holding I, maar in een lokale Mexicaanse krant. Hierdoor was alleen Inversiones aanwezig in de BAVA. Tijdens de BAVA werd besloten tot een tweede uitgifte van Efesyde aandelen aan Inversiones. Hierdoor verkreeg Inversiones in feite de volledige controle over Efesyde, met haar 99,87% aandelen in Efesyde, en werd de Holding II enkel een 'lege huls', met slechts 0,13% aandelen in Efesyde.[142] In de stukken wordt dit aangeduid als de 'tweede verwatering'.[143] Vervolgens heeft Holding I op 21 september 2009, een verzoek gedaan tot onderzoek naar de gang van zaken van Holding II bij de Ondernemingskamer (hierna: 'OK').[144] In haar beschikking van 19 juli 2012 heeft de OK geoordeeld dat er in vier opzichten sprake is geweest van wanbeleid bij Holding II.[145]

De OK oordeelde dat het bestuur van Holding II het verwijt treft dat het, door de afspraken omtrent de emissie aan Inversiones onvoldoende vast te leggen, een situatie heeft gecreëerd waarin Holding II de controle over Efesyde kon verliezen en daarmee haar continuïteit in gevaar bracht.[146] Ook had het bestuur volgens de OK moeten vastleggen wat met de 'eerste verwatering' beoogd werd en waarom voor deze ruilverhouding gekozen was. Daarnaast hadden voorwaarden moeten worden gesteld over de zakelijke ruilverhouding en over het maximale door Inversiones te verwerven tijdelijke belang, de duur en de wijze waarop Inversiones het tijdelijke belang mocht aanwenden.[147] Zie voor een structureel overzicht van HR *Cancun* Bijlage I op pagina 147.

De Hoge Raad (hierna: 'HR') stelt echter voorop dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.[148] De invulling van dit belang hangt af van de aard van de onderneming en de feiten en omstandigheden. Indien het zich voordoet dat aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschappelijk belang in de regel bepaald door het bevorderen van het bestendige succes (en de continuïteit) van deze onderneming.[149] Het is dus de taak van het bestuur om ervoor te zorgen dat het bestendige succes van de onderneming bevorderd wordt. Bij de uitvoering van deze taak moet het bestuur er echter wel voor zorgen dat zij binnen de strategische en financiële kaders gesteld door de aandeelhouders *c.q.* joint venture partners blijven. Vervolgens gaat de HR specifiek in op een joint venture verhouding, wat het geval is in HR *Cancun*:[150]

---

[142] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, afl. 6. p. 460;
HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(xiii).
[143] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(xiii).
[144] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.2.
[145] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.4.1.
[146] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.4.2.
[147] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.4.2.
[148] Art. 2:239 lid 5 BW;
HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.
[149] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.
[150] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1- 4.2.3.

"In geval van een joint venture -vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. De aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture -vennootschap waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat (ook) het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders; dit kan betekenen dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder mogen veranderen dan in het licht van de omstandigheden geboden is."

"Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken […]. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad. […]"

"Elke bestuurder is gehouden om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken, ongeacht of een bestuurder is benoemd door of op voordracht van de vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding. Dat is niet anders indien de aandeelhouders nauw betrokken zijn bij de joint venture -vennootschap of indien de statuten bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap."

De HR stelt dus dat het belang van de vennootschap, in een joint venture verhouding, wordt bepaald door de 'aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking'. Dit is belangrijk voor de analyse in hoofdstuk 3.

Dit alles heeft de OK volgens de HR ook niet miskend. Voor het overige laat de HR de afweging van de betrokken belangen in het concrete geval over aan de OK:[151]

"Haar oordeel [van de OK] *houdt in dat het bestuur nalatig is geweest in de vaststelling en uitvoering van het beleid rondom de eerste verwatering. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer heeft deze nalatigheid ertoe geleid dat de Vennootschap de controle over haar onderneming blijvend kon verliezen waardoor haar continuïteit in gevaar werd gebracht en zij niet langer een positie kon kiezen die, gezien de tussen haar aandeelhouders ontstane onevenwichtige verhoudingen, voldoende onafhankelijk was. Daarbij heeft de Ondernemingskamer acht geslagen op de aard van de Vennootschap als een joint venture die is aangegaan tussen twee gelijkwaardige partners, naderhand aangevuld met een aandeelhouder met een minderheidsbelang. Blijkens de r.o.v. 3.20.1 en 3.20.2 heeft zij onderkend dat het vennootschapsbelang onder de gegeven omstandigheden meebracht dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder zouden veranderen dan in het licht van de omstandigheden was geboden. Zij heeft geoordeeld dat het bestuur zich geen rekenschap heeft gegeven van het eigen belang van de Vennootschap en van zijn eigen rol en taak hierin. Deze oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk."*

[151] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.3.

2.2.2. LITERATUUR OMTRENT HR *CANCUN*

Met zijn uitspraak inzake *Cancun* heeft de HR veel stof doen opwaaien in de literatuur. Volgens Raaijmakers legt de HR in *Cancun* te veel nadruk op het eigen belang van de BV en op de autonome rol en zelfstandigheid van het bestuur binnen een besloten vennootschappelijk verband, terwijl in de praktijk de aandeelhouders in dit verband normaal gesproken het beleid uitstippelt.[152] Raaijmakers' mening ligt enigszins in de lijn van *Hobby Lobby*, waar de Court stelt dat het vennootschappelijk belang enkel met de toestemming van de aandeelhouders veranderd kan worden in een niet winst nastrevend doel.[153]

Het besloten vennootschappelijk verband en de rol van het bestuur in de HR *Cancun* context, wordt volgens Raaijmakers onterecht gelijk gesteld met de rol van het bestuur in beursgenoteerde ondernemingen.[154] Dit misverstand is ontstaan volgens Raaijmakers doordat de HR voor haar uitleg van de functie van het bestuur in een persoonsgebonden samenwerkings-BV verwijst naar gerechtelijke uitspraken gedaan omtrent beursvennootschappen.[155] Raaijmakers heeft vooral moeite met de in persoonsgebonden samenwerkings-BV aan het bestuur toekomende bestuursautonomie.

Hiermee stuit Raaijmakers dus op de vraag of het bestuur binnen een persoonsgebonden samenwerkings-BV volledig zelfstandig de lijnen van het beleid uit kan zetten of dat het bestuur zich moet houden aan het beleid uitgezet door de aandeelhouders.[156] Artikel 2:239 lid 4 BW kiest als uitgangspunt voor het bestuur als waker van de vennootschap en de met deze verbonden ondernemingen.[157] Löwensteyn stelt dat de bevoegdheid van het bestuur wordt begrensd door het doel van de rechtspersoon, ook wel het vennootschappelijk belang genoemd.[158] Dit doel vormt volgens Löwensteyn het object van de samenwerking

---

[152] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, a. 6. p. 463-464;
Raaijmakers (2015). *Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-B.V.: een novum in concernverhoudingen?*. TvOB 2015, a. 1. Punt 4.1, 4.3.

[153] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23.

[154] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, a. 6. p. 463-464;
Raaijmakers (2015). *Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-B.V.: een novum in concernverhoudingen?*. TvOB 2015, a. 1. Punt 2.1, 4.1, 4.3.

[155] De HR verwijst naar de volgende uitspraken:

1) HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, *NJ* 2010/544 (*ASMI*) (hiernaar wordt verwezen in r.o. 4.2.2. in HR *Cancun*);
2) HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, *NJ* 2013/461 (*VEBc.s./KLM*) (hiernaar wordt verwezen in r.o. 4.2.2. in HR *Cancun*);
3) HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, *NJ* 2007/610 (*Versatel I*) (hiernaar wordt verwezen in r.o. 4.2.2. in HR *Cancun*).

Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, a. 6. p. 464.

[156] Raaijmakers (2015). *Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-B.V.: een novum in concernverhoudingen?*. TvOB 2015, a. 1. Punt 4.1.

[157] Raaijmakers (2015). *Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-B.V.: een novum in concernverhoudingen?*. TvOB 2015, a. 1. Punt 4.4.5;
HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.

[158] Löwensteyn (1959). *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*. (diss. UvA Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959. p. 56-57.

tussen de bestuurders en de aandeelhouders. De organisatievormen, bijvoorbeeld de BV, zijn de rechtsvormen waarin deze samenwerking tot uitdrukking komt. Volgens van der Sangen vormt het belang van de vennootschap en de verbonden ondernemingen de ondergrens die bestuurders in het oog moeten houden bij het uitvoeren van hun taak.[159] Daarnaast mogen gerechtvaardigde derden belangen niet voorzienbaar worden benadeeld in de handelswijzen van het bestuur.[160] Tussen aandeelhouder en bestuur is een algemeen aanvaarde spanning aanwezig: waar het bestuur het vennootschappelijk belang moet dienen, heeft de aandeelhouder primair zijn eigen belang voor ogen.[161] Indien aandeelhouders in de statuten bijvoorbeeld instructiebevoegdheid toekomt, waarmee zij de mogelijkheid verkrijgen het beleid uit te zetten, dient het bestuur zich hier aan te houden *tenzij* het belang van de vennootschap en de hiermee verbonden ondernemingen zich hiertegen verzetten.[162] Een voorbeeld hiervan is indien de aandeelhouders de instructie geven om dividend uit te keren binnen nu en een *x* aantal dagen; het bestuur kan deze instructie echter weigeren indien "het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden".[163] Een dergelijke instructie gaat dus tegen het vennootschappelijk belang én het belang van derden; indien de vennootschap ophoudt te bestaan, krijgen zij hun openstaande rekeningen bij de vennootschap niet betaald. Het bestuur van een BV is dan ook verplicht om een 'solvabiliteitstest' uit te voeren voordat zij beslissen over het al dan niet opvolgen van de instructie van de aandeelhouders.[164]

De vraag blijft dan echter nog of deze lijn door te trekken valt naar belangen van derden: het bestuur moet streven naar het bewerkstelligen van de belangen van de vennootschap en de hiermee verbonden ondernemingen *tenzij* belangen van derden zich hiertegen verzetten. Ook is het de vraag hoe zwaar deze belangen ten opzichte van elkaar wegen. Hier zal in hoofdstuk 3 van de scriptie verder op in gegaan worden. Bij het afwegen van de belangen door het bestuur is het van belang dat het bestuur autonoom opereert. Olaerts voert aan in haar paper dat met maatschappelijk verantwoord ondernemen als het uiteindelijke doel, de aandeelhouders (in een persoonsgebonden samenwerkings-BV, tenzij het anders volgt uit reeds bestaande wettelijke verplichtingen) en/of het bestuur de mogelijkheid

---

[159] Van der Sangen (2009). *Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2009-6. p. 147;
Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 16-17.

[160] Van der Sangen (2009). *Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2009-6. p. 147.

[161] De Kluiver (et.al) (2004). *Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-Recht – Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken*. p. 23.

[162] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 57-58;
Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, a. 6. p. 465;
Maeijer, van Solinge en Nieuwe Weme (2009). *Asser/Maeijer* 2-II* 2009. Nr. 831.

[163] Artikel 2:216 lid 2 BW.

[164] Artikel 2:216 lid 3 BW.

geboden wordt om met meerdere belangen rekening te houden.[165] Ook dit zal dus van pas komen in de analyse van hoofdstuk 3.

Het is van belang om voor ogen te houden dat het vennootschappelijk belang niet hetzelfde is als het statutaire doel van de vennootschap. Löwensteyn geeft dit verschil duidelijk aan. In de context van artikel 2:7 BW gaat het over het statutaire doel van de vennootschap; hierbij geeft Löwensteyn aan dat een rechtshandeling in strijd met dit doel vernietigbaar is, indien de wederpartij wist of zonder eigen onderzoek moest weten dat de bewuste rechtshandeling in strijd met dit doel is.[166] Volgens Löwensteyn wordt middels het vennootschappelijk belang een materiële afbakening gemaakt tussen de verschillende rechtspersonen. De doelen worden door Löwensteyn respectievelijk het doel in 'oneigenlijke' zin en 'eigenlijke' zin genoemd. Van der Sangen, op basis van Löwensteyn's proefschrift, omschrijft het doel in 'oneigenlijke' zin als het terrein van werkzaamheden van de rechtspersoon.[167] Het doel in 'eigenlijke' zin is volgens Löwensteyn datgene waar de vennootschap naar streeft; op basis van HR *Cancun* is dit dus het bestendige succes en continuïteit van de onderneming.

Van Veen valt het op in zijn paper over joint ventures na HR *Cancun*, dat naast het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming, ook de aard en inhoud van de tussen aandeelhouders overeengekomen samenwerking van belang is bij het bepalen van het belang van de vennootschap.[168] Dit heeft dus implicaties voor de taak van het bestuur. Indien het belang van de vennootschap mede bepaald wordt door de aard en inhoud van de afspraken over de samenwerking en het bestuur zich moet richten naar het belang van de vennootschap; lijkt het onvermijdelijk dat het bestuur zich ook zal moeten richten naar de aard en inhoud van deze afspraken. Volgens van Veen creëert de HR met deze uitleg een verdieping in het leerstuk van de vennootschapsrechtelijke doorwerking.[169]

Raaijmakers geeft ook aan dat het de partners zelf zijn in deze joint venture, die samenwerken, risicodragend financieren, strategie en beleid bepalen en zelf ook gehouden zijn tot de geldende onderlinge regeling tot samenwerking. Deze rechten en plichten van de partners staan los van de gekozen rechtsvorm voor de gezamenlijke onderneming (in het

---

[165] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 57-58.

[166] Löwensteyn (1959). *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*. (diss. UvA Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959. p. 56-57;
Van der Sangen (1999). *Rechtskarakter en financiering van de cooperatie: een onderzoek naar de civielrechtelijke kenmerken van de cooperatie in het licht van de vraag of daaruit beperkingen voortvloeien voor de financiering van haar ondernemingsactiviteiten*. W.E.J. Tjeenk Willink (Deventer), ISBN 9027150672. p. 113.

[167] Van der Sangen (1999). *Rechtskarakter en financiering van de cooperatie: een onderzoek naar de civielrechtelijke kenmerken van de cooperatie in het licht van de vraag of daaruit beperkingen voortvloeien voor de financiering van haar ondernemingsactiviteiten*. W.E.J. Tjeenk Willink (Deventer), ISBN 9027150672. p. 113-114.

[168] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij Joint Ventures na 'Cancun'*. Ondernemingsrecht 2015/88. p. 5-6.

[169] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij Joint Ventures na 'Cancun'*. Ondernemingsrecht 2015/88. p. 5-6.

geval van *Cancun* kozen de partners voor een BV). Eventuele geschillen die ontstaan, moeten de partners dan ook beslechten binnen de lijnen van de overeengekomen samenwerking.[170]

2.3. TUSSENCONCLUSIE

In dit hoofdstuk zijn *Hobby Lobby* en HR *Cancun* in detail geanalyseerd. In *Hobby Lobby* ging het vooral omtrent de invloed van het aandeelhoudersbelang op het vennootschappelijk belang. In HR *Cancun* ging het echter om het karakter van de vennootschap en de gevolgen hiervan voor de karakterisering van het vennootschappelijk verband en de uitwerking van het vennootschappelijk belang.

Hobby Lobby, *et al.* een 'close corporation', met streng gelovige aandeelhouders en dito bestuurders aan het roer, maakte de zaak aanhangig waarin zij pleitte dat het anticonceptiemandaat van *Obamacare* tegen hun geloof in gaat en dat het bedrijf dus *niet* verplicht kan zijn dit te vergoeden voor haar werknemers. De Court is van mening dat een vennootschap enkel een organisatievorm is, een huls om de natuurlijke personen die daadwerkelijk de onderneming voeren. Het uitbreiden van rechten en plichten van natuurlijke personen naar vennootschappen, heeft enkel als doel om de rechten van deze natuurlijke personen te beschermen. Hiermee stelt de Court dus dat met het beschermen van de geloofsbelijdenis van de vennootschappen, de geloofsbelijdenis van de vennootschappen beschermd wordt. *Hobby Lobby* werd met een 5-4 meerderheid aangenomen en dit werd in Amerika met veel verbazing ontvangen. In *Hobby Lobby* wordt met deze toekenning van vrije geloofsbelijdenis voor bedrijven, de discussie geopend in hoeverre de belangen van aandeelhouders c.q. bestuurders doorwerken in de vennootschappelijke structuur.

Ondanks het feit dat Justice Alito met zijn *Majority Opinion* poogde *Hobby Lobby* enkel van toepassing te laten zijn op de onderhavige zaak, is al gebleken met de uitspraken uit o.a. 2014 en 2016 van twee verschillende US District Courts die beide *Hobby Lobby* toepasten, dat dit niet het geval is.[171] Zoals Justice Ginsburg reeds aanhaalde in haar *Dissenting Opinion*, zal *Hobby Lobby* grote (negatieve) gevolgen hebben voor de Amerikaanse samenleving, doordat *Hobby Lobby* te veel ruimte laat voor *'me too' religious objections* van bedrijven. Het is nu nog maar de vraag hoe ver de toepassing van *Hobby Lobby* gerekt kan worden.

De HR stelt in *Cancun* voorop dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De invulling van dit belang hangt af van de aard van de onderneming en de feiten en omstandigheden. Indien het zich voordoet dat aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschappelijk belang in de regel bepaald door het bevorderen van het bestendige succes en de continuïteit van deze onderneming. Het is dus de taak van het bestuur om ervoor te zorgen dat het bestendige succes van de onderneming bevorderd wordt. Het bestuur moet er echter wel voor zorgen dat het met de uitvoering van hun taak binnen de

[170] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. Ars Aequi 2014, a. 6. p. 464.
[171] *Perez v. Paragon Contractors* (2014), US District Court for the District of Utah Central Division, Case No. 2:13CV00281-DS;
Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710.

strategische en financiële kaders gesteld door de aandeelhouders *c.q.* joint venture partners blijft.

Niet iedereen is het echter eens met de HR. Raaijmakers is van mening dat de HR te veel nadruk legt op het eigen belang van de BV en op de autonome rol en zelfstandigheid van het bestuur binnen een besloten vennootschappelijk verband, terwijl in de praktijk de aandeelhouders in dit verband normaal gesproken het beleid uitstippelen. Raaijmakers stelt de vraag of het bestuur binnen een persoonsgebonden samenwerkings-BV volledig zelfstandig de lijnen van het beleid uit kan zetten of dat het bestuur zich moet houden aan het beleid uitgezet door de aandeelhouders. In artikel 2:239 lid 4 BW wordt voor het uitgangspunt van het bestuur als waker van de vennootschap en de met deze verbonden ondernemingen gekozen. Volgens van der Sangen vormt het belang van de vennootschap en de verbonden ondernemingen de ondergrens die bestuurders in het oog dienen te houden bij de uitvoering van hun taak. Daarnaast mogen geoorloofde belangen van derden niet voorzienbaar worden benadeeld in de handelswijze van het bestuur. Indien aandeelhouders in de statuten bijvoorbeeld instructiebevoegdheid toekomt, waarmee zij de mogelijkheid verkrijgen het beleid uit te zetten, dient het bestuur zich hier aan te houden *tenzij* het belang van de vennootschap en de hiermee verbonden ondernemingen zich hiertegen verzetten, bijvoorbeeld doordat een door de aandeelhouders opgevraagde dividenduitkering de vennootschap niet aan haar opeisbare schulden kan voldoen. Hiermee wordt naast het vennootschappelijk belang, ook belangen van derden geschaad.

Met *Hobby Lobby* en HR *Cancun* kijken beide rechtelijke ordes verschillend naar de invulling van het vennootschappelijk belang. Met *Hobby Lobby* raakt de Court de kern van het Amerikaanse shareholdersmodel; het stelt dat ondanks dat de meeste vennootschappen het creëren van winst als centraal belang stellen het vennootschapsrecht *niet* vereist dat een vennootschap winst nastreeft ten koste van andere mogelijke belangen. Het nastreven van een ander doel dan winst maximalisatie staat in Nederland echter al sinds 1949 buiten kijf.[172]

Daarnaast stelt de Court dat, door het beschermen van de rechten en plichten van de vennootschap, zij eigenlijk de rechten en plichten van natuurlijke personen die daadwerkelijk de onderneming voeren beschermt. Doordat in *Hobby Lobby* de bestuurders en de aandeelhouders dezelfde groep natuurlijke mensen waren, hoefde de Court hier niet te benoemen of het de bestuurders dan wel de aandeelhouders betrof. Het is dus niet duidelijk of de bestuurder of de aandeelhouder de taak heeft om het vennootschappelijk belang vast te stellen. De Court geeft wel aan dat op het moment dat een vennootschap beslist dat het een ander doel dan het nastreven van winst vaststelt, de aandeelhouders hier wel mee moeten instemmen.[173] De Court zegt echter direct dat dit enkel het geval is in een persoonsgebonden samenwerkings-BV. Hiermee lijkt het er dus op dat het vennootschappelijk belang een gezamenlijk besluit is van de bestuurders en aandeelhouders. In HR *Cancun*, met tegenstribbelen van Raaijmakers, krijgt het bestuur de taak, en de vrijheid die daarbij hoort, om in het belang van de vennootschap en de daarbij verbonden ondernemingen te handelen. Raaijmakers is het hier echter niet mee eens, omdat het om een persoonsgebonden

[172] HR 1 april 1949, NJ 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*).
[173] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23.

samenwerkings-BV gaat, waar in de praktijk de aandeelhouders de lijnen van het beleid uitzetten en waar dus het belang van de deelnemende partners in de door hun gecreëerde samenwerking voorop blijft staan. Dit belang wordt volgens de HR in de regel bepaald door het bevorderen van het bestendige succes en de continuïteit van deze onderneming. Het is vervolgens echter de vraag wanneer de vennootschapsbelangen moeten wijken voor grondrechten van de maatschappij en/of voor het publiek belang. Hierop zal in het volgende hoofdstuk nader worden ingegaan.

HOOFDSTUK 3 – HET VENNOOTSCHAPPELIJK BELANG MET AL HAAR HAKEN EN OGEN

"*Nor do we hold, as the dissent implies, that such corporations have free rein to take steps that impose 'disadvantages . . . on others' or that require 'the general public [to] pick up the tab.*" –
Justice Samuel Alito[174] in de *Hobby Lobby* uitspraak[175]

~

"*A joint venture is like a marriage; if you want it to work it will, if you won't it won't*" –
David Matthews,
zoals aangehaald door M.J.G.C. Raaijmakers in zijn dissertatie over Joint Ventures[176]

Voor de discussie van HR *Cancun* begint, is het van belang het verschil in discussie tussen Amerika en Nederland voor ogen te houden. Waar het in *Hobby Lobby*, zoals reeds benoemd, vooral ging omtrent de invloed van het aandeelhoudersbelang op het vennootschappelijke doel, gaat het in Nederland om het karakter van de vennootschap en de gevolgen hiervan voor de karakterisering van het vennootschappelijk verband en de uitwerking van het vennootschappelijke belang.[177] Daarom zal er in dit hoofdstuk ingegaan worden op het vennootschappelijke belang, dit in combinatie met grondrechten en andere maatschappelijke rechten en plichten die invloed kunnen hebben op de onderneming. In dit hoofdstuk zullen wetenschappelijke opvattingen die er een meer institutionele opvatting op na houden geanalyseerd worden aan de hand van de in hoofdstuk 1 voorgelegde onderzoeksvragen.

De zorgplicht, een hot item in de rechtspraak,[178] is van belang te bespreken in combinatie met het vennootschappelijk belang, omdat het voor een conflict kan zorgen. Want wanneer bereikt een vennootschap het punt dat het vennootschappelijke belangen opzij moet zetten in het belang van een zorgplicht die het ten opzichte van een of meerdere partijen heeft? Daarnaast kunnen zorgplichten voor onduidelijkheden zorgen voor de onderneming, omdat zij zowel in contractuele verhoudingen als buitencontractuele verhoudingen gelden.[179]

Zoals reeds in hoofdstuk 1 aangegeven zal gedurende de discussie een tweetal analyses gemaakt worden, gebaseerd op het onderscheid van de BV en de persoonsgebonden samenwerkings-BV (zoals de verhouding in *Hobby Lobby*).

---

[174] Samuel Alito is een Associate Justice in de Supreme Court sinds 2006. Hij wordt gezien als een van de meest conservatieve Justices die op dit moment in de Supreme Court zitten.
[175] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 3.
[176] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 465.
[177] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 54.
[178] Huizink (2010). *Zorgplichten in het concern*. Onderneming en Financiering 2010 (18) 4. p. 5.
[179] Huizink (2010). *Zorgplichten in het concern*. Onderneming en Financiering 2010 (18) 4. p. 5.

3.1. GRONDRECHTEN EN RECHTEN VAN DE MENS

Het is van belang ons af te vragen of de *Hobby Lobby* situatie zich af zou kunnen spelen in Nederland. Als we kijken naar de vrijheid van godsdienst en de brede bescherming van geloofsbelijdenis waarin de RFRA in Amerika voorziet, is het de vraag of Nederland, een land dat reeds sinds 1795 een sterke scheiding tussen kerk en staat kent, ook zo ver gaat in zijn bescherming.[180] Justices Breyer en Kagan, in hun *Dissenting Opinion*, wilden benadrukken dat zij van mening zijn dat de RFRA niet door kan werken in een ondernemingsstructuur. [181] Zij willen de geloofsbelijdenis claims van ondernemingen dus op deze manier in de kiem smoren; wat niet gelukt is als we kijken naar de in hoofdstuk 2 genoemde District Court zaken.[182] Maar hoe zit het in Nederland (en Europa)? Het is belangrijk om te kijken in hoeverre grondrechten en bijv. rechten van de mens van toepassing zijn op Nederlandse ondernemingen.

Volgens Dijk/Van der Ploeg kan een rechtspersoon zich beroepen op de rechten van de mens, zij halen wel aan dat dit gelimiteerd kan worden indien de aard van het desbetreffende recht toepassing uitsluit.[183] In dit verband heeft het EHRM echter niet alleen de bevoegdheid om zich uit te laten over formeel-juridische situaties, maar ook bevoegdheid om feitelijke situaties te beoordelen. Daarnaast werd door Dijk en van der Ploeg betoogd dat het EHRM niet alleen de formeel-juridische situatie, maar ook de feitelijke situatie beoordeelt. De manier waarop de overheid bijvoorbeeld een maatschappelijke organisatie een bepaald gedrag oplegt, zou gezien de vrijheid van de organisaties wel eens onrechtmatig kunnen zijn.[184]

Verenigingen zijn in principe vrij onderscheid te maken bij de toelating en rechten en plichten op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, of seksuele voorkeur, 'of wat dan ook', aldus Dijk en van der Ploeg, *tenzij* dit als maatschappelijk onaanvaardbaar gezien wordt.[185] Het valt te betogen dat deze lijn dus door te trekken is naar rechtspersonen in het algemeen, dus ook op de BV en mogelijk de persoonsgebonden samenwerkings-BV. Echter indien de Algemene Wet Gelijke Behandeling[186] nagelezen wordt, wordt duidelijk dat dit niet het geval is. De vrijheid van vereniging van private organisaties om een dergelijk onderscheid te maken wordt beperkt

---

[180] Rijksmuseum. (n.d.). *1795-1806 Bataafsche Republiek - Tijdlijn Nederlandse geschiedenis - Rijksstudio - Rijksmuseum*. [online] https://www.rijksmuseum.nl/nl/rijksstudio/tijdlijn-nederlandse-geschiedenis/1795-1806-bataafsche-republiek [Bekeken 11 Sep. 2016].

[181] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Breyer en Kagan Dissenting. p. 1.

[182] *Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc*., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710;
Perez v. Paragon Contractors (2014), US District Court for the District of Utah Central Division, Case No. 2:13CV00281-DS.

[183] Dijk en van der Ploeg (2013). *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*. Wolters Kluwer Nederland B.V. 6de druk. p. 13.

[184] Balkenende en van der Ploeg (1998). *Behoud en vernieuwing van identiteit – de toekomst van maatschappelijke organisaties in een tijd van fusies en schaalvergroting: beleidsmatige en juridische perspectieven*. Boom Juridische uitgevers. p. 73.

[185] Dijk en van der Ploeg (2013). *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*. Wolters Kluwer Nederland B.V. 6de druk. p. 13.

[186] Algemene Wet Gelijke Behandeling, 2 maart 1994.

wanneer de organisatie een open en zakelijk karakter heeft; wat het geval is bij een BV.[187] Door het feit dat het 'open' karakter aanwezig moet zijn in de organisatie, zal een persoonsgebonden samenwerkings-BV niet kunnen voldoen, omdat het de partners zijn die bepalen wie bestuurders en (nieuwe) partners worden. Dit is dus per definitie geen open rechtspersoon. Echter partners in de persoonsgebonden samenwerkings-BV kunnen er ook voor kiezen bepaalde randvoorwaarden in de vorm van religie, etc. aan de toelating van nieuwe partners te plaatsen in de samenwerkingsovereenkomst. Voor beide rechtspersonen is er echter veel voor te zeggen dat deze gestelde toelatingsvoorwaarden snel zullen sneuvelen op grond van discriminatie.

Sinds de invoering van de flex-BV is de mogelijkheid aanwezig, op basis van artikel 2:192 lid 1 sub b BW, aan het aandeelhouderschap verbintenisrechtelijke verplichtingen te verbinden tegenover de andere aandeelhouders, de vennootschap en/of jegens derden.[188] De statuten kunnen verwijzen naar een aandeelhoudersovereenkomst (dergelijke overeenkomst wordt verder besproken in o.a. paragraaf 3.2 van de scriptie) die een aandeelhouder moet naleven. Indien een nieuwe aandeelhouder toetreedt is deze echter pas gebonden aan de overeenkomst en dus de kwaliteitseisen indien zij daarbij als partij is toegetreden. De statuten kunnen echter wel bepalen dat bij niet-nakoming van de statutaire verplichtingen het recht op remuneratie, stemrecht of het vergaderrecht worden opgeschort totdat de verplichtingen worden nageleefd.[189] Daarnaast legt artikel 2:192 lid 1 BW op dat de verplichtingen niet tegen de wil van een aandeelhouder kunnen worden opgelegd. In de Memorie van Toelichting wordt echter wel benadrukt dat de niet-gebondenheid aan de regeling op basis van tegenstrijdigheid met de wil van een aandeelhouder persoonsgebonden is en bij overdracht van een aandeel dus vervalt.[190]

Voorbeelden van kwaliteitseisen zijn dat een nieuwe aandeelhouder partij moet worden van de aandeelhoudersovereenkomst,[191] moet beschikken over een bepaald certificaat, enkel een natuurlijk persoon is en dat zij een bepaald beroep beoefent.[192] Een dergelijke eis kan in de statuten worden opgenomen bij een volstrekte meerderheid.[193] Het probleem is dus echter dat een dergelijke eis door de meerderheid kan worden opgelegd aan de minderheid. De wetgever zag reeds in 2012 in dat dit voor conflicten zou kunnen zorgen wanneer de minderheidsaandeelhouder zich niet kan vinden in het besluit van de meerderheid. De wetgever rechtvaardigt dit echter door aan te geven dat de minderheidsaandeelhouder altijd rekening moet houden met het feit dat de besluitvorming binnen een vennootschap in beginsel door de meerderheid in de algemene vergadering wordt bepaald.[194] In de Memorie van Toelichting wordt echter benadrukt dat er een gebrek aan een goede regeling voor conflictbeslechting is. Via uitstoting of uittreding van de aandeelhouder biedt artikel 2:192

[187] Artikel 5(1) Algemene Wet Gelijke Behandeling.
[188] Kamerstukken II 2006-2007, 31058, nr. 3, p. 14;
Tolsma (2012). *De flex-bv: een overzicht*. LTB maart 2012. p. 7.
[189] Tolsma (2012). *De flex-bv: een overzicht*. LTB maart 2012. p. 7;
Hakvoort (2011). *De flex-BV als private-equityfonds*. Vennootschap & Onderneming 2011, nummer 4. p. 66.
[190] Kamerstukken II 2006-2007, 31058, nr. 3, p. 4-5.
[191] Kamerstukken II 2006-2007, 31058, nr. 6, p. 1-2.
[192] Kamerstukken II 2006-2007, 31058, nr. 6, p. 21.
[193] Kamerstukken II 2006-2007, 31058, nr. 3, p. 14.
[194] Kamerstukken II 2006-2007, 31058, nr. 3, p. 18.

BW de aandeelhouder die het niet eens is met het besluit van de meerderheid een 'opt-out-mogelijkheid'.[195] Naast de 'opt-out' heeft de aandeelhouder ook wettelijke bescherming via artikel 2:15 lid 1 sub b BW op basis van strijd met de redelijkheid en billijkheid – een beroep op dit artikel zou dus gedaan kunnen worden indien er sprake is van een discriminatoir besluit van de meerderheid.[196] Daarnaast wijst de Memorie van Toelichting op de mogelijkheid voor BV's om zelf een geschillenregeling op te nemen in de statuten voor dergelijke conflicten om zoveel mogelijk de weg naar de rechter te vermijden. Hierbij moet gedacht worden aan mediator of arbitrage.[197]

3.2. VENNOOTSCHAPPELIJK BELANG

Gedurende de analyse in hoofdstuk 3 van de scriptie is het belangrijk om een onderscheid te maken tussen de onderneming en de rechtsvorm waarin die onderneming gedreven wordt.[198] Timmerman geeft aan dat niet de vennootschap zelf, maar de onderneming het startpunt van de analyse van de HR in *Cancun* had moeten zijn.[199] Waar de aandeelhouders een rol krijgen binnen het vennootschappelijk verband, zijn de belangen van andere vaak gekoppeld aan de omvang van de onderneming. De beslotenheid van het vennootschappelijk verband, staat echter los van de omvang van de onderneming. Het mag echter niet uit het oog verloren worden dat er nog vele andere belangen betrokken kunnen zijn bij een onderneming, naast het aandeelhoudersbelang. Het is de onderneming die wordt ondergebracht in een rechtspersoon en het is dus ook die rechtspersoon die als rechtssubject dient te worden aangemerkt en niet de aandeelhouders.[200] Hiermee zijn de belangen van de rechtspersoon niet gelimiteerd tot de aandeelhoudersbelangen. Het bepalen van het beleid en het uitzetten van de strategie van de vennootschap raakt daarmee dus een ruimere groep van belangen dan enkel de aandeelhoudersbelangen.[201] Indien we kijken naar de onderneming van Hobby Lobby, zien we dat het aantal aandeelhouders beperkt was, terwijl het ging om een zeer omvangrijke onderneming die door de vennootschappen gedreven werd met soms tot wel 13.000 werkzame werknemers in meer dan 500 vestigingen.[202] Wie heeft hier echter de taak van het afwegen van de betrokken belangen? Dient deze afweging een taak te zijn van de aandeelhouders of van het bestuur? En wie dient de strategie te bepalen: het bestuur of de aandeelhouders?

---

[195] Artikel 2:192 lid 2, 4 en 5 BW.
[196] Kamerstukken II 2006-2007, 31058, nr. 3, p. 18.
[197] Kamerstukken II 2006-2007, 31058, nr. 3, p. 18.
[198] Robé (2011). *The Legal Structure of the Firm*. Accounting, Economics, and Law. 2011: Vol. 1: Iss. 1, Article 5.
[199] Timmerman (2015). *De breedte van het vennootschapsrecht, enkele inleidende opmerkingen*. WPNR 2015/7048, p. 93.
[200] Timmerman (2015). *De breedte van het vennootschapsrecht, enkele inleidende opmerkingen*. WPNR 2015/7048, p. 93.
[201] Robé (2011). *The Legal Structure of the Firm*. Accounting, Economics, and Law. 2011: Vol. 1: Iss. 1, Article 5.
[202] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 13.

3.2.1. BV

3.2.1.1. ‘IN HET BELANG VAN DE VENNOOTSCHAP’

Het begrip ‘belang van de vennootschap’ is al decennia lang onderwerp van discussie, maar zorgt nog steeds voor onduidelijkheid.[203] In Boek 2 BW wordt de taak van respectievelijk het bestuur[204] en de RvC beschreven.[205] Hierin wordt aangegeven dat het bestuur *c.q.* de RvC zich bij de uitvoering van hun taak dienen te richten naar “het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”.[206] Het belang van de vennootschap wordt hier dus gebruikt als een normatieve richtsnoer voor bestuurders en RvC, er wordt echter nergens beschreven wat hier specifiek mee bedoeld wordt.

De BV, als privaatrechtelijke rechtspersoon op basis van 2:3 BW, is tevens rechtssubject in de zin van 2:5 BW wat reeds in hoofdstuk 2 van de scriptie is benoemd.[207] Voor de rechtspersonen in de zin van 2:3 BW geldt dat zij na oprichting doelrecht zijn. Echter, voor de BV is de wet neutraal in het voorschrijven van het doel van de vennootschap; enkel voor de coöperatie[208], de onderlinge waarborgmaatschappij[209], de vereniging[210] en de stichting[211] schrijft de wet een specifiek doel voor. Volgens Assink kan ‘doelgericht’ het best omschreven worden als dat iedere rechtspersoon een doel heeft, dat in de kern bestaat uit het doen ontplooien van bepaalde activiteiten ter realisering van een bepaald resultaat.[212] Zoals reeds omschreven in paragraaf 2.2.2. van deze scriptie, wordt dit doel door Löwensteyn het statutaire doel genoemd. Löwensteyn geeft duidelijk aan dat dit statutaire doel niet gelijk is aan het vennootschappelijk belang, wat belangrijk is om voor ogen te houden. [213] Het statutaire doel dient te worden uitgewerkt via de beleidsvoering binnen de organisatie welke bereikt wordt door middel van besluitvorming binnen de rechtspersoon. De akte van oprichting van de BV dient het ‘statutaire doel van de vennootschap’ te bevatten, dit doel kan echter na verloop van tijd herzien worden.[214]

---

[203] Assink (2015). *Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie. 2015, 7048. p. 1.
[204] 2:239 lid 5 BW.
[205] 2:250 lid 2 BW.
[206] 2:239 lid 5 BW en 2:250 lid 2 BW.
[207] Dijk en van der Ploeg (2013). *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*. Wolters Kluwer Nederland B.V. 6de druk. p. 60.
[208] Artikel 2:53 lid 1 BW.
[209] Artikel 2:53 lid 2 BW.
[210] Artikel 2:26 lid 1 jo 3 BW.
[211] Artikel 2:285 lid 3 BW.
[212] Assink (2015). *Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie. 2015, 7048. p. 1.
[213] Löwensteyn (1959). *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*. (diss. UvA Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959. p. 56-57.
[214] Artikel 2:177 lid 1 BW.

Doordat de wet neutraal is in het toedelen van een doel voor de BV, hebben de oprichters van de vennootschap een grote toepassingsvrijheid. Assink omschrijft dit als volgt:[215]

> "*een vennootschap kan en mag, binnen de grenzen van het recht […] en met inachtneming van de allocatie van bevoegdheden tussen haar organen binnen haar organisatie en vereiste besluitvorming, zich min of meer op iedere wenselijk geachte activiteit en te realiseren resultaat richten.*"

Dit betekent dus dat men, binnen de lijnen van de wet, vrij is in het creëren van het vennootschappelijk doel. Hoe het doel ingevuld wordt, wordt echter wel beïnvloed door het stakeholdersmodel. Dit wordt expliciet neergelegd in de Nederlandse Corporate Governance Code:[216]

> "*De Code gaat uit van het in Nederland gehanteerde uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken partijen. De belanghebbenden zijn de groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers, de overheid en maatschappelijke groeperingen. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een integrale verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen, doorgaans gericht op de continuïteit van de onderneming. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van aandeelhouderswaarde op de lange termijn.*"

Zoals bekend is de Corporate Governance Code natuurlijk alleen van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen. Meerdere academici zijn het er echter over eens dat deze benadering door te trekken is naar andere vormen van rechtspersonen, waaronder dus ook de BV.[217] Net zoals beursgenoteerde vennootschappen kunnen deze andere rechtspersonen namelijk een omvangrijke onderneming in stand houden waarbij vervolgens een groot aantal diverse belangen betrokken is. Volgens Olaerts is het duidelijk dat het gedrag van het bestuur gekenmerkt wordt door een belangenpluraliteit.[218]

Zoals reeds in hoofdstuk 2 van de scriptie benoemd, raakt *Hobby Lobby* de kern van het Amerikaanse vennootschapsrecht en dus het aanhangige shareholdersmodel, ook wel institutionele visie genoemd. In het shareholdersmodel wordt de vennootschap gezien als een instrument in handen van de eigenaars, de aandeelhouders, die met dit instrument hun economisch belang nastreven. In het shareholdersmodel worden de belangen van de aandeelhouders boven de belangen van andere partijen nagestreefd. Terwijl in het stakeholdersmodel aanhangig is dat het belang van het bedrijf zo ingevuld moet worden dat

---

[215] Assink (2015). *Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie. 2015, 7048. p. 2.
[216] Artikel 7 van de Preambule, Nederlandse Corporate Governance Code.
[217] Eijsbouts en Kemp (2012). *Overmaatschappelijk verantwoord ondernemen, waarde creatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang*. TvOB 2012, afl. 5. p. 127;
Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 59.
[218] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 59.

het voordelig is voor iedere partij in de rol van stakeholder.[219] Het stakeholdersmodel is gebaseerd op de ideologie dat stakeholders, naast aandeelhouders, vorderingen hebben op het bezit en winst van het bedrijf omdat de stakeholders bijdragen aan het kapitaal van het bedrijf.[220] Over het algemeen wordt aangenomen dat het shareholdersmodel de toegepaste theorie is in Anglo-Saksische jurisdicties zoals Groot-Brittannië, Australië, Canada en natuurlijk de VS.[221]

In Groot-Brittannië is in 2006 de '*enlightened shareholder value principle*' aangenomen met de Companies Act 2006.[222] Deze *enlightened* versie van het shareholdersmodel zoekt naar een balans tussen concurrerende belangen van verschillende stakeholders om zo het beste te bewerkstelligen voor de aandeelhouders op de lange termijn. Enkele auteurs zijn echter van mening dat de Companies Act 2006 nog steeds benadrukt dat bestuurders, fundamenteel gezien, de belangen van aandeelhouders *moeten* bevorderen en voor op stellen.[223] De Companies Act 2006 geeft volgens de auteurs aan dat de belangen van stakeholders overwogen moeten worden, maar dat deze belangen relevant zijn voor zover deze het hogere doel hebben het aandeelhoudersbelang te bevorderen.[224] Andere auteurs zijn echter van mening dat het '*enlightened*' model "*transcends the shareholder-stakeholder divide*."[225] Deze auteurs zeggen het volgende over het '*enlightened*' model:[226]

> "*[A]ttention to traditional "stakeholder" interests such as the effect of corporate operations on the environment, employees, or local communities, is seen as a* means of *generating long-term shareholder wealth and improving portfolio- and firm-level risk assessment. Enlightened shareholder value thus emphasizes the benefits to* shareholders *that can result from focusing corporate management on areas of shared shareholder and stakeholder concern while recognizing the very real challenges posed by the diversity of shareholder and stakeholder interests. At the same time, by asserting that shareholders should not achieve wealth through disregard for the impact of corporate decision-making on stakeholders, enlightened shareholder value also parts course to some degree from the standard shareholder wealth maximization conception of the corporate purpose.*"

Het '*enlightened*' model in Groot-Brittannië stelt de stakeholders belangen dus niet boven alles. Bestuurders moeten, te goeder trouw, stakeholders belangen overwegen, zelfs als

---

[219] Keay (2007). *Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's 'Enlightened Shareholder Value Approach'*. Sydney Law Review, Vol 29:577:2007. p. 577-578.
[220] R.S. Karmel (1993). *Implications of the Stakeholder Mode*. The George Washington Law Review, April 1993 Vol. 61 No. 4. p. 1171.
[221] Keay (2007), *Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's 'Enlightened Shareholder Value Approach'*. Sydney Law Review, Vol 29:577:2007. p. 578.
[222] Section 172 Companies Act 2006.
[223] Bruner (2013). *Corporate governance in the common-law world: the political foundations of shareholder power*. Cambridge 2013. p. 34.
[224] Bruner (2013). *Corporate governance in the common-law world: the political foundations of shareholder power*. Cambridge 2013. p. 44.
[225] Harper Ho (2010). *"Enlightened Shareholder Value": Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide*. 36 The Journal of Corporate Law, Vol. 36:1 2010. p. 62.
[226] Harper Ho (2010). *"Enlightened Shareholder Value": Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide*. 36 The Journal of Corporate Law, Vol. 36:1 2010. p. 62.

aandeelhoudersbelangen voor stakeholders belangen gaan.[227] Echter, indien de bestuurders een besluit nemen dat opportunistisch voordelig is voor de aandeelhouders ten koste van de stakeholders, "[…] *then they might well be in breach because such action is not likely to benefit the company in the long term or accord with either ideas of the directors engaging in responsible behavior, as envisaged by the ... principles underpinning the concept of* ['enlightened shareholders vision']."[228] Waar het aandeelhoudersbelang in principe nog steeds 'voorop' staat, moet er wel degelijk een balans gezocht worden tussen de twee belangen. Het is echter duidelijk dat academici in Groot-Brittannië niet eensgezind zijn over de invloed van de Companies Act 2006 en in hoeverre het stakeholders- en shareholdersmodel daadwerkelijk naar elkaar zijn toe gegroeid.

Het '*enlightened shareholder value principle*' zoals beschreven in de Companies Act uit Groot-Brittannië vertoont gelijkenissen met zogenoemde '*constituency statutes*' die toegepast worden in de meerderheid van de Amerikaanse staten.[229] '*Constituency statutes*' worden ook wel '*stakeholder statutes*' of '*non-shareholder statutes*' genoemd. Pennsylvania was de eerste staat welke '*constituency statutes*' implementeerde, gevolgd door veertig andere staten.[230] De '*constituency statutes*' zijn geïmplementeerd om ervoor te zorgen dat strikte toepassing van het shareholdersmodel niet geheel dwingend is. De statuten verschillen per staat, er wordt echter in elk statuut macht aan de bestuurders van het bedrijf toegekend om tijdens het uitoefenen van hun taken rekening te houden met de belangen van stakeholders.[231] Een belangrijke kanttekening; de belangrijkste staat op het gebied van ondernemingsrecht in Amerika, Delaware, heeft dergelijke statuten *niet* geïmplementeerd. De staat Delaware heeft de 'race for the bottom' gewonnen op het gebied van ondernemingsrecht in Amerika.[232] Delaware is door de jaren heen populair geworden voor bedrijven om hun onderneming te registreren ('*incorporated*'), doordat het de 'meest liberale' Corporate Law Act heeft in Amerika.[233] Daarnaast heeft Delaware een speciale court voor Corporate Law gerelateerde zaken, de Court of Chancery. De Court of Chancery heeft als voordeel dat de rechters in deze

[227] Afsharipoura (2017). *Redefining Corporate Purpose: An International Perspective*. 40 Seattle U. L. Rev. 465. Bij *474.
[228] Keay & Zhang (2011). *An Analysis of Enlightened Shareholder Value in Light of Ex Post Opportunism and Incomplete Law*. European Company and Financial Law Review (2011), Volume 8, Issue 4. p. 10.
[229] Keay (2007), *Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's 'Enlightened Shareholder Value Approach'*. Sydney Law Review, Vol 29:577:2007. p. 581, 594-595; Hale (2003). *Corporate Law and Stakeholders: Moving Beyond Stakeholder Statutes*. 45 Arizona Law Review. p. 833.
[230] Zie voetnoot 78 van – Hale (2003). *Corporate Law and Stakeholders: Moving Beyond Stakeholder Statutes*. 45 Arizona Law Review. p. 833 – voor een volledige lijst van staten in Amerika met '*constituency statutes*'. Voor de volledigheid, in paragraaf 3.2.2.1 wordt er verwezen naar Minnesota – daarom wordt deze staat hier ook toegelicht. Minnesota is een van de staten waar '*constituency statutes*' geïmplementeerd zijn (MINN. STAT. ANN. § 302A.251(s) (West 2002))
[231] Keay (2007), *Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's 'Enlightened Shareholder Value Approach'*. Sydney Law Review, Vol 29:577:2007. p. 594-595.
[232] William L. Cary (1974). *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*. 83 YALE Law Journal 663 (1974).
[233] William L. Cary (1974). *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*. 83 YALE Law Journal 663 (1974).

court over een uiterst specifieke kennis beschikken.[234] De website van Delaware om je bedrijf te registreren omschrijft de voordelen als volgt: "*Low cost and quick turnaround – Simplified business structure setup – No sales or income tax if you operate outside the state – A Delaware business court* [Court of Chancery] *that minimizes time, cost, and risk of commercial litigation*"[235] Enkele voorbeelden – 64% van de Fortune 500 bedrijven zijn geregistreerd in Delaware en 90% van de IPO's in 2012 zijn gedaan in Delaware.[236]

Het uitgangspunt in Corporate Law in Delaware is dat het bestuur 'fiduciary duties' heeft ten opzichte van de onderneming. Deze 'duties' zijn in het Nederlands recht terug te vinden in o.a. artikel 2:8 BW, 2:9 BW, 2:239 BW. 'Fiduciary duties' zijn in te delen in de volgende categorieën: Care,[237] Obedience,[238] Loyalty[239] en Disclosure/ Confidentiality[240].[241] Op basis van traditionele common law,[242] die dus nog steeds gevolgd wordt in Delaware, hebben bestuurders deze fiduciary duties jegens onderneming en afgeleid dus jegens de aandeelhouders van de onderneming.[243] Dit is vergelijkbaar met artikel 2:9 BW waarin staat dat bestuurders "tegenover de rechtspersoon gehouden zijn tot een behoorlijke vervulling van zijn taak". De 'common law rule' in Delaware is dat bestuurders de onderneming uitsluitend drijven voor het aandeelhoudersbelang.[244] Een belangrijke kanttekening is dat de Delaware Court of Chancery het implementeren van verschillende anti-takeover mechanismen heeft toegelaten door de jaren heen.[245] Het bestuur heeft deze anti-takeover mechanismen, zoals bijvoorbeeld poison pills, staggered boards, supermajority provisions, vrijwel ongestoord kunnen implementeren om zo toch hun eigen baan (waar het vaak om gaat) te redden. In de meeste gevallen kan het bestuur de implementatie van deze mechanismen gemakkelijk

---

[234] Dreyfuss (1995). *Forums Of The Future: The Role Of Specialized Courts In Resolving Business Disputes*. Brooklyn Law Review Vol. 61, 1995, Number 1. p. 5.

[235] IT, S. (n.d.). *Incorporate in Delaware | incorporate.com*. [online] Incorporate.com. Website: https://www.incorporate.com/incorporate_delaware.html?campaign=google_INC_DE_BR_ppc&invocaID=ppc&utm_campaign=Non-Brand_Incorporate_Delaware_MBR&utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_content=c&utm_term=%2Bincorporate%20%2Bin%20%2Bdelaware_b&gclid=CIagp-DJ79ICFQkxaQodfjwJZA [Bekeken 24 maart 2017].

[236] Technical.ly Delaware. (2014). *64% of Fortune 500 firms are Delaware incorporations: here's why - Technical.ly Delaware*. [online] Website: http://technical.ly/delaware/2014/09/23/why-delaware-incorporation/ [Bekeken 24 maart 2017].

[237] Hamilton, Macey and Moll (2014). *The Law of Business Organizations*. 12th edition. p. 551-591.

[238] Hamilton, Macey and Moll (2014). *The Law of Business Organizations*. 12th edition. p. 673-684.

[239] Hamilton, Macey and Moll (2014). *The Law of Business Organizations*. 12th edition. p. 605-612.

[240] Hamilton, Macey and Moll (2014). *The Law of Business Organizations*. 12th edition. p. 1091-1101.

[241] Hamilton, Macey and Moll (2014). *The Law of Business Organizations*. 12th edition. p. 83-90.

[242] *Dodge v. Ford Motor Co.*, 204 Mich. 499, 507, 170 N.W. 668, 684 (1919).

[243] Brett H. McDonnell (2004). *Corporate Constituency Statutes and Employee Governance.* 30 William Mitchell Law Review 1227. p. 1232-1233.

[244] Brett H. McDonnell (2004). *Corporate Constituency Statutes and Employee Governance.* 30 William Mitchell Law Review 1227. p. 1232-1233.

[245] Springer (1999). *Corporate Constituency Statutes: Hollow Hopes and False Fears*. 1999 Annual Survey of American Law 85, 95. p. 109;
Orts (1992). *Beyond Shareholders: Interpreting Corporate Constituency Statutes*. 61 George Washington Law Review 14, 38.

verdedigen in de Court of Chancery, zonder dat Delaware 'constituency statutes' heeft.[246] De implementatie van de mechanismen moeten echter wel als doel hebben de onderneming te bevorderen en/of verdedigen, waardoor het shareholdersmodel alsnog bevestigd wordt. Een landmark case op dit gebied is *Revlon*,[247] waar het bestuur van Revlon o.a. een poison pill en een lock-up agreement gebruikte om het bedrijf te beschermen tegen een hostile takeover. De Delaware Court of Chancery was echter van mening dat het bestuur deze mechanismen niet ingezet had met het oog op de "best interest of the company" en er was dan ook sprake van een inbreuk van fiduciary duties ten opzichte van het bedrijf.[248]

Hobby Lobby is geregistreerd, '*incorporated*', in de staat Oklahoma.[249] Met onder andere Delaware is Oklahoma een van de negen staten die (vooralsnog) de '*constituency statutes*' niet hebben geïmplementeerd.[250] Doordat in Delaware, de belangrijkste staat op het gebied van Amerikaans ondernemingsrecht, en in Oklahoma het pure shareholdersmodel nog steeds van toepassing is, heeft de Court besloten in *Hobby Lobby* de close corporation als een verlengstuk van de samenwerkende aandeelhouders te zien. De Court geeft dan ook voorrang aan bescherming van de (religieuze) belangen van de aandeelhouders ten koste van de belangen van de stakeholders, in dit geval de werknemers.[251] De Court lijkt wel een klein stapje richting het stakeholdersmodel te doen, zoals reeds aangegeven in paragraaf 2.1.1 van de scriptie, door te zeggen dat ondanks dat de meeste vennootschappen het creëren van winst als centraal doel is gesteld, het vennootschapsrecht *niet* vereist dat een vennootschap winst nastreeft ten koste van andere mogelijke belangen. De Court geeft hierbij echter wel aan dat de aandeelhouders hiermee moeten instemmen:[252]

> "[...] *So long as its owners agree, a for-profit corporation may take costly pollution-control and energy-conservation measures that go beyond what the law requires. A for-profit corporation that operates facilities in other countries may exceed the requirements of local law regarding working conditions and benefits. If for-profit corporations may pursue such worthy objectives, there is no apparent reason why they may not further religious objectives as well.*"

Zoals reeds aangegeven in hoofdstuk 2 van de scriptie, is sinds 1949 met het *Doetinchemse IJzergieterij*- arrest het in Nederland algemeen aanvaard dat het

---

[246] Hill, Quinn and Solomon (2016). *Mergers and Acquisitions: Law, Theory, and Practice*. 1st Edition. American Casebook Series. Chapter XV §B-§C and F, Chapter XVI §B and §E.

[247] *Revlon, Inc. v. Macandrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 *, 1986 Del. LEXIS 1053, 66 A.L.R.4th 157, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P92,525 (Del. 1986).

[248] *Revlon, Inc. v. Macandrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 *, 1986 Del. LEXIS 1053, 66 A.L.R.4th 157, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P92,525 (Del. 1986) bij **17.

[249] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 25.

[250] Zie voetnoot 79 van – Hale (2003). *Corporate Law and Stakeholders: Moving Beyond Stakeholder Statutes*. 45 Arizona Law Review. p. 833 – voor een volledige lijst van staten in Amerika die '*constituency statutes*' niet hebben geïmplementeerd.

[251] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 55.

[252] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23.

vennootschappelijke doel ruimer kan zijn dan alleen het dienen van het aandeelhoudersbelang.[253] Daarnaast is het stakeholdersmodel sinds 1971 met de herziening van het vennootschapsrecht in de wet verankerd,[254] waardoor er geen discussie meer is over de mogelijkheid van de BV om een ander vennootschappelijke doel te dienen dan het nastreven van een winstoogmerk. Of de BV ook daadwerkelijk gebruik maakt van de mogelijkheid om een ander vennootschappelijk doel na te streven, wordt bepaald door de oprichters en latere aandeelhouders van de BV. In het stakeholdersmodel wordt de vennootschap als een op zichzelf staand instituut gezien met een eigen vennootschappelijk belang.[255] Het vennootschappelijk belang dient door het bestuur in het oog gehouden te worden bij elke beslissing die gemaakt, en elke actie die ondernomen wordt. Daarnaast dienen in de besluitvorming ook de belangen van de werknemers en andere belanghebbenden, zoals bijvoorbeeld leveranciers en afnemers, te worden meegenomen.[256]

Echter *hoe* het doel van de vennootschap wordt bepaald en *wat* het vennootschappelijk doel van de vennootschap is, wordt in het ondernemingsrecht enkel zijdelings geraakt, aldus van der Sangen.[257] Sinds 1976 heeft Nederland, met de introductie van Boek 2 BW, namelijk de organisatiedwang en de leer van de materiële kenmerken die een bepaald doel voor de rechtsvormen voorschreef, verlaten.[258] Op basis van deze vrijheid voor het stellen van het doel, kan de BV een puur facilitaire of maatschappelijke functie krijgen toebedeeld.[259] Dit op basis van het *Sluis BV* arrest,[260] wat bijna 20 jaar later nogmaals bevestigd werd in het *Comsys* arrest.[261] In deze arresten ging het vooral om strategische beslissingen van aandeelhouders die niet in het vennootschappelijk belang werden beoordeeld.[262] In *Sluis BV* werd de weigering om de statutaire winstbestemmingsbepaling aan te passen en zo de weg vrij te maken voor een dividenduitkering, omdat er geen economische noodzaak meer bestond voor reservering, door de HR gekwalificeerd als wanbeleid van de aandeelhouders. In *Comsys* werd geaccepteerd dat een dochter-BV binnen het concern alle kosten voor haar rekening nam en dus een puur facilitaire functie had in het concern.[263]

---

[253] HR 1 april 1949, NJ 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*).
[254] Structuurwet 1971.
[255] Van Schilfgaarde, Winter en Wezeman (2013). *Van de BV en de NV*. Deventer: Kluwer. Nr. 2;
de Lange en van der Veld (2010). *Shareholders vs. Stakeholders; wie wint?* Vennootschap & Onderneming, Aflevering 5, 2010. p. 92-96.
[256] Wolters (2009). *Uitleg van schriftelijke overeenkomsten*. Contracteren maart 2009 | nr. 1. p. 3;
Adams, Licht and Sagiv (2011). *Shareholders and stakeholders: how do directors decide?* Strategic Management Journal, 32. p. 1332.
[257] Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 17.
[258] Dijk en van der Ploeg (2013). *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*. Wolters Kluwer Nederland B.V. 6de druk. p. 17-18.
[259] Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 16.
[260] HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (*Sluis BV*).
[261] HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys*).
[262] Van der Sangen (2012). *De curator in het vennootschapsrecht: onderstromen en schuivende panelen*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-2. p. 62-63.
[263] HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys*), r.o. 5.2.1.

Het is dus duidelijk te zien dat op het gebied van beursvennootschappen het stakeholdersmodel en het shareholdersmodel sterk naar elkaar toe gegroeid zijn in recente jaren. Vooral het shareholdersmodel heeft in de laatste jaren veel kritiek gekregen, dit in verband met de Credit Crisis van 2008.[264] Waar de wetgevers in Groot-Brittannië er voor hebben gekozen, met de Companies Act 2006, het uniform te regelen zodat er een balans bestaat tussen het aandeelhoudersmodel en het stakeholdersmodel, laat Amerika het aan de staten individueel over om dit te beslissen. De meerderheid van de staten in Amerika hebben er voor gekozen om met '*constituency statutes*' bestuurders stakeholdersbelangen mee te laten nemen in hun besluitvoering. Echter de belangrijkste Amerikaanse staat op het gebied van ondernemingsrecht, Delaware, handhaaft nog steeds het shareholdersmodel. Dit betekent dat in een groot deel van de bedrijven, zeker op het gebied van de grote ondernemingen, nog steeds het shareholdersmodel van toepassing is.

3.2.1.2. HOE EN DOOR WIE WORDT HET VENNOOTSCHAPPELIJK BELANG BEPAALD?

In Nederland is er dus geen discussie *of* een vennootschap een ander doel kan hebben dan het nastreven van een winstoogmerk. Het is echter de vraag *welke* partij, het zij de aandeelhouders het zij de bestuurders, uiteindelijk bepaalt welke deelbelangen onder het vennootschappelijk belang gebracht kunnen worden en *hoe* deze partijen het belang vaststellen.

In *Cancun* maakt de HR een onderscheid tussen een vennootschap waaraan een onderneming is verbonden en een joint venture-vennootschap. Indien het gaat om een vennootschap met een onderneming, wordt het vennootschapsbelang in het algemeen bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Indien het gaat om een joint venture-vennootschap, ook wel persoonsgebonden samenwerkings-BV, wordt het vennootschapsbelang voorts bepaald door de aard en inhoud van de samenwerkingsovereenkomst overeengekomen tussen de samenwerkende partners.[265] Waar de partners gelijk zijn op basis van de samenwerkingsovereenkomst, zoals in *Cancun* het geval was, brengt dit met zich mee dat het vennootschapsbelang gebaat is bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de partners.[266] Hier wordt verder op ingegaan in paragraaf 3.2.2.2 van de scriptie.

De HR geeft in *Cancun* aan dat indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, waaronder dus de BV valt, het vennootschapsbelang afhangt van de omstandigheden van het geval.[267] Tol geeft in zijn bijdrage aan dat deze omstandigheden het vennootschappelijk belang 'inkleuren'.[268] In de Memorie van Toelichting bij de Invoeringswet Vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht, wordt de continuïteit van de vennootschap voorop geplaatst:

---

[264] Economist.com (2010). *Shareholders v stakeholders A new idolatry*. [online] Website: http://www.economist.com/node/15954434 [Bekeken 20 Jan. 2017].
[265] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.
[266] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.
[267] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.
[268] Tol (2014). *De inkleuring van het vennootschappelijk belang*. V&O 2014, nummer 9. p. 129.

> *"Het belang van de vennootschap richt zich op de continuïteit van de vennootschap op de langere termijn. Bij de toepassing van de norm van het vennootschappelijk belang zal het bestuur telkens de belangen moeten afwegen van de verschillende betrokkenen, zoals (minderheids)aandeelhouders, crediteuren en werknemers."* [269]

> "*Noch bij algemene, noch bij concrete instructies is sprake van inperking van de bevoegdheid van de algemene vergadering of van aantasting van rechten van (minderheids)aandeelhouders. Zowel bij bestuursbesluiten in het algemeen als bij bestuursbesluiten na instructie worden (minderheids)aandeelhouders beschermd door de regel dat het bestuur zich moet richten naar het belang van de vennootschap (vgl. het voorgestelde artikel 239 lid 4). Hiermee wordt voorkomen dat het bestuur zich uitsluitend laat leiden door een deelbelangen, in het bijzonder dat van de meerderheidsaandeelhouder. Voor extra eisen aan de besluitvorming, bijvoorbeeld door het van toepassing verklaren van artikel 242 lid 1, tweede volzin, wordt daarom geen aanleiding gezien.*"[270]

De Hoge Raad trekt deze lijn door, door te stellen dat 'vooral' het bevorderen van het bestendige succes en de continuïteit van de onderneming bepalend is.[271] De OK ziet dit echter anders; de OK is van mening dat het 'belang van de vennootschap' het resultaat is van afweging van de verschillende bij de vennootschap en haar onderneming betrokken deelbelangen. Omdat de BV een verlengstuk is van de aandeelhouders, zou er volgens OK daarom geen sprake kunnen zijn van een zelfstandig eigen belang van continuïteit van de vennootschap.[272] Assink sluit zich aan bij de HR, die stelt dat het bij het vennootschappelijk belang, allereest gaat om de ondernemende vennootschap als een goedlopende en goed renderende onderneming.[273] Het nastreven van het bestendige succes en continuïteit moet dus als 'hoofddoel' gezien worden voor zowel de BV als de bestolen verhouding, welke in paragraaf 3.2.2. van de scriptie besproken zal worden. Het nastreven van het bestendige succes van de onderneming komt ook terug in het *efficiency* belang van het goed functioneren. Timmerman noemt *efficiency* als een verbindingsmogelijkheid tussen het shareholdersmodel, waarin de bestuurders als agents van de aandeelhouders functioneren – en de stakeholdersvisie, waarin bestuurders ruimere verplichtingen hebben dan het nastreven van aandeelhouderswinst.[274]

Op basis van respectievelijk artikel 2:239 lid 4, 2:239 lid 5 en 2:250 lid 2 BW dienen de bestuurders en de RvC zich in de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Enkel het nastreven van het bestendige succes en de continuïteit van de onderneming is dus klaarblijkelijk onvoldoende en wordt dus gelimiteerd.[275] Het bestuur en de RvC moeten dus een belangenafweging maken in de bedrijfsvoering. Het is van belang dat deze afweging ten allen tijden plaatsvindt. Zelfs indien de aandeelhouders statutaire instructiebevoegdheden hebben, kan het bestuur deze instructie

[269] Kamerstukken I 2011/12, 31058, E, p. 15
[270] Kamerstukken I 2011/12, 31058, E, p. 18.
[271] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.
[272] Onderzoeksverslag OK, 8 april 2011.
[273] Assink (2009). *Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur – Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2009*. Deventer: Kluwer 2009. p. 60-61.
[274] L. Timmerman (2012). *Verbindend vennootschapsrecht, variatie op een thema*. Deventer: Kluwer 2012. p. 511-513.
[275] Assink (2009). *Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur – Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2009*. Deventer: Kluwer 2009. nr. 55 e.v.

niet zomaar volgen; het dient nog steeds een autonome belangenafweging te maken.[276] Indien de aandeelhoudersinstructie in strijd is met het vennootschappelijk belang, of met (zwaar wegende) belangen van betrokkenen, dient het bestuur de instructie te overrulen.[277] Dit betekent dus indien het opvolgen van de strategie en het beleid, gesteld door de aandeelhouders, in strijd is met het vennootschappelijk belang dan mag het bestuur de instructies van de aandeelhouders negeren. Het bestuur zit in een moeilijke positie: volgen zij de instructie op en valt deze slecht uit, riskeren zij aansprakelijkheid jegens de vennootschap, van wege onbehoorlijke vervulling van de bestuurstaak,[278] terwijl het bestuur (vaak) ontslagen wordt indien zij de instructie niet opvolgen.[279]

Het vennootschappelijk belang is daarom een correctiemechanisme, maar ontneemt de aandeelhouders *niet* de mogelijkheid om de strategie en het beleid van de BV te bepalen en concrete instructies te geven gebaseerd op strategie en beleid. Om de instructie te overrulen, moet het bestuur aan kunnen tonen dat de instructies voorzienbaar zullen leiden tot benadeling van stakeholders; zoals minderheidsaandeelhouders, crediteuren of werknemers. Dit betekent echter niet dat het bestuur in een BV geheel autonoom is in het bepalen van het strategische of financiële beleid, wanneer samenwerkende aandeelhouders daartoe in staat zijn en dat ook als kader voor het bestuur geformuleerd hebben.[280]

Bestuurders worden daarnaast gelimiteerd in het nastreven van eigen belangen. De bestuurder wordt geacht om zijn eigen belang(en) achter te stellen in het belang van de vennootschap. Indien de situatie zich voordoet dat de bestuurder een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat *tegenstrijdig* is met het vennootschappelijk belang, neemt de bestuurder niet deel aan de beraadslaging en besluitvoering waarin dat persoonlijke belang een rol speelt.[281] Denk hier bijvoorbeeld aan een situatie waarin de bestuurder van vennootschap A, tevens aandelen houdt in vennootschap B dat vennootschap A wil overnemen.

Deze belangen van betrokkenen, die door het bestuur en de RvC in het oog gehouden dienen te worden tijdens de bedrijfsvoering, kunnen het vennootschappelijk belang 'inkleuren', maar dan vooral voor zover deze van invloed zijn op het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming.[282] Wanneer een belangenconflict zich voordoet, is het de vraag in hoeverre dergelijke belangen overwicht kunnen hebben en zo het

---

[276] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 56;
Olaerts (2012). *De beperkte bestuurder*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-2. p. 46.

[277] Artikel 2:239 lid 4 BW.

[278] Artikel 2:9 BW.

[279] Olaerts (2012). *De beperkte bestuurder*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-2. p. 46.

[280] T.A. Keijzer (2016), *De aandeelhoudersovereenkomst in het licht van art. 2:190 BW*, WPNR: 147/7104, april 2016. p. 2-3.

[281] Artikel 2:239 lid 6 BW.

[282] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 62.

vennootschappelijk belang kunnen bijstellen.[283] Bij onderling conflicterende belangen, moeten deze tegen elkaar moeten worden afgewogen.[284] Op deze manier kan het vennootschappelijk belang dus achtergesteld worden; de vennootschap is dus vrij het doel te stellen, maar wordt hierin wel geremd op het moment dat zijn bedrijfsvoering andere onredelijk raakt, wat aansluit bij het '*swinging arms*'-metafoor van Justice Ginsburg.[285]

In Nederland, waar het stakeholdersmodel van toepassing is, wordt de vennootschap gezien als een instituut met een eigen vennootschappelijk belang, waarvan de invulling bepaald wordt door het bevorderen van het bestendige succes en continuïteit van de onderneming.[286] De vennootschap heeft dus een eigen, op zichzelf staand belang, wat *niet* overeen hoeft te komen met het belang van de bestuurders. Het belang van de aandeelhouders moet voorop gesteld worden. Daarnaast dienen bestuurders ook rekening te houden met andere belangen dan het aandeelhoudersbelang bij hun bedrijfsvoering. Hierbij moet het bestuur wel bekijken of deze andere belangen het vennootschappelijke belang en het bestendige succes van de onderneming dienen.

In the annotatie van *ABN Amro/VEB* geeft Grapperhaus aan dat het bevoegdheidsterrein voor bestuur en RvC ten opzichte van aandeelhouders bij cruciale beleidsbeslissingen door onder andere het in Nederland heersende stakeholdersmodel wordt bepaald. In het Nederlandse vennootschapsrecht dient het bestuur (en RvC) bij het bepalen van het beleid zich te richten naar het vennootschappelijk belang, waarbij het bestuur gehouden is de belangen van alle 'stakeholders' in de vennootschap in de besluitvorming te betrekken.[287] Een belangrijke kanttekening is wel dat het in *ABN Amro/VEB* om beursgenoteerde vennootschappen ging.

De wetgever gaat in de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel Vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht uit 2006/2007 in op het stakeholdersmodel:[288]

> "*Het belang van de vennootschap vereist dat in de besluitvorming tevens de belangen van andere partijen die bij de vennootschap zijn betrokken worden meegewogen, zoals werknemers, afnemers en leveranciers. Ook in het herziene bv-recht blijft het belang van de vennootschap onverminderd gelden. Wel zal de grotere flexibiliteit die de wet gaat bieden aan de oprichters en aandeelhouders de invulling van dit begrip kleuren. Bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders zal het vennootschappelijk belang dichter liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen.*"

---

[283] Verdam (2013). *Het vennootschappelijk belang: méér dan "enlightened shareholder value"*. Ondernemingsrecht 2013/18, afl. 3. p. 2.

[284] Verdam (2013). *Het vennootschappelijk belang: méér dan "enlightened shareholder value"*. Ondernemingsrecht 2013/18, afl. 3. p. 9-10.

[285] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 8.

[286] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1;
Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 63-64.

[287] HR 13 juli 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972 (*ABN Ambro/VEB*), m.nt. F.B.J. Grapperhaus, r.o. 3.

[288] Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 3.

Hierin wordt dus duidelijk door de wetgever onderstreept dat het vennootschappelijk belang *vereist* dat in de besluitvorming ook de belangen van andere partijen die bij de vennootschap zijn betrokken worden meegewogen. Op het gebied van beursgenoteerde vennootschappen zijn er in de literatuur echter wel academici die pleiten voor het Engelse *Englightened Shareholder Value*- model, zoals beschreven in paragraaf 3.2.1.1. van de scriptie.[289] De reden hiervoor zijn de *ABN Amro/VEB* en *ASMI* uitspraken waarin meer de nadruk is komen te liggen op het aandeelhoudersbelang.[290] Zoals eerder aangegeven wordt in dit Engelse model het aandeelhoudersbelang als uitgangspunt gezien, wat echter niet betekent dat dit ook daadwerkelijk altijd de doorslag geeft.[291]

Een uitspraak van de OK die het stakeholdersmodel voor de BV een steun in de rug geeft, is HR *Trial*.[292] In *Trial* bestond er onenigheid tussen enerzijds Roubos – de houder van 51% van de aandelen in Trial B.V. en enig bestuurder – en anderzijds Managing Good Consultants B.V. ("MGC") – houder van de overige aandelen Trial B.V.[293] De onenigheid tussen de twee partijen ging over de uitoefening van een optierecht tot de (terug)koop van de aandelen gehouden door MGC.[294] Roubos was van mening dat MGC plannen had zijn aandelen te verkopen aan een derde en Roubos niet de mogelijkheid zou geven tot het instellen van zijn optierecht. Om deze reden heeft Roubos beschermingsmaatregelen genomen, wat uitmondde in het onderbrengen van beide dochtervennootschappen van Trial B.V. met alle assets, in een door Roubos beheerste vennootschap met de naam Pensioen. MGC was van mening dat er sprake was van wanbeleid, waar de OK het volgende op zei:[295]

> "*[…] het te billijken [is] dat Trial […] er bij haar handelen van uit ging dat het toetreden van een nieuwe aandeelhouder waarschijnlijk in strijd zou zijn met het vennootschappelijke belang van Trial en dat MGC haar aandeelhoudersbelang boven het vennootschappelijke belang van Trial stelde. Roubos heeft aldus met de (middellijke) verkoop door Trial van [de dochtervennootschappen] aan [de] door hem beheerste [vennootschap] een – geoorloofde – (beschermings)maatregel getroffen tegen een dreigende inmenging van een nieuwe onwelgevallige aandeelhouder, teneinde de continuïteit van de onderneming en de belangen van de daarbij betrokkenen te waarborgen.*"

Op basis van het door de OK gestelde kan dus worden opgemaakt dat een aandeelhouder niet voorbij mag gaan aan het vennootschappelijk belang, zelfs niet als het aandeelhoudersbelang hierdoor in het gedrang komt. Het ging hier echter wel om een vennootschap met een meerderheidsaandeelhouder. Schrama stelt in zijn bijdrage op basis hiervan de volgende vraag: "Geven dergelijke omstandigheden aanleiding tot een verplichting voor aandeelhouders om hun handelen aan het vennootschappelijk belang te toetsen?"[296] Schrama is van mening dat dit het geval is. Schrama onderbouwt dit door de Memorie van Toelichting

[289] Timmerman (2009). *Grondslagen van het ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht*. 2009/1.
[290] HR 13 juli 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972 (*ABN Ambro/VEB*), m.nt. F.B.J. Grapperhaus, r.o. 4.5; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, *NJ* 2010/544 (*ASMI*), r.o. 4.4.1.
[291] Schrama (2012). *Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang*. V&O 2012, nummer 6. p. 102.
[292] HR 23 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3736 (*Trial*).
[293] HR 23 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3736 (*Trial*), r.o. 2.2.
[294] HR 23 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3736 (*Trial*), r.o. 2.3.
[295] HR 23 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3736 (*Trial*), r.o. 3.3.
[296] Schrama (2012). *Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang*. V&O 2012, nummer 6. p. 105.

over het Wetsvoorstel Vereenvoudiging en Flexibilisering bv-recht.[297] Hierin wordt het door de wetgever expliciet mogelijk gemaakt dat statutair een concrete instructiebevoegdheid voor aandeelhouders wordt gecreëerd en verbindt daaraan als grens het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming:[298]

> "*Het bestuur is gehouden om de aanwijzingen op te volgen, tenzij dat in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur mag derhalve de instructies van een ander orgaan niet slaafs navolgen, maar dient een zelfstandige belangen- afweging uit te voeren. In concernverhoudingen betekent dit dat het bestuur van de dochter de instructies van de moeder als aandeelhouder dient te toetsen aan het belang van de dochtervennootschap.*"

Schrama is van mening dat naast het feit dat het bestuur in geval van strijd met het vennootschappelijk belang de instructies van de aandeelhouder naast zich neer moet kunnen leggen, wat dus in de lijn van *Cancun* ligt, het ook een normerende werking heeft ten opzichte van de aandeelhouders.[299] Indien een aandeelhouder via een instructiebevoegdheid de strategie van de vennootschap kan bepalen, is dat dus een aanwijzing dat het aandeelhouders handelen aan het vennootschappelijk belang getoetst moet worden, aldus Schrama. De aandeelhouders zullen echter niet blij zijn indien het bestuur hun instructies gaat testen aan het vennootschappelijk belang en deze uiteindelijk niet opvolgt. In het geval van het niet opvolgen van de instructie zal dit vaak eindigen in ontslag van de bestuurder(s). De bestuurder heeft in een dergelijk geval wel de mogelijkheid om de vennootschap op basis van bijvoorbeeld een onrechtmatige daad aan te klagen.[300]

Bij de belangenafweging kan aan de langere-termijn-aandeelhouderswaarde een zwaarder gewicht toegekend worden, dit heeft echter geen doorslaggevend karakter zoals in het shareholdersmodel.[301] Het aandeelhoudersbelang zal vooral zwaarder wegen indien het een vennootschap is met een klein groepje aandeelhouders, hier wordt in paragraaf 3.2.2. verder op in gegaan. Volgens Verdam komt dit doordat de investering van aandeelhouders niet via bijvoorbeeld de contractuele weg beschermd wordt, zoals wel het geval is bij werknemers en crediteuren.[302] De contractuele bescherming is natuurlijk wel aanwezig indien er een aandeelhouderscontract opgesteld is; wat gezien de aard van dergelijke contracten alleen ten aanzien van degenen die bij de overeenkomst partij zijn, werken.[303] Indien een bestuurder en/of RvC besluit om een bepaald belang zwaarder te laten wegen, worden zij gedwongen een uitleg te geven, wat volgens Timmerman een voordeel is.[304] Het dwingt de bestuurders en RvC tot zwaardere motivering, die niet alleen geldt op het moment dat zij

[297] Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 90.
[298] Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 90.
[299] Schrama (2012). *Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang*. V&O 2012, nummer 6. p. 105.
[300] Artikel 6:162.
[301] Timmerman (2009). *Grondslagen van het ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht*. 2009/1. p. 5.
[302] Verdam (2013). *Het vennootschappelijk belang: méér dan "enlightened shareholder value"*. Ondernemingsrecht 2013/18, afl. 3. p. 9.
[303] T.A. Keijzer (2016), *De aandeelhoudersovereenkomst in het licht van art. 2:190 BW*, WPNR: 147/7104, april 2016. p. 2-3.
[304] Timmerman (2009). *Grondslagen van het ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht*. 2009/1. p. 5.

verantwoording af moeten leggen, maar ook op het moment dat het besluit genomen wordt zal het helpen om tot een verantwoorde afweging te komen.[305]

Het vennootschappelijk belang moet dus als een zelfstandige norm gezien worden, waarop vervolgens een eventuele correctie plaatsvindt aan de hand van de zorgplichten. Bulten spreekt over de 'inkleuring van het vennootschappelijk belang' en de daaropvolgende 'afbakening'.[306] Olaerts noemt de samenvoeging van deze twee stappen 'inkleuring van de bestuurlijke besluitvorming'.[307] Van der Sangen stelt echter een belangrijke vraag: wie bepaalt welke belangen door het bestuur in zijn beslissingen moeten worden overwogen.[308] Het is duidelijk dat indien het gaat om afdwingbare wettelijke verplichtingen het bestuur verplicht is zich hieraan te houden. Indien het gaat om algemenere uitgangspunten, dan kan het volgens van der Sangen getuigen van goed ondernemerschap om hier rekening mee te houden.[309] Het kan ook zo zijn dat in de belangenafweging de vennootschap verplicht is om maatschappelijke deelbelangen mee te nemen in de beslissing.[310] Van een dergelijke 'vermaatschappelijking' van een onderneming, wat verder besproken wordt in paragraaf 3.3 van de scriptie, valt te spreken indien maatschappelijke belangen worden opgenomen in het vennootschappelijk belang. Van der Sangen is echter van mening dat deze maatschappelijke functie van de onderneming niet té ver doorgetrokken mag worden, omdat dit een remmende werking kan hebben op het ontstaan van efficiënte organisatievormen.[311]

3.2.2. DE PERSOONSGEBONDEN SAMENWERKINGS-BV

3.2.2.1. WAT IS EEN PERSOONSGEBONDEN SAMENWERKINGS-BV?

Het is belangrijk om te benadrukken dat een persoonsgebonden samenwerkings-BV en een besloten *vennootschap* niet altijd hetzelfde zijn. Een BV kan onder de categorie persoonsgebonden samenwerkings-BV vallen, indien het om een BV gaat met een kleine groep samenwerkende aandeelhouders, maar een BV is dus niet altijd een persoonsgebonden samenwerkings-BV. Daarnaast vallen onder de persoonsgebonden samenwerkings-BV, de familievennootschap (de gebruikte ondernemingsvorm in *Hobby Lobby*) en de joint venture (de gebruikte ondernemingsvorm in HR *Cancun*) en de quasi-vof BV en de dochter-BV.

Een persoonsgebonden samenwerkings-BV brengt met zich mee dat de partnerpositie niet *zonder* instemming van de andere partner(s) kan worden overgedragen aan een derde

---

[305] Verdam (2013). *Het vennootschappelijk belang: méér dan "enlightened shareholder value"*. Ondernemingsrecht 2013/18, afl. 3. p. 9-10.

[306] Bulten (2014). *De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid*. Ondernemingsrecht 2014/94. Afl. 10/11. p. 1-3, 6-7, 9.

[307] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 61.

[308] Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 17.

[309] Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 17.

[310] Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 17.

[311] Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 20.

partij. Volgens van der Sangen zou dit namelijk in strijd zijn met de '*intuiti personae*'-gedachte.[312] De overdracht van het aandeel van de partner aan derde in de persoonsgebonden samenwerkings-BV kan dus niet vrijelijk, buiten de andere aandeelhouders om, plaatsvinden. De persoonsgebonden samenwerkings-BV wordt ook gekenmerkt door de zogenoemde 'fraternitas'-norm.[313] Dit betekent dat de partijen, de samenwerkende partners, op voet van gelijkwaardigheid samen dienen te werken en zich moeten inzetten in het bewerkstelligen van het gemeenschappelijke doel van de onderneming.[314] De samenwerking wordt ondergebracht en uitgewerkt in een samenwerkingsovereenkomst, ook wel een aandeelhoudersovereenkomst genoemd. Deze samenwerkingsovereenkomst, de contractuele basis voor de joint venture, is in een drietal artikelen terug te vinden in de wet. Deze artikelen spreken van 'een vennootschap waarin voor tenminste de helft van het geplaatste kapitaal *volgens een onderlinge regeling tot samenwerking* wordt deelgenomen door twee of meer [natuurlijke of] rechtspersonen'.[315] Volgens Raaijmakers is het bestaan van deze samenwerkingsovereenkomst 'wezenlijk voor het bestaan van een joint venture'.[316] Indien een dergelijke overeenkomst zou ontbreken zouden de aandeelhouders ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de gehele onderneming geen permanente en rechtens afdwingbare afspraken hebben waarop zij een beroep kunnen doen. De wet, statuten en goede trouw zouden niet voldoende zijn om onderling gemaakte afspraken tussen aandeelhouders dwingend op te leggen.[317]

In de samenwerkingsovereenkomst wordt de *scope* van de samenwerking, strategie en beleid uitgezet door de samenwerkende partners.[318] Uit de samenwerkingsovereenkomst vloeien verschillende actieve en passieve verplichtingen voort. Men moet zijn vermogensrechtelijke inbreng nakomen en moet gedurende de samenwerking alles doen wat de gezamenlijke onderneming tot een succes kan brengen. Daarnaast moet men afzien van handelingen die (eventuele) nadelige gevolgen kunnen hebben voor de gezamenlijke onderneming. Daarnaast wordt de persoonsgebonden samenwerkings-BV sterk beïnvloed door de redelijkheid en billijkheid.[319] Ook beperkt de aard van de samenwerking en de

[312] Van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42. p. 4-5.
[313] Van der Sangen (2003). *Ontbinding en vereffening bij persoonsgebonden ondernemingsvormen*. In Raaijmakers, & Sangen (2003). *Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen. Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van Titel 7.13 BW*. (CCL-reeks). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003. p. 106.
[314] Van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42. p. 6-7.
[315] Artikel 2:262 lid 3 onder d BW, artikel 2:265 lid 1 onder b BW en artikel 2:265a lid 1 onder a BW.
[316] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. Deventer: Kluwer. p. 66-67.
[317] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. Deventer: Kluwer. p. 66-67.
[318] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463.
[319] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. Deventer: Kluwer. p. 121-122, 135 en 146.

samenwerkingsovereenkomst tussen partijen, de mate waarin eigen inzichten nagestreefd kunnen worden in bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering.[320]

Het is vervolgens nuttig om specifiek te kijken naar een joint venture, omdat dit de ondernemingsvorm is die gebruikt werd in HR *Cancun*. Een joint venture is een samenwerkingsvorm tussen economische subjecten.[321] Deze samenwerking kan in verschillende rechtsvormen plaatsvinden, maar vaak wordt de samenwerking ondergebracht in een BV, we spreken dan van een persoonsgebonden samenwerkings-BV.[322]
Een joint venture wordt in de regel aangegaan door ondernemers of ondernemingen die een gemeenschappelijk doel voor ogen hebben en besluiten samen te werken om dit doel na te streven.[323] Van belang is dat de wil en de bereidheid tot samenwerking aanwezig is bij alle samenwerkende partners betrokken bij het project, dit om mogelijke *conflicting interests* nog voor de start van de samenwerking (zo veel mogelijk) weg te strijken.[324]
Zoals reeds in paragraaf 2.2.1 van de scriptie benoemd, gaat HR *Cancun* specifiek in op de joint venture verhouding:[325]

> *"*[…] *Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. In geval van een joint venture -vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. De aard en inhoud van het samenwerkingsverband in een joint venture […] kunnen meebrengen dat (ook) het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders; […] Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken […]Elke bestuurder is gehouden om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken"*

In *Hobby Lobby* wordt de '*closely held corporation*' als een erg breed begrip gezien. Naast het feit dat *Hobby Lobby* een fundamentele inbreuk op de rechten van de vrouw maakt en rechtspersonen waarschijnlijk een te brede claim geven om een beroep te doen op de vrijheid van godsdienst, maakt de Court volgens verscheidene academica nog een denkfout.[326]

---

[320] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 148; Van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42. p. 6-7.
[321] Van Hilten (1968). *Joint Ventures: enkele facetten van de Joint Business Venture*. Diss. Tilburg 1968. p. 1 en 59.
[322] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 1-2.
[323] De Vries, Nijnens & Gerretsen (2013). *Joint ventures: praktische aspecten in vogelvlucht*. Onderneming en Financiering 2013 (21) 3. p. 5.
[324] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 5.
[325] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1- 4.2.3.
[326] Zie onder andere: Brainbridge (2014). *What is a "close corporation" for purposes of the new Hobby Lobby rule*. [online] ProfessorBainbridge.com.

Volgens velen gaat de Court er te snel aan voorbij wat nu precies een 'closely held corporation' is. De Court laat na om een vergelijking per staat te maken en jurisprudentie erbij te pakken, om de daadwerkelijke definitie van een 'closely held corporation' te achterhalen. In Alito's *Majority Opinion* wordt nergens een definitie van een 'closely held corporation' beschreven. Als er alleen al gekeken wordt naar het deel van de definitie dat voorschrijft hoeveel aandeelhouders een 'closely held corporation' mag hebben in bijvoorbeeld de staten Minnesota en Delaware, dan is te zien dat Minnesota onder een 'closely held corporation' een corporation verstaat welke *niet* meer dan 35 aandeelhouders heeft,[327] waar Delaware de grens bij 30 aandeelhouders legt.[328] Terwijl de Model Statutory Close Corporation Supplement, waar 25 staten hun Corporate Act (en dus de 'closely held corporation' definitie) op hebben gebaseerd,[329] voorschrijft dat een dergelijke corporation niet meer dan 50 aandeelhouders mag hebben.[330] Hieruit valt dus al op te maken dat de definitie van een dergelijke corporation sterk uiteen loopt.

Een belangrijk punt wat de "startling breadth" van *Hobby Lobby* bevestigt, zoals benoemd door Justice Ginsburg,[331] is het feit dat een corporatie een 'close corporation' voor de strekking van de RFRA kan zijn, zonder dat het een 'statutory close corporation' is.[332] Dit bekent dus dat een onderneming zich ook zal kunnen beroepen op *Hobby Lobby* indien het niet voldoet aan de wettelijke voorwaarden, maar in de praktijk lijkt op een 'closely held corporation'. Hierdoor zullen in de praktijk nog meer bedrijven zich kunnen beroepen op hun religieuze vrijheid.

3.2.2.2. HOE EN DOOR WIE WORDT HET VENNOOTSCHAPPELIJK BELANG BEPAALD?

Voor de persoonsgebonden samenwerkings-BV gelden dezelfde wettelijke voorschriften omtrent het belang van de vennootschap. De bestuurders en de RvC (indien deze aanwezig is) moeten zich bij de uitoefening van hun taak richten naar het belang van de vennootschap, op basis van artikel 2:239 lid 5 BW en 2:250 lid 2 BW. Het is echter de vraag wie dit vennootschappelijk belang mag vaststellen. Het werk van Raaijmakers is in de gehele scriptie van groot belang, maar in dit deel van de scriptie zal het extra worden benadrukt. Dit doordat Raaijmakers, ver voordat de HR kwam met zijn *Cancun* uitspraak, een theorie voor de

---

http://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2014/07/what-is-a-close-corporation-for-purposes-of-the-new-hobby-lobby-rule.html [Bekeken 1 Sep. 2016].
Loewentheil (2014). *Gender & Sexuality Law Blog » Blog Archive » The Problem With The Notion Of "Closely-Held Corporations" In Hobby Lobby*. [online] Blogs.law.columbia.edu.
http://blogs.law.columbia.edu/genderandsexualitylawblog/2014/10/24/the-problem-with-the-notion-of-closely-held-corporations-in-hobby-lobby/ [Bekeken 1 Sep. 2016].

[327] Minnesota §302A.011(6a) (Minnesota Business Corporation Act).

[328] Delaware §342(a)(1) (Delaware Statute on Corporations, 1996).

[329] ProfessorBainbridge.com. (2013). *A Map of Model Business Corporation Act States*. [online] http://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2013/11/a-map-of-model-business-corporation-act-states.html [Bekeken 14 Sep. 2016].

[330] Model Statutory Close Corporation Supplement, 26 juni 1982, Section 3(b).

[331] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 1.

[332] *Nixon v. Blackwell*, 626 A.2d 1366, Supreme Court of Delaware 1993.

persoonsgebonden samenwerkings-BV ontwikkeld heeft op het gebied van *corporate social responsibility*.

Indien de partners besluiten om hun samenwerkingsafspraken in een BV onder te brengen, waardoor de eerder genoemde persoonsgebonden samenwerkings-BV ontstaat, dan kan dit gevolgen hebben voor de doorwerking in de interne vennootschapsrechtelijke organisatie van de BV over de neergelegde afspraken. In situaties waar de aandeelhouders in een persoonsgebonden samenwerkings-BV sterk betrokken zijn bij de uit te voeren activiteiten, zullen zij afspraken willen maken in het geval van specifieke omstandigheden; dit wordt in het algemeen gedaan in de aandeelhoudersovereenkomst.[333]

Het is de taak van het bestuur om haar taken te vervullen en zich hierbij te richten naar het belang van de vennootschap.[334] Ook al is het zo dat het bestuur een zelfstandige positie inneemt, wat niet wil zeggen dat het bestuur het eigen beleid opstelt en voert.[335] Zoals aangegeven in paragraaf 3.2.1.2 van de scriptie, geeft de HR in *Cancun* aan dat indien de partners gelijk zijn op basis van de samenwerkingsovereenkomst, dit met zich mee brengt dat het vennootschapsbelang gebaat is bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de partners.[336] Zoals in OK *Cancun* te zien is, verwijt de OK het bestuur dat door zijn passieve houding het bestuur de controle over de onderneming verliest. Door de onevenwichtige verhouding die ontstaan is tussen partners, kan het bestuur op deze manier onvoldoende een zelfstandige positie innemen.[337] Volgens het onderzoeksverslag van de OK heeft het bestuur 'onaanvaardbaar' en in strijd met 'elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap' gehandeld, door hun passieve houding in het conflict tussen de gelijke partners.[338] Het is daarom van uiterst belang dat bestuurders ten alle tijden een zelfstandige positie (ten opzichte van de aandeelhouders/ partners) houden en zo met het oog op het vennootschappelijk belang hun ondernemen invullen.

Het zijn echter de partners die de samenwerking aangaan die het beleid opstellen en dit vervolgens opdragen aan het bestuur. Raaijmakers in zijn dissertatie over Joint Ventures, brengt in kaart dat het de samenwerkingsovereenkomst is waarop de samenwerking tussen partners gebaseerd is. Op deze overeenkomst zijn de wederzijdse rechten en plichten tussen de partners van de persoonsgebonden samenwerkings-BV gebaseerd. In deze overeenkomst worden onder andere het doel en werkterrein, de inbrengingsverplichting, geschillenregeling en stemafspraken geregeld voor de persoonsgebonden samenwerkings-BV. [339] In een persoonsgebonden samenwerkings-BV is er sprake van controlerende aandeelhouders die op basis van een aandeelhoudersovereenkomst het strategische en financiële beleid vast leggen

[333] Wuisman (2015). *Aandeelhoudersovereenkomsten bij de persoonsgebonden BV als samenwerkingsverband*. BW-Krant Jaarboek, Volume 29. p. 256.
[334] Artikel 2:9 BW en 2:239 lid 5 BW.
[335] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 142.
[336] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.
[337] Onderzoeksverslag OK, 8 april 2011, r.o. 3.20.1.
[338] Onderzoeksverslag OK, 8 april 2011, r.o. 3.27, 3.41 en 3.44.
[339] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 11-12.

en dit opdragen aan het bestuur.[340] Het is dus de samenwerkingsovereenkomst die het vennootschappelijk belang uiteenzet, welke vervolgens opgedragen wordt aan het bestuur, die het belang implementeren in de dagelijkse bedrijfsvoering.[341]

Raaijmakers geeft het samenstellen van het vennootschappelijk belang als volgt weer: indien er minder belangen betrokken zijn bij de vennootschap, wordt de kans groter dat het vennootschappelijk belang de kleur krijgt van de belangen van de betrokkene.[342] Al wat het vennootschappelijk belang vormt is het resultaat van afwegingen van de belangen van alle partijen betrokken bij de onderneming, aldus Raaijmakers.[343] Hier komt het stakeholdersmodel dat in Nederland van toepassing is, dus duidelijk bovendrijven. Raaijmakers haalt daarbij aan dat de belangen van de partners doorslaggevend zijn in de afweging van de stakeholders belangen; wat logisch is, omdat de persoonsgebonden samenwerkings-BV enkel en alleen is opgezet voor de bewerkstelliging van het gemeenschappelijk doel van de partners.[344] Van Grinten gaat echter nog een stap verder, hij ziet het vennootschappelijk belang niet als een eigen en te onderscheiden belang maar als het resultaat van een afweging van belangen van stakeholders.[345] Raaijmakers' opinie komt ook naar voren in de Kamerstukken bij de flexibilisering van de BV:[346]

> "[…] *bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders* […] *het vennootschappelijk belang dichter liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen.*"

Volgens Bulten gaat het naast het aantal aandeelhouders, tevens over de omvang van de aan de vennootschap verbonden onderneming en de belangen die bij de onderneming betrokken zijn.[347] Dit is dus een extra bevestiging dat *Hobby Lobby* in Nederland naar alle waarschijnlijkheid niet zal kunnen plaatsvinden. Waar de Court in *Hobby Lobby* aanneemt dat

---

[340] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 11-12.
Van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42. p. 2-3, 8.

[341] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 142-143.

[342] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 143-144;
Assink (2015). *Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie. 2015, 7048. p. 3.

[343] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 144.

[344] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 144.

[345] Van der Heijden & Van der Grinten (1992). H*andboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*. Zwolle: Tjeenk Willink 1992, nr. 231.

[346] Kamerstukken II 2006/07, 31058, p. 3.

[347] Bulten (2014). *De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid*. Ondernemingsrecht 2014/94. Afl. 10/11. p. 2.

Hobby Lobby met haar 13,000 werknemers en 500+ vestigingen een 'closely held corporation' is, zal dit in Nederland niet opgaan.[348]

Op basis van de publicatie van Raaijmakers over Joint Ventures uit 1976 valt bij dit Kamerstuk echter een kanttekening te plaatsen. De verwoording van het Kamerstuk creëert het beeld dat indien het om een kleine vennootschap gaat, er geen maatschappelijk belang(en) zou(den) zijn. In zijn betoog gaat hij in op de joint venture en zijn maatschappelijk belang, maar dit zal door te trekken zijn naar andere BV's. Raaijmakers haalt aan dat de joint venture, ook al heeft het een contractueel karakter, het niet zo is dat het louter een partij verbindende rechtsverhouding is. De joint venture, de grootte hiervan onbelangrijk, neemt deel aan het sociaal-maatschappelijke verkeer en het zal zich daarom dan ook naar buiten moeten presenteren dat het met een zekere mate van duurzaamheid functioneert. Een dergelijke organisatie moet beschouwd worden als een instituut, waarbij behalve partners ook andere partijen betrokken zijn, aldus Raaijmakers.[349] Het is dus van belang om in gedachte te houden dat elke vennootschap, ongeacht de grootte, maatschappelijke belangen in het oog moet houden in zijn bedrijfs- en besluitvoering.

Volgens Van der Sangen bestaat er een spanning tussen hetgeen de samenwerkende partners met het oog op de samenwerking afspreken enerzijds en de reeds in Boek 2 BW neergelegde dwingendrechtelijke regeling van de BV, die niet lijkt te zijn ingericht voor samenwerkende ondernemers/aandeelhouders anderzijds.[350] Daarnaast zijn er slechts beperkte mogelijkheden om van de wettelijke regeling af te wijken, doordat de regels omtrent het rechtspersonenrecht dwingend recht zijn.[351] Indien de partners dus besluiten om de samenwerking onder te brengen in een BV, ontstaat er een complexe mix van contractuele en vennootschapsrechtelijke betrekkingen tegenover de rechtspersonenrechtelijke lidmaatschapsverhouding op basis van Boek 2 BV.[352] Het is hier belangrijk om te onthouden dat de samenwerkende partners ook aandeelhouders van de BV zijn, die het strategische en financiële kader van de BV creëren en via instructies opleggen aan het bestuur.[353]

Zoals hierboven in paragraaf 3.2.1.1. benoemd wordt het shareholdersmodel door *Hobby Lobby* bevestigd. In de uitspraak werd de onderneming niet gezien als een op zichzelf staand instituut, maar als het verlengstuk van de samenwerkende aandeelhouders. Hierdoor kreeg de bescherming van de (religieuze) belangen van de aandeelhouders dan ook voorrang ten koste van de belangen van de werknemers.[354] Op basis van *Hobby Lobby* kan dus gezegd

---

[348] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 13.

[349] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 144-145.

[350] Van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42. p. 1.

[351] Artikel 2:25 BW.

[352] Van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42. p. 2.

[353] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.

[354] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Majority Opinion;

worden dat in Amerika, over het algemeen, de aandeelhouders in belangrijke mate aan het roer staan van een besloten vennootschappelijk verband. In *Hobby Lobby* was het de religie van de aandeelhouders die de koers van Hobby Lobby, de vennootschap zelf, uitstippelde en haar werknemers (dus geoorloofd) in haar rechten limiteerde. Het shareholdersmodel ziet het vennootschap dus als instrument in handen van de aandeelhouders, waarbij de aandeelhouders deze ondernemingsvorm kunnen gebruiken ter bewerkstelliging van hun samenwerkingsverband. Zoals te zien in paragraaf 3.2.1.1. van de scriptie, moet het shareholdersmodel wel iets genuanceerd worden, door de ontwikkelingen van de laatste jaren waar de modellen naar elkaar toe gegroeid zijn. Maar hoe zit dit bij een persoonsgebonden samenwerkings-BV?

In HR *Cancun* wordt het stakeholdersmodel bevestigd voor de persoonsgebonden samenwerkings-BV. De HR geeft aan dat het aandeelhoudersbelang in uiterste gevallen opzij gezet kan worden door bestuurders (en of RvC). Indien de joint venture leidt onder de onderlinge ruzie van de aandeelhouders en hiermee de rechtspositie van de partners in het nauw komt, zal het bestuur corrigerend op moeten treden.[355] Het optreden van het bestuur in het aandeelhouders beleid wordt door de HR dus als een uitzondering gezien. De HR benadrukt het belang van het maken van een eigen zelfstandige belangenafweging, welke verantwoordelijkheid bij de bestuurders rust en dat zo de invloed van de dominante aandeelhouders beperkt wordt.[356] Hiermee wordt dus bevestigd dat het bestuur van een persoonsgebonden samenwerkings-BV welke aangesproken wordt op het ten onrechte opvolgen van aandeelhoudersinstructies, zich niet kan beroepen op de stelling dat het belang van een dergelijke vennootschap op voorhand samenvalt met het belang van de aandeelhouder(s).[357]

Is de uitwerking van stakeholdersmodel in *Cancun* echter wel een werkbaar uitgangspunt? Vooral Raaijmakers ziet veel beren op de weg gecreëerd door de HR in *Cancun* op het gebied van bestuurdersingrijpen. Van der Sangen en Assink zijn van mening (/hopen) dat Raaijmakers te veel in de woorden van HR leest.[358]

Zoals reeds aangegeven wordt in HR *Cancun* bevestigd dat het vennootschapsbelang 'in de regel' bepaald wordt door het bevorderen van het 'bestendige succes' van deze onderneming.[359] Een dergelijke persoonsgebonden samenwerkings-BV, net zoals reeds is

---

Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 55.

[355] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.4.3.

[356] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 56-57.

[357] Dorresteijn (2015). *'Cancun', bestuursautonomie en vennootschapsbelang*. p. 38. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[358] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 171;
Van der Sangen (2015). *Redactioneel*. TvOB 2015, a. 1;
Assink (2015). *Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie. 2015, 7048. p. 109.

[359] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.

aangegeven voor de BV, hoeft niet als primair doel het maken van winst te hebben, althans niet op korte termijn.[360] Dit belang wordt volgens de HR, in een joint venture verhouding bepaald door de aard en inhoud van de samenwerkingsovereenkomst – wat door de HR dus gekoppeld wordt aan het vennootschappelijk belang.[361] De aard en inhoud van de samenwerkingsovereenkomst kan continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de verschillende aandeelhouders voorschrijven. Dit kan dus betekenen dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders niet verder mogen veranderen dan naar omstandigheden mogelijk is.[362] Volgens van Veen brengt de HR een verdieping aan in het leerstuk van de vennootschappelijke doorwerking met de koppeling van de aard en inhoud van de samenwerkingsovereenkomst met het vennootschappelijk belang.[363] Als gevolg hiervan voldoet het bestuur en RvC aan het respecteren en bevorderen van de uitvoering van de samenwerkingsafspraken door enkel het in achtnemen van zorgvuldigheidsnormen, aldus van Veen. Door de verwoording van de HR is het namelijk een primaire bestuurstaak om de vennootschap optimaal te laten functioneren om hetgeen waartoe zij is bestemd te laten realiseren. Het bestuur zal zich, om dit te kunnen verwezenlijken, daarom (mede) op de aard en de inhoud van de samenwerkingsafspraken moeten richten.[364]

Daarnaast heeft de HR besloten dat het bestuur, naast het belang van de vennootschap, de belangen van de (gelijkwaardige) partners in het oog moet houden. In *Cancun*, waar gelijkwaardige partners niet op een dergelijke manier behandeld werden, had het bestuur kordaat op moeten treden en de situatie gelijk moeten trekken om het aandeelhouderscontract te honoreren.[365]

Volgens Raaijmakers maakt de HR hier echter twee fouten. Ten eerste gaat de HR te sterk uit van een geconstrueerd eigen belang van de BV. Ten tweede legt de HR te sterk de nadruk op de eigen rol en zelfstandigheid van het bestuur en hun plicht te handelen in het eigen belang van de BV.[366] De HR maakt hier de fundamentele fout om de situatie te bekijken vanuit een bestuur van een beurs-NV en *niet* vanuit een door partners benoemd en ook door deze vervangbare bestuurders in een persoonsgebonden samenwerkings-BV.[367] Een duidelijk voorbeeld van het voor ogen houden van het verkeerde bestuur, is dat de HR voor de uitleg van de bestuursfunctie in de persoonsgebonden samenwerkings-BV, verwijst naar jurisprudentie in het kader van beursgenoteerde vennootschappen met een duidelijke '*separation of ownership from control*' en een autonoom bestuur.[368] Raaijmakers is dan ook

---

[360] Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 16.

[361] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.

[362] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.

[363] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij Joint Ventures na 'Cancun'*. Ondernemingsrecht 2015/88. p. 55-56.

[364] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij Joint Ventures na 'Cancun'*. Ondernemingsrecht 2015/88. p. 55-56.

[365] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.6.2. en 4.7.2.

[366] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463-463.

[367] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463.

[368] In r.o. 4.2.2. (van HR *Cancun*) verwijst de HR naar:

1) HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (*VEB c.s./KLM*);
2) HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (*ASMI*);

van mening dat het stakeholdersmodel bij beursgenoteerde vennootschappen past. Bij een persoonsgebonden samenwerkings-BV met een beperkt aantal aandeelhouders past echter het shareholdersmodel beter, omdat daar het belang van de deelnemende aandeelhouders vooropstaat, wat in de praktijk ook het geval is.[369] Dit sluit ongeveer aan bij wat Maeijer reeds in 1964 aangeeft; hij is van mening dat het vennootschappelijk belang in mindere mate doorwerkt in een kleinere of familievennootschap, omdat daar de rechtspersoonlijkheid van een lager gehalte is.[370]

Volgens de HR kan het bestuur van de persoonsgebonden samenwerkings-BV aangerekend worden dat zij niet kordaat hebben opgetreden op het moment dat duidelijk werd dat de gelijkwaardige partnerschap relatie niet werd nageleefd.[371] Raaijmakers haalt echter het volgende aan, waar ik mij geheel bij aansluit; doordat het geschil in *Cancun* gebaseerd is op de strategie en belang uitgezet door de partners, zal het geschil opgelost worden op basis van het overeengekomen kader van samenwerking.[372] Raaijmakers benadrukt echter dat hij van mening is dat het de partners zijn die het vennootschappelijk belang en strategie opstellen en dit door het bestuur laten uitvoeren. De partners dienen dus stappen te ondernemen om het onderlinge conflict te beslechten, door bijvoorbeeld arbiters in te schakelen. De door de partners aangestelde bestuurders kunnen in arbitrage echter geen rol spelen, omdat deze de macht om partners tot overeenstemming te dwingen nu eenmaal missen.[373] Volgens Raaijmakers kan op basis van de overeengekomen samenwerking niet worden afgeleid dat het bestuur het orgaan is dat moet optreden indien de gelijkwaardigheid van partners wordt aangetast.[374] In zijn annotatie gebruikt Raaijmakers een passende quote en metafoor om zijn ongenoegen met de zaak onder woorden te brengen. '*A joint venture is like a marriage; if you want it to work it will, if you won't it won't*,'[375] maar door *Cancun* vindt Raaijmakers het er op lijken dat het de kinderen (lees de bestuurders) zijn die worden belast met de taak en zorgplicht om de ontwrichting van het huwelijk tussen ouders (lees de partners) in goede banen te leiden, dit op straffe van beschuldiging van ernstige strijd met hun bijzondere zorgplichten als kinderen.[376]Hierin zal verder op ingegaan worden in hoofdstuk 4 van de scriptie.

Daarnaast is het van belang, zoals Timmerman al aangaf, om een onderscheid te maken tussen de onderneming en de rechtsvorm waarin een dergelijke onderneming gedreven wordt.[377] De aandeelhouders krijgen een bepaalde rol binnen het vennootschappelijke verband, terwijl de belangen van andere stakeholders vaak gerelateerd zijn aan de omvang

---

3) HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (*Versatel I*).

[369] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 464.

[370] Maeijer (1964). *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*. Inaugurele rede KU Nijmegen.

[371] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.6.2. en 4.7.2.

[372] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 464.

[373] HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067 m.nt. Doorman (*Inter Access*), r.o. 3.2.

[374] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 464.

[375] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 465; Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 5.

[376] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 465.

[377] Timmerman (2015). *De breedte van het vennootschapsrecht, enkele inleidende opmerkingen*. WPNR 2015/7048, p. 93.

van de onderneming. Het besloten karakter van de vennootschap, afhankelijk van het aantal aandeelhouders, staat los van de omvang van de onderneming. Het is echter niet zo dat, doordat het een persoonsgebonden samenwerkings-BV is, belangen van andere stakeholders nu uit het oog verloren mogen worden.[378] Het uit te zetten beleid en de te nemen besluiten raken namelijk, naast de belangen van degenen die binnen de persoonsgebonden samenwerkings-BV stemrecht hebben, een veel grotere groep buiten deze verhouding. Als er bijvoorbeeld naar *Hobby Lobby* gekeken wordt, dan ging het weliswaar om een kleine groep (religieuze) aandeelhouders, terwijl er 13,000 werknemers werkzaam zijn binnen deze verhouding, zonder stemrecht om invloed uit te kunnen oefenen op het beleid van de onderneming.[379] Het is hier dus de vraag hoe de afweging tussen de belangen gemaakt moet worden en wie hier voor instaat. Zoals Justice Ginsburg het al omschreef, hoe ver mag iemand met haar armen zwaaien, voor zij iemand raakt.[380]

De reeds genoemde samenwerkingsovereenkomst kan gezien worden als aanvulling op de regels van Boek 2 BW en de statuten; waarbij de aandeelhouders de ruimte krijgen om flexibele afspraken te maken over hun samenwerking. In lagere rechtspraak is zelfs besloten dat van de statuten afwijkende provisies in de samenwerkingsovereenkomst geldig kunnen zijn.[381] In feite kunnen de aandeelhouders de BV dus als instrument gebruiken om het beoogde doel van de samenwerking te realiseren, wat aansluit bij de visie van Raaijmakers. De samenwerkingsovereenkomst bindt de partijen echter pas op het moment dat deze ondertekend wordt. Met de introductie van de flex-BV in 2012, is de mogelijkheid meer uitgebreid voor de joint ventures partners om de statuten, en kapitaalstructuur in te richten naar hun wensen.[382] Zo kan in de statuten toekenning van winst- en stemrechten aan individuele aandeelhouders meer op maat worden geregeld.[383] Daarnaast is het met de flex-BV nu ook mogelijk om bestuurders rechtstreeks te laten benoemen door aandeelhouders van een bepaalde categorie aandelen.[384] Ook is de vereiste blokkeringsregeling afgeschaft, waardoor de joint venture partners meer ruimte hebben gekregen om onderling afspraken te maken in de samenwerkingsovereenkomst, zonder dat er een spanning is tussen deze overeenkomst en de statuten.[385] Over het algemeen wordt aangenomen dat voor doorwerking

---

[378] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 57.

[379] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 13.

[380] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 8.

[381] Rb. Middelburg 14 april 1998, JOR 2000/25 (*VenV/Sandieson*).

[382] De Vries, Nijnens & Gerretsen (2013). *Joint ventures: praktische aspecten in vogelvlucht*. Onderneming en Financiering 2013 (21) 3. p. 7;
Rachak (2013). *Het stemrechtloze aandeel: een interessant instrument*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 5, 2013. p. 79.

[383] Artikel 2:228 BW.

[384] Artikel 2:242 lid 1 BW.

[385] De Vries, Nijnens & Gerretsen (2013). *Joint ventures: praktische aspecten in vogelvlucht*. Onderneming en Financiering 2013 (21) 3. p. 7.

van de samenwerkingsovereenkomst, alle aandeelhouders partij moeten zijn bij de overeenkomst.[386]

Van der Sangen is van mening, dat op het moment dat de leden van de algemene vergadering van aandeelhouders dezelfde partijen zijn als de contractspartijen van de samenwerkingsovereenkomst – wat vaak het geval is in een persoonsgebonden samenwerkings-BV –het niet nodig zal zijn om de vennootschap zelf partij te laten zijn om doorwerking van de samenwerkingsovereenkomst in de vennootschappelijke relatie te bewerkstelligen.[387] Volgens van der Sangen is er in de rechtspraak een lijn ontwikkeld welke voorschrijft dat indien de vennootschap (dus het bestuur) de aandeelhoudersovereenkomst mede ondertekent, de aandeelhoudersovereenkomst vennootschapsrechtelijke doorwerking binnen de vennootschap kan hebben.[388] Een kanttekening wordt hierbij echter wel geplaatst door van der Sangen; de doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst gaat niet zover dat deze resulteert in situaties waar de vennootschap in strijd is met de wet en de wettelijke bevoegdheidsverdeling of dat dit voor maatschappelijk onbetamelijke gevolgen zorgt.[389] Het is echter ook niet het geval dat het dwingend recht is – indien de vennootschap de aandeelhoudersovereenkomst mede ondertekend heeft, dan hoeft dit niet perse tot vennootschapsrechtelijke doorwerking te leiden. Op basis van HR *Chipshol/Landinvest* kan in het geval dat de vennootschap de overeenkomst niet medeondertekend heeft, er ook sprake zijn van vennootschapsrechtelijke doorwerking indien de vennootschap op een dergelijke manier bekend was met het bestaan en de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst.[390]

De samenwerkingsovereenkomst zet dus de strategie van de persoonsgebonden samenwerkings-BV uit; hierin wordt ook de belangenafweging neergelegd. Wie is deze taak echter toegekend in een persoonsgebonden samenwerkings-BV? In de persoonsgebonden samenwerkings-BV gaan de aandeelhouders, de partners een specifieke samenwerking aan ter bewerkstelliging van een bepaald doel. Dit doel wordt door de partners gezamenlijk vastgesteld en neergelegd in deze samenwerkingsovereenkomst. In deze verhouding zijn het dus de aandeelhouders, de partners, die het vennootschappelijk doel vaststellen. In de persoonsgebonden samenwerkings-BV waarin het gaat om specifieke persoonsgebonden samenwerking en welke verhouding bestaat uit een gering groepje aandeelhouders/ partners, lijkt het dus voor de hand te liggen dat het vennootschappelijk belang voor een groot deel

---

[386] Wuisman (2015). *Aandeelhoudersovereenkomsten bij de persoonsgebonden BV als samenwerkingsverband*. BW-Krant Jaarboek, Volume 29. p. 277-280.

[387] Van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42. p. 1-2.

[388] Van Schilfgaarde, Winter en Wezeman (2013). *Van de BV en de NV*. Deventer: Kluwer. p. 19 en 240. Van Schilfgaarde heeft het in dit verband over vennootschapsrechtelijke werking;
Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij Joint Ventures na 'Cancun'*. Ondernemingsrecht 2015/88. p. 49-66;
Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 169.

[389] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 169.

[390] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij Joint Ventures na 'Cancun'*. Ondernemingsrecht 2015/88. p. 51;
HR 29 november 1996, NJ 1997/345 (*Chipshol/Landinvest*)

samenvalt met de afspraken die de aandeelhouders met elkaar hebben gemaakt.[391] Het zou niet meer dan normaal zijn dat de belangen van de aandeelhouders, die de samenwerking zijn aangegaan, in acht worden genomen bij de uit te voeren ondernemingsactiviteiten; al dan niet via het vennootschapsbelang of via de redelijkheid en billijkheid die het bestuur bij de taakuitvoering in acht dient te nemen.

Zoals eerder uitgewerkt wordt in een persoonsgebonden samenwerkings-BV het strategische en financiële kader door controlerende aandeelhouders bepaald en via instructies aan het bestuur opgelegd – op deze manier wordt het door de aandeelhouders bepaalde beleid uitgevoerd door bestuurders.[392] Het vennootschappelijk belang – de continuïteit van de onderneming – kan correctief worden ingezet in bijvoorbeeld een enquêteprocedure bij de OK. Het vennootschappelijk belang kan in een dergelijke procedure ten opzichte van het door de aandeelhouders uitgezette beleid worden gewogen, om te kijken of dergelijk beleid de *contiuniteit* van de onderneming niet in gevaar brengt. Beide concepten moeten dus voor ogen gehouden worden door het bestuur in hun taakuitvoering. Hoe de belangenafweging moet plaatsvinden, is echter niet duidelijk op te maken uit HR *Cancun*. Wuisman is van mening dat in de context van een persoonsgebonden samenwerkings-BV, op het bestuur een verzwaarde verplichting rust om in zijn taakuitvoering rekening te houden met de aard en inhoud van de samenwerking die ten gronde ligt aan de gehele onderneming, op grond van artikel 2:9 BW.[393] Meijer is ook van mening dat, zeker in persoonsgebonden samenwerkings-BV's, mag worden verwacht dat de rechter in geschillen zal oordelen dat naleving van de samenwerkingsovereenkomst niet slechts op basis van contractuele normen een verplichting is, maar dat dit ook voortvloeit uit de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.[394]

In een persoonsgebonden samenwerkings-BV is er sprake van controlerende aandeelhouders die op basis van een aandeelhoudersovereenkomst het strategische en financiële beleid vast leggen en dit opdraagt aan het bestuur.[395] Hieruit valt dus op te maken dat de samenwerkingsovereenkomst vennootschapsrechtelijke werking heeft en dus invloed heeft op de besluitvoering. Op basis van HR *Cancun* valt dan echter weer te zeggen dat indien het nastreven van deze aandeelhoudersbelangen negatieve gevolgen zal hebben voor het bestendige succes of de continuïteit van de onderneming, de redelijkheid en billijkheid met zich mee zullen brengen dat de samenwerkingsovereenkomst door het bestuur niet zal moeten worden gevolgd.[396] Daarnaast mag de samenwerkingsovereenkomst niet tot maatschappelijk onaanvaardbare consequenties leiden.[397] Waar de HR de schuld geeft aan het bestuur van de persoonsgebonden-BV in gebreken blijven bij ingrijpen, sluit ik me aan bij de gedachtegang

---

[391] Wuisman (2015). *Aandeelhoudersovereenkomsten bij de persoonsgebonden BV als samenwerkingsverband*. BW-Krant Jaarboek, Volume 29. p. 262, 283.
[392] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.
[393] Wuisman (2015). *Aandeelhoudersovereenkomsten bij de persoonsgebonden BV als samenwerkingsverband*. BW-Krant Jaarboek, Volume 29. p. 268-269.
[394] Meijer (2012). *De aandeelhoudersovereenkomst in relatie tot de vennootschap*. V&O 2012, nummer 7, p. 128-133.
[395] Van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42. p. 2-3, 8.
[396] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.
[397] HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*).

van Raaijmakers. Doordat het geschil in *Cancun* gebaseerd is op de strategie en belang uitgezet door de partners, zal het geschil opgelost worden op basis van het overeengekomen kader van samenwerking.[398] Zoals Raaijmakers aangaf is het echter wel van belang ons af te vragen of het afschuiven van de schuld richting de bestuurder de juiste oplossing is, omdat het om het belang en de strategie gaat opgesteld door partners in de persoonsgebonden samenwerkings-BV zelf.

De kern van Raaijmakers analyse in zijn annotatie van *Cancun* is dat de HR een grove fout gemaakt heeft bij de invulling van de rol van het bestuur in besloten vennootschappelijke verhoudingen. Van der Sangen wil nog geen uitspraken doen over de mogelijkheden die Raaijmakers omschrijft, maar is wel van mening dat de verwijzing naar de bestuursautonomie als algemene norm voor zowel besloten als open vennootschappelijke verhoudingen misplaatst is.[399] In *Cancun* was de bestuursautonomie de aanleiding voor het vaststellen van een eigen zorgplicht van het bestuur jegens een minderheidsaandeelhouder in een persoonsgebonden samenwerkings-BV – indien de gelijkwaardigheid van de onderlinge partners in het gedrang komt, zal het bestuur moeten optreden.[400] In zijn reactie op de annotatie van Raaijmakers, sprak van der Sangen zijn angst uit dat de algemene bewoording in *Cancun* ook als norm lijkt te worden gesteld voor besloten vennootschapsrechtelijke verhoudingen, wat voor veel onrust kan zorgen omdat verwijzingen naar bestuursautonomie in de praktijk zo gemakkelijk gebruikt kan worden.[401]

Het bijzondere van *Cancun*, aldus Huizink, is dat het wegvallen van de centrale aansturing van de joint venture niet gelegen is in de aandeelhoudersstructuur, deze blijft in positie. Het probleem is echter dat de aandeelhouders grove meningsverschillen hebben, waardoor de centrale aansturing niet meer functioneert.[402] Volgens de HR in *Cancun* moet, indien de gelijkwaardigheid van onderlinge partners in het gedrang komt, het bestuur naar voren stappen en optreden.[403] Huizink stelt op basis hiervan de volgende, uiterst belangrijke vraag:[404]

> "*Is het niet vreemd dat de bestuurders van een joint venture, die eigenlijk dezelfde taak hebben als bestuurders van een ondergeschikte groepsmaatschappij […] bij het uiteenvallen van de onderlinge regeling tot samenwerking tussen de joint venture partners – iets wat de bestuurders niet kan worden aangerekend – van het ene moment op het andere een veel grotere verantwoordelijkheid […] krijgen toebedeeld en in dat kader nota bene mede voor de belangen van de joint venture partners moeten waken?*"

---

[398] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 464.
[399] Van der Sangen (2015). *Redactioneel*. TvOB 2015, a. 1;
Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463.
[400] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.6.2. en 4.7.2.
[401] Van der Sangen (2015). *Redactioneel*. TvOB 2015, a. 1.
[402] Huizink (2015). *Bestuursautonomie na Cancun*. p. 47. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.
[403] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.6.2. en 4.7.2.
[404] Huizink (2015). *Bestuursautonomie na Cancun*. p. 47-48. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

Dit sluit aan bij wat Raaijmakers aankaart in zijn annotatie, zoals eerder aangegeven – de HR legt te sterk de nadruk op de eigen rol en zelfstandigheid van het bestuur en hun plicht te handelen in de BV's eigen belang.[405] De HR maakt hier de fundamentele fout om de situatie te bekijken vanuit een bestuur van een beurs-NV en *niet* vanuit een door partners benoemd en ook door deze vervangbare bestuurders in een persoonsgebonden samenwerkings-BV.[406] Waar Ginsburg in haar *Hobby Lobby Dissenting Opinion* niet om het feit heen draait dat de Supreme Court een grote fout begaat met de uitspraak "*The court, I fear, has ventured into a minefield*" [407], is Raaijmakers klaarblijkelijk niet veel beter gestemd over *Cancun*. Zowel Raaijmakers als Huizink vinden het een opmerkelijke gewaarwording dat de HR van het bestuur *vereist* op te treden op het moment dat de aandeelhoudersstructuur dreigt weg te vallen en op het zelfde moment ook het vennootschapsbelang opgesteld door de partners in het oog gehouden moet worden.

Huizink sluit zijn bijdrage dan ook als volgt af, wat veel zegt over de grove consequenties van *Cancun* en de sceptische visie op de beschikking van Huizink: "*En ja...Cancun: ik wens bestuurders van joint ventures de nodige moed, beleid en trouw toe voor het geval tussen de joint venture partners ernstige verschillen van mening dreigen te ontstaan.*"[408]

3.3. ZORGPLICHT

De zorgplicht van ondernemingen speelt een belangrijke rol in de context van deze scriptie. Zoals reeds besproken in paragraaf 3.2.1.2. zijn het de omstandigheden, die verschillende zorgplichten met zich mee kunnen brengen, die het vennootschappelijk belang 'inkleuren'.[409] Een bepaalde zorgplicht van de onderneming kan daarom tot gevolg hebben dat het vennootschappelijk belang in de bedrijfsvoering achtergesteld *moet* worden. Hiervoor dient een afweging gemaakt te worden tussen het vennootschappelijke belang en de zorgplicht.

Het is van belang om in het oog te houden dat er twee soorten zorgplichten van toepassing kunnen zijn op de vennootschappelijke verhouding. De zorgplichten van de rechtspersoon jegens derden en zorgplichten binnen de vennootrechtsrechtelijke, interne verhouding.[410] Tjong Tjin Tai omschrijft in zijn proefschrift de zorgplicht van de rechtspersoon jegens derden als volgt:[411]

> "*In al de besproken gevallen gaat het om het rekening houden met zekere belangen: hetzij door deze te bevorderen of te beschermen, hetzij door deze te ontzien. Men kan dit alles beschrijven in termen van zorgplichten. Een zorgplicht kan worden gedefinieerd als een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve*

[405] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463-463.
[406] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463.
[407] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 34-35.
[408] Huizink (2015). *Bestuursautonomie na Cancun*. p. 48. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.
[409] Tol (2014). *De inkleuring van het vennootschappelijk belang*. V&O 2014, nummer 9. p. 129.
[410] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 165-166.
[411] Tjong Tjin Tai (2006). *Zorgplichten en zorgethiek*. Denventer: Kluwer 2006. p. 97.

> *van één of meer concrete belangen van een persoon of object.* […] *Een zorgplicht doet zich voor in een zekere verhouding tot een andere persoon of een object, en kan verplichten tot een veelheid van daden over een langere tijd.* […] *Zo'n zorgplicht is een plicht om zorg te betrachten, dat wil zeggen om handelingen te verrichten ter bevordering of bescherming of tot het ontzien van zekere belangen. Welke handelingen dat zijn, zal afhankelijk zijn van de omstandigheden. De plicht is slechts een abstracte norm die moet worden uitgewerkt in zorgverplichtingen.*"

Volgens van der Sangen is deze omschrijving door Tjong Tjin Tai echter ook bruikbaar binnen besloten vennootschappelijke verhoudingen.[412] Inhoudelijk vertoont deze omschrijving grote gelijkenis met de omschrijving van 'zorgvuldigheidsverplichtingen' door de HR in *Cancun*:[413]

> "*Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken* […] *Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.*"

Raaijmakers is van mening dat de HR in *Cancun* een 'bijzondere zorgplicht' formuleert voor het bestuur, waar Raaijmakers zoals beschreven in paragraaf 3.2.2.2. het geheel niet mee eens is.[414] De bestuurders hebben op basis van *Cancun* de bijzondere zorgplicht met betrekking tot de positie van een partner/aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren. Anders gezegd, indien de gelijkwaardigheid van de onderlinge partners in het gedrang komt, zal het bestuur moeten optreden. Doen zij dit niet, dan zal dit consequenties hebben.[415]

Volgens van der Sangen kunnen de zorgplichten binnen de vennootrechtsrechtelijke, interne verhouding zich op twee verschillende manieren voordoen. Ten eerste in de relatie tussen aandeelhouders onderling in een vennootschappelijke verhouding gekenmerkt door de wens van partijen om een samenwerking aan te gaan en zo naar een gezamenlijk doel te werken en hiervoor het doel gezamenlijk uit te stippelen. Deze onderlinge verhouding wordt ook wel de 'horizontale verhouding' genoemd. Hierbij gaat het dus om een joint-venture-achtige verhouding waar de partijen als partners de samenwerking aangaan, zoals bijvoorbeeld in de eerder genoemde quasi-vof BV plaatsvindt. Ten tweede is er de 'verticale verhouding' waarin de zorgplicht van het bestuur jegens de minderheidsaandeelhouder bestaat.[416] Indien een bestuurder een zorgplicht schendt binnen een besloten vennootschapsrechtelijke verhouding is het de vraag of dit kan leiden tot aansprakelijkheid. Hier zal in deze paragraaf verder op ingegaan worden.

---

[412] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 166.
[413] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.2.
[414] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 465.
[415] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.6.2. en 4.7.2.
[416] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 166.

Indien er sprake is van een persoonsgebonden samenwerking binnen de BV, zoals het geval was in HR *Cancun*, heeft dit gevolgen voor de inhoud van de zorgplichten in horizontale verhouding en in het verlengde daarvan ook op de zorgplichten in verticale verhouding. In een dergelijke persoonsgebonden samenwerkings-BV hebben de aandeelhouders namelijk meer zorgplichten dan bijvoorbeeld de aandeelhouders in een beurs-NV, die in beginsel geheel in eigen belang mogen stemmen.[417] Aandeelhouders van een beurs-NV dienen echter in sommige situaties ook de belangen van stakeholders ter harte te nemen; dit blijkt bijvoorbeeld uit de hefboomfinanciering gebruikt bij acquisities[418] en de gebruikte gedragsregels tijdens overnames.[419]

Voordat *Cancun* vele pennen in Nederland in beweging bracht, is een ander arrest en de daarin besproken zorgplichten al eens eerder een onderwerp van discussie geweest; HR *Zwagerman*.[420] In *Zwagerman* ging het om de 'horizontale verhouding'; zorgplichten tussen aandeelhouders onderling. Naar aanleiding van dit arrest werd door van Olffen betoogd dat zorgvuldigheidsplichten en zorgplichten tussen aandeelhouders onderling terug te voeren zijn op de gedragsnorm van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.[421] Sinds deze publicatie van Van Olffen moeten zorgplichten echter breder gezien worden.

Met *Cancun* en de daarin expliciet geformuleerde zorgplicht van het bestuur jegens gelijkwaardige partners en de interne verhouding (naderhand aangevuld met een aandeelhouder met een minderheidsbelang) creëert de HR iets nieuws.[422] Voor *Cancun* werd de zorgplicht van het bestuur vooral gelinkt met de belangen van afnemers en crediteuren van de vennootschap.[423] Op basis van HR *SOBI/Hurks*[424] en HR *Comsys*[425], de rechtspraak inzake doorbraak van aansprakelijkheid, kan het voorkomen dat deze externe zorgplicht jegens derde partijen ook van toepassing is op aandeelhouders met doorslaggevende zeggenschap. Het is ook van belang om aan te geven dat de HR het vóór *Cancun* niet had over een 'zorgplicht' maar over een 'zorgvuldigheidsplicht', zoals gebruikt werd in *Zwagerman*.[426] Volgens van der Sangen zit het verschil tussen beiden als volgt. Een zorgvuldigheidsplicht lijkt meer op een procedurele gedragsnorm te duiden, waarbij het geldt dat partijen op een behoorlijke wijze met elkaar dienen om te gaan en op een zorgvuldige manier besluiten dienen te nemen.[427] De zorgplicht gaat echter verder dan de zorgvuldigheidsplicht. Hierbij wordt

---

[417] Schrama (2012). *Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang*. V&O 2012, nummer 6. p. 103.
[418] Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928 (*PCM*), r.o. 3.9-3.10.
[419] Schrama (2012). *Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang*. V&O 2012, nummer 6. p. 102-103.
[420] HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*);
Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2014 ECLI:NL:GHAMS:2014:6 (*Zwagerman*).
[421] Van Olffen (2012). *Meerderheidsaandeelhouders versus minderheidsaandeelhouders, een bijzondere zorg(vuldigheids)plicht? Zwagerman revisited*. Gepubliceerd in van der Korst e.a. (2012). *Handboek Onderneming en Aandeelhouder*. Deventer: Kluwer 2012. p. 367-380.
[422] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.3.
[423] Assink (2015). *Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie. 2015, 7048. p. 6;
HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/ Roelofsen*).
[424] HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*SOBI/Hurks II*), r.o. 5.4.7.
[425] HR 11 september 2011, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys*), r.o. 5.5.
[426] HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*), r.o. 3.2-3.4.
[427] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 167-168.

verwacht dat de aandeelhouder zich inhoudelijk de gerechtvaardigde belangen van de ander ook daadwerkelijk aantrekt. Binnen een persoonsgebonden samenwerkings-BV leidt dit dus tot een zorgplicht van de aandeelhouder om zich binnen de overeengekomen kaders in te zetten om de joint venture tot een succes te maken en zich daarbij als loyale partner op te stellen om tot een succesvolle samenwerking te komen.[428] Daarnaast heeft het bestuur de plicht om op te treden in het geval de aandeelhoudersovereenkomst niet gehonoreerd wordt ten opzichte van gelijkwaardige partners.[429] Deze manier van samenwerking kan heel specifiek overeengekomen zijn in de in paragraaf 3.2.2.2. genoemde samenwerkingsovereenkomst. De kern van de joint venture wordt gevormd door de over en weer uitgesproken wil tot samenwerking naar het gezamenlijke doel; de strategie en het beleid om dit doel te bewerkstelligen wordt dan ook gezamenlijk bepaald.[430] Raaijmakers geeft dit als volgt weer:[431]

> "*Het bestaan van een overeenkomst of regeling tot samenwerking is in mijn opvatting dan ook wezenlijk voor het bestaan van een joint venture. Het ontbreken daarvan zou medeaandeelhouders ten opzichte van elkaar in een positie plaatsen, waarbinnen over en weer geen permanente en rechtens afdwingbare afspraken gelden met betrekking tot de ten opzichte van elkaar als gezamenlijk ten opzichte van de gezamenlijke vennootschap te volgen beleidslijnen. De binding op grond van de wet, statuten en goede trouw is daartoe niet toereikend*."

Hier geeft Raaijmakers dus aan dat indien de overeenstemming over de samenwerking uit de vergelijking gehaald wordt, dan zal de joint venture ook ophouden te bestaan. Indien er geen samenwerkingsovereenkomst tussen de aandeelhouders *c.q.* partners bestaat, zullen de afgesproken rechten en plichten tussen partijen niet meer afdwingbaar zijn.

Aan zorgplichten kunnen verschillende grondslagen liggen, het is te vinden in de wet, statuten, aandeelhoudersovereenkomsten, maar ook in de redelijkheid en billijkheid zoals van Olffen ook al aangaf.[432] Ook al wordt het in de wet niet met zoveel woorden benoemd, de wet geeft toch grondslagen voor de zorgplicht. Zie bijvoorbeeld artikel 2:15 BW met het stelsel van aantasting van besluiten, artikel 2:210 BW over de gelijkheid van aandeelhouders, artikel 2:343 lid 1 BW met de zorgplicht jegens aandeelhouders en 2:239 lid 6 BW met het voorkomen van belangenverstrengeling van bestuurders.[433] Daarnaast kunnen partners in een persoonsgebonden samenwerkings-BV er voor kiezen om in de samenwerkingsovereenkomst en/of statuten ook zorgverplichtingen op te nemen. Van de Sangen haalt hierbij de volgende voorbeelden aan: de verplichting tot het verstrekken van additionele financiering op het moment dat het slecht gaat met de onderneming (en de banen van werknemers, leveranciers,

---

[428] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*).
[429] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.3, 4.6.2 en 4.7.2.
[430] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 168.
[431] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 66-67.
[432] Van Olffen (2012). *Meerderheidsaandeelhouders versus minderheidsaandeelhouders, een bijzondere zorg(vuldigheids)plicht? Zwagerman revisited*. Gepubliceerd in van der Korst e.a. (2012). *Handboek Onderneming en Aandeelhouder*. Deventer: Kluwer 2012. p. 367-380.
[433] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 168.

etc. op het spel staan) of gebaseerd op HR *Willemsen Beheer/ NOM*[434] waar bij dreigende insolventie de aandeelhouders eerst de mogelijkheid krijgen tot herfinanciering alvorens er surseance of faillissement wordt aangevraagd.[435]

Het bestuur en de RvC dienen bij de uitvoering van hun taken, steeds een afweging te maken van de bij de vennootschap betrokken belangen. Deze afweging dient zeker plaats te vinden bij het voldoen door het bestuur en de RvC, aan de zorgplichten die op de vennootschap en het bestuur rusten. Deze zorgplichten kunnen zowel uit de interne sfeer komen, bijvoorbeeld zorgplicht met betrekking tot de werknemers, als uit de externe sfeer, denk hierbij aan crediteuren en afnemers van de vennootschap.[436] Daarnaast vloeien zorgplichten voort uit de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Deze zorgplicht wordt in HR *Cancun* als volgt omschreven:[437]

> "*Elke bestuurder is gehouden om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken*"

Van der Sangen ziet dat de rechtspraak eensgezind is over de vraag hoe betrokkenen binnen de vennootschap zich jegens elkaar dienen te gedragen.[438] Men dient zicht te gedragen naar redelijkheid en billijkheid, waarbij het bestaan en de inhoud van een samenwerkingsovereenkomst een bepalende invloed heeft.[439]

Aan de twee taken van het bestuur; zorgvuldigheidplicht en het dienen van het vennootschappelijke belang wordt door van Schilfgaarde evenveel gewicht toegekend. Deze twee taken liggen volgens Olaerts dicht bij elkaar en zijn in de praktijk dan ook moeilijk te scheiden.[440] Olaerts omschrijft het afwegen door het bestuur in twee fasen. In de eerste afwegingsfase wordt het vennootschappelijk belang vastgesteld, hierbij is het bestendige succes van de onderneming een zwaarwegende factor. Vervolgens wordt in de tweede fase een afweging gemaakt tussen dit vennootschappelijke belang en de zorgplichten die op de vennootschap en het bestuur rusten.[441] De van toepassing zijnde zorgplichten kunnen zelfs zo zwaar wegen, dat een bepaalde beslissing, ook al is deze in het belang van de vennootschap, niet genomen kan worden, doordat deze een mogelijke schending van de zorgplicht jegens

---

[434] HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen Beheer/ NOM*).

[435] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 168.

[436] Assink (2015). *Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie. 2015, 7048. p. 6.

[437] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.3.

[438] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 169.

[439] Pitlo en Raaijmakers (2006). *Ondernemingsrecht*. Deventer: Kluwer 2006. §3.6 en 3.7;
Van der Sangen (2008). *Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij de Flex-BV*. TvOB 2008, a . 1. p. 1-9.

[440] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 61.

[441] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 61.

een van de bij de vennootschap betrokken partijen met zich mee kan brengen. Het kan dus zo zijn dat in bepaalde gevallen interne of externe omstandigheden zwaarder kunnen wegen dan het vennootschappelijke belang zelf. Denk bij externe omstandigheden ook aan de maatschappij in zijn algemeenheid.[442] Volgens van der Sangen is dit zeker het geval indien ondernemingen dermate groot zijn geworden dat de gevolgen van het (financiële) wel en wee ook binnen de maatschappij invloed hebben. Dit fenomeen wordt ook wel 'vermaatschappelijken' genoemd door van der Sangen.[443] In dergelijke gevallen zal het bestuur bij zijn beslissingen ook de maatschappelijke belangen zwaar(der) moeten laten wegen. Deze 'vermaatschappelijking' kan echter ook plaatsvinden doordat een onderneming, uit eigen beweging, meer maatschappelijke belangen onder het vennootschappelijk belang gaat indelen.[444] Denk hier bijvoorbeeld aan zorgplichten voor het milieu, zorgplichten voor het evenredig vertegenwoordigen van zowel mannen als vrouwen in topfuncties, maatschappelijk verantwoord ondernemingen, etc. Zoals eerder besproken, is het hier van belang om ons af te vragen wie bepaalt welke belangen het bestuur mee moet nemen in zijn besluitvoering.

Hier dient een terugkoppeling gemaakt te worden naar *Hobby Lobby*. In Hobby Lobby waren 13,000 werknemers werkzaam in meer dan 500 vestigingen verspreid over Amerika. Hier is dus sprake van een dermate grote onderneming dat de gevolgen van het (financiële) wel en wee ook binnen de maatschappij invloed heeft. De beslissing, genomen door de gelovige aandeelhouders/bestuurders van Hobby Lobby, heeft dus tot gevolg dat vrouwen werkzaam binnen het bedrijf geen aanspraak kunnen maken op vergoeding van bepaalde anticonceptiemiddelen.[445] Dit terwijl zij niet hetzelfde geloof aanhangen. Indien deze zaak in Nederland voor de rechter zou komen, zou naar mijn mening de zorgplicht jegens de werknemers zwaarder wegen dan de geloofsbelijdenis van aandeelhouders/ bestuurders. De doorslaggevende factor zal, mijns inziens de grootte van de gehele onderneming en het aantal werknemers zijn. Met dergelijke aantallen werknemers en vestigingen, ook al worden de aandelen gehouden door een kleine groep aandeelhouders, zal er niet meer te spreken zijn van een persoonsgebonden samenwerkings-BV. Indien het een 'echte' persoonsgebonden samenwerkings-BV zou zijn dan zullen, naar alle waarschijnlijkheid, de personen werkzaam in de onderneming eenzelfde geloofsbelijdenis hebben. In dat geval hebben deze mensen helemaal geen behoefte aan deze anticonceptiemiddelen, omdat deze ook tegen hun geloof in gaan. Zoals, Justice Ginsburg het al omschreef, iedereen heeft de vrijheid om te geloven wat hij wil. Op het moment dat deze vrijheid echter anderen schaadt, moet er gekeken worden of

[442] Barneveld (2009). *PCM en private equity – over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogensonttrekkingen*. WPNR (2009) 6791. p. 230.
[443] Van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42. p. 4;
Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 17.
[444] Van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1. p. 17.
[445] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 14-16, 37-38.

de vrijheid niet ingeperkt moet worden.[446] Mijns inziens, zal in Nederland, indien er een dergelijke zaak aanhangig wordt gemaakt, besloten worden dat de vrijheid uitgeoefend door de vennootschap de werknemers schaadt; en dat dus de vennootschap inbreuk maakt op de zorgplicht die hij heeft jegens zijn werknemers.

Naast de zorgplicht van bestuurders, zijn aandeelhouders ook onderworpen aan een zorgplicht jegens anderen én elkaar.[447] In beginsel mogen aandeelhouders zich richten op hun eigen belang.[448] Deze vrijheid is echter niet onbegrensd, doordat aandeelhouders zijn onderworpen aan redelijkheid en billijkheid op basis van artikel 2:8 BW. HR *Cancun*, een van de kern arresten van de scriptie, is hier een goed voorbeeld van. In *Cancun* omschreef de HR dat naast het belang van de vennootschap, de belangen van de (gelijkwaardige) partners ook in het oog gehouden dienen te worden. Waar gelijkwaardige partners niet op een dergelijke gelijkwaardige manier behandeld werden, had het bestuur kordaat op moeten treden en de situatie gelijk moeten trekken om het aandeelhouderscontract te honoreren, aldus de HR.[449] Een ander voorbeeld, een die velen vérgaand vinden, is het geval van de financiële noodsituatie van de vennootschap, door de Kluiver ook wel 'noodzaakfinanciering' genoemd.[450] Noodzaakfinanciering omvat situaties waarin de vennootschap in een dusdanige financiële nood verkeert dat het voortbestaan niet kan worden gewaarborgd, indien haar aandeelhouders niet op korte termijn additioneel kapitaal verschaffen.[451] Bij de vraag om een dergelijke financiering wil het nog wel eens gebeuren dat een (of meer) aandeelhouder(s) hier niet aan mee willen werken. In het verleden heeft de OK echter genegenheid getoond om de vennootschap in dergelijke gevallen te hulp te schieten.[452] Indien hiervoor een bepaling in de aandeelhoudersovereenkomst en/of statuten in de weg staat, gaat de OK over tot terzijdestelling van deze bepaling.[453]

Op basis van *Cancun* stelt van der Sangen de volgende vraag: kan het bestaan van een zorgplicht tussen aandeelhouders onderling in de horizontale verhouding ook consequenties

---

[446] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 8.

[447] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 170.

[448] Op basis van HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*);
HR 13 november 1959, NJ 1960/472 (*Melchers*);
HR 19 februari 1960, NJ 1960/473 (*Aurora*).

[449] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.6.2. en 4.7.2.

[450] De Kluiver (2006). *Noodzaakfinanciering en de rol van de rechter, in: De financiering van de onderneming*. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut (deel 88), Deventer: Kluwer 2006, p. 31-49.

[451] Meijer (2012). *De aandeelhoudersovereenkomst in relatie tot de vennootschap*. V&O 2012, nummer 7. p. 130;
Oostwouder & Wessel (2015). *Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?* Onderneming en Financiering 2015 (23) 1. p. 10.

[452] Zie hierover o.a. Hof Amsterdam (OK) 27 januari 2000, JOR 2000, 74 en HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (*Skygate*);
Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3680 en HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067 (*Inter Access*);
Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011 ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ9757 (*Synpact*).

[453] Meijer (2012). *De aandeelhoudersovereenkomst in relatie tot de vennootschap*. V&O 2012, nummer 7. p. 130.

hebben voor het bestaan van een zorgplicht tussen het bestuur en een minderheidsaandeelhouder? Onder omstandigheden is dit het geval, volgens van der Sangen.[454] De zorgplicht van het bestuur jegens een minderheidsaandeelhouder is reeds voor *Cancun* ook al aangenomen door de HR in *Chipshol/Landinvest*.[455] In *Chipshol/Landinvest* werd het bestuur verweten dat het weigerde mee te werken aan het ontslag van Van Andel als commissaris, nadat Van Andel zich in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst had laten benoemen. Het gebrek aan optreden van het bestuur leverde een zelfstandige onrechtmatige daad op.

In *Cancun* wordt een zorgplicht van het bestuur jegens de gelijkwaardige partner (minderheidsaandeelhouder) gecreëerd om zijn vennootschappelijke macht te gebruiken om op de samenwerkingsovereenkomst gebaseerde gelijkheid tussen partners te handhaven en/of herstellen. De geformuleerde zorgplicht van de HR wordt gemotiveerd door redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW en het belang van de vennootschap op basis van artikel 2:239 lid 5 BW.[456] De op deze twee artikelen gebaseerde zorgplicht kan volgens de HR "*een bijzondere zorgplicht meebrengen met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren*".[457] Volgens van der Sangen kan van de verwoording van de HR worden afgeleid dat het hier dus niet gaat om een zorgplicht op basis van de samenwerkingsovereenkomst, maar om een tot de taak van het bestuur behorende plicht.[458]

De norm van redelijkheid en billijkheid vergt dus een afweging van de bij de vennootschap betrokken belangen, waarbij volgens Van Schilfgaarde, *et al.* het eigen belang van de aandeelhouders een evenwichtige rol mag spelen.[459] De zorgplicht van de aandeelhouders komt veelvoudig voor in enquêterechtspraak; waarbij het vaak gaat om situaties waarin de meerderheidsaandeelhouder met zijn handelen een minderheidsaandeelhouder benadeelt.[460] De rechtsinstanties willen nog niet zo ver gaan om een zorgplicht van meerderheidsaandeelhouders jegens minderheidsaandeelhouders vast te stellen. De HR neemt in *VEB c.s./KLM* echter wel aan dat meerderheidsaandeelhouders de nodige *zorgvuldigheid* moeten aannemen met betrekking tot de belangen van de minderheidsaandeelhouders.[461] De HR stelt deze *zorgvuldigheid* vast op basis van 2:8 BW, welke neerlegt dat de vennootschap en degenen die krachtens de wet en de statuten bij haar organisatie betrokken zijn, zich redelijk en billijk jegens elkaar moeten gedragen. Dit betekent

---

[454] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 170.
[455] HR 29 november 1996, NJ 1997/345 (*Chipshol/Landinvest*).
[456] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1, 4.5, 4.6.1 en 4.6.2.
[457] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.2.
[458] Van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5. p. 171.
[459] Van Schilfgaarde, Jaap Winter en J.B. Wezeman (2013). *Van de BV en de NV*. Deventer: Kluwer. p. 205.
[460] Zie hierover o.a. Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD8033 (*VIBA N.V.*);
HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen Beheer/ NOM*);
HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM).
[461] HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM), r.o. 3.4.2;
Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011 ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ9757 (*Synpact*), r.o. 3.10;
H.K. Schrama (2012). *Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang*. V&O 2012, nummer 6. p. 105.

dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten jegens de belangen van al haar aandeelhouders.

Er valt dus te concluderen dat de zorgplicht verschillende grondslagen kan hebben – *e.g.* de wet, de statuten of de samenwerkingsovereenkomst. De zorgplicht van het bestuur op basis van *Cancun* valt niet te herleiden tot een wettelijke of statutaire grondslag met een specifieke strekking van bescherming van de minderheidsaandeelhouder. Met *Cancun* heeft de HR een nieuwe zorgplicht van de bestuurder jegens de minderheidsaandeelhouders gecreëerd op basis van redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW en het belang van de vennootschap op basis van artikel 2:239 lid 5 BW. Het schenden van ofwel artikel 2:8 BW of artikel 2:239 lid 5 BW kan leiden tot een wanbeleid van het bestuur.

3.4. TUSSENCONCLUSIE

Zoals in dit hoofdstuk van de scriptie te zien is het vennootschappelijk belang van de onderneming een complex begrip.

In een persoonsgebonden samenwerkings-BV is het aan het bestuur om bij de uitvoering van zijn taak zich te richten naar het belang van de vennootschap. Ook al heeft het bestuur een zelfstandige positie, het zijn de samenwerkende partners die het beleid opstellen en het vervolgens opdragen aan het bestuur. De opgestelde samenwerkingsovereenkomst brengt de wederzijdse rechten en plichten tussen partners in kaart. In een persoonsgebonden samenwerkings-BV is er sprake van controlerende partners, dan wel aandeelhouders die op basis van een samenwerkingsovereenkomst het strategische en financiële beleid vast leggen en dit opdragen aan het bestuur. Het is dus de samenwerkingsovereenkomst die het vennootschappelijk belang uiteenzet, welke vervolgens opgedragen wordt aan het bestuur, die het belang implementeren in de dagelijkse bedrijfsvoering.

De zorgplicht is een norm welke in acht dient te worden genomen binnen de interne vennootschapsrechtelijke sferen, maar welke ook geldt jegens de externe relaties van de vennootschap. De zorgplicht kan verschillende grondslagen hebben – dan wel in de wet, de statuten of de samenwerkingsovereenkomst. De bestuurders en aandeelhouders dienen zorgvuldigheid te betrachten jegens 'al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken', waaronder dus ook crediteuren en afnemers van de vennootschap en de maatschappij in het algemeen vallen. Daarnaast dienen de aandeelhouders ook zorgvuldigheid te betrachten onderling. Met *Cancun* heeft de HR een nieuwe zorgplicht van het bestuur jegens minderheidsaandeelhouders gecreëerd op basis van redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW en het belang van de vennootschap op basis van artikel 2:239 lid 5 BW. Waar gelijkwaardige partners niet op een dergelijke manier behandeld worden, moet het bestuur, aldus de HR, kordaat op treden en de situatie gelijk trekken om het aandeelhouderscontract te honoreren. Indien het bestuur faalt dit te doen, zal er sprake zijn van wanbeleid. Waar de HR de schuld als het ware afschuift op het bestuur van de persoonsgebonden samenwerkings-BV, sluit ik me aan bij de gedachtegang van Raaijmakers. Doordat het geschil in *Cancun* gebaseerd is op de strategie en belang uitgezet door de partners, zal het geschil opgelost worden op basis van het overeengekomen kader van samenwerking. Zoals Raaijmakers aangaf is het echter wel van belang ons af te vragen of het afschuiven van de schuld richting de bestuurder de juiste oplossing is, omdat het om het belang en de strategie gaat opgesteld door partners in de persoonsgebonden samenwerkings-BV zelf.

Om te weten wat zwaarder weegt: het vennootschappelijke belang of de zorgplicht, dient een twee fasen afweging gemaakt te worden. In de eerste plaats wordt het vennootschappelijke belang vastgesteld. Vervolgens wordt de afweging gemaakt tussen dit vennootschappelijke belang en de zorgplichten die op de vennootschap en het bestuur rusten. In sommige gevallen zal de zorgplicht met zich meebrengen dat het bestuur het vennootschappelijke doel opzij moet zetten, om een mogelijke schendig van de zorgplicht te voorkomen. In de onderneming moeten dus de interne en de externe belangen van partijen in het oog gehouden worden, om te zorgen dat de vennootschap geen schending van zijn zorgplichten begaat.

HOOFDSTUK 4 – AANBEVELINGEN EN ACTUELE ONTWIKKELINGEN

"[De OK en HR gaan] *echter zeer sterk* […] *uit* [van] *een geconstrueerd 'eigen' belang van de BV (als scale tussenholding!) en leggen zo – mijns inziens te – sterk de nadruk op de eigen rol en zelfstandigheid van het bestuur (bestuurders) en hun plicht te handelen in dat belang van de BV en de met haar verbonden onderneming*."[462] –
Raaijmakers[463] in zijn HR *Cancun* annotatie.

Op basis van de reeds besproken materie in de scriptie is het duidelijk dat HR *Cancun* een uitspraak is met veel haken en ogen, welke vele pennen in Nederland in beweging heeft gebracht. De vraag is echter *hoe* deze problemen, gecreëerd met *Cancun*, zouden kunnen worden opgelost door verschillende partijen. Daarnaast zal er in gegaan worden op actuele ontwikkelingen die raakvlakken hebben met de materie zoals besproken in de scriptie.

4.1. AANSPRAKELIJKHEID AANDEELHOUDERS

Zoals reeds aangekaart in paragraaf 3.2.2.2 is een onderwerp waar de HR en de OK compleet aan voorbij gaan in *Cancun*, de eventuele verantwoordelijkheid van aandeelhouders voor het slagen van de samenwerking in een joint venture verband. Van Veen gaat hier expliciet op in, in zijn bijdragen,[464] nadat Raaijmakers dit reeds aankaart in zijn annotatie.[465] Een van de redenen dat de HR voorbij gaat aan de aandeelhoudersaansprakelijkheid, is het feit dat de HR de focus te veel legt bij de zelfstandigheid en autonome rol van het bestuur binnen een besloten verhouding. Dit terwijl de aandeelhouders normaliter in de praktijk wel degelijk de lijnen uitzetten.[466] De HR begaat volgens Raaijmakers de fout door het ongeveer gelijkstellen van de rol van bestuurders in een besloten verband en een beursgenoteerde vennootschap. Dit komt vooral doordat de HR voor de uitleg van de bestuursfunctie in de besloten verhouding, verwijst naar jurisprudentie in het kader van beursgenoteerde vennootschappen met een duidelijke 'separation of ownership from control' en een autonoom bestuur.[467] Raaijmakers is daarnaast van mening dat de wetgever, met artikel 2:239 lid 4 en lid 5 BW, nooit de bedoeling

[462] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463-464.
[463] Theo Raaijmakers is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit van Tilburg.
[464] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 64-66. In A. Dorresteijn, J. B. Huizink, T. Raaijmakers, W. van Veen, & A. F. Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.
[465] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463.
[466] Raaijmakers (2015). *Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-B.V.: een novum in concernverhoudingen?*. TvOB 2015, a. 1. p. 2-12;
Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463-464.
[467] In r.o. 4.2.2. (van HR *Cancun*) verwijst de HR naar:
1) HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (*VEB c.s./KLM*);
2) HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (*ASMI*);
3) HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (*Versatel I*).

kan hebben gehad een BV het regime van een autonoom bestuur dwingend voor te schrijven, zoals dit van toepassing is voor de beurs-NV.[468]

Maar wat is de reden dat de (eventuele) aandeelhoudersaansprakelijkheid over het hoofd gezien wordt door de HR, terwijl dergelijke aansprakelijkheid wel degelijk mogelijk is. Raaijmakers verwijst in zijn annotatie naar artikelen 2:192-2:295 BW[469] welke uitdrukkelijk toestaan om verbintenisrechtelijke rechten en verplichtingen te verbinden aan het aandeelhouderschap en verzuim daarvan te sanctioneren met gedwongen uittreding.[470] Daarnaast wordt de reikwijdte van de samenwerking, strategie en beleid gezamenlijk opgesteld door partners en *niet* door het bestuur, wat het geval is in een NV. Ook hebben de aandeelhouders de bevoegdheid eigen bestuurders te benoemen en te beoordelen of die hun taak behoorlijk hebben vervuld[471] en ook bevoegd blijven hen te ontslaan[472] en te vervangen, zoals in *Cancun* in een laat stadium het geval was.[473] De aandeelhouders/ partners zijn dus in hoge mate betrokken bij het reilen en zeilen van de persoonsgebonden samenwerkings-BV, dat het op zijn minst merkwaardig te noemen is dat de HR dermate autonomie aan het bestuur toekent. Raaijmakers vindt het daarom dan ook evident dat onderlinge partnergeschillen tussen de partners zelf opgelost moeten worden – zeker in een 50/50 verhouding; in het geval van *Cancun*[474] kunnen enkel de partners zelf de 'impasse doorbreken'. Dit is ook zeker het geval indien er een herschikking van de onderlinge partnerverhoudingen aan de orde is, zoals in *Cancun*.[475] De HR en de OK zijn echter van mening dat het bestuur in de fout is gegaan door het nalaten op te treden op het moment dat de gelijkwaardigheid van de onderlinge partners in het gedrang kwam en kijken weliswaar niet naar de aandeelhouders.[476] Volgens Raaijmakers kan op basis van de overeengekomen samenwerking echter niet worden afgeleid dat het bestuur het orgaan is dat moet optreden indien de gelijkwaardigheid van partners wordt aangetast.[477]

In de literatuur in reactie op *Cancun* is de verklaring hiervoor gezocht in de benadering dat aandeelhouders hun eigen belang mogen nastreven bij de uitoefening van hun bevoegdheden, wat sinds het *Wennex* arrest uit 1944 (!)[478] leidend is.[479] Van Veen en van Schilfgaarde vragen zich echter af of deze opvatting, welke de HR nog steeds aanhangt, niet als achterhaald beschouwd dient te worden.[480] Van Veen is het er niet mee eens dat terug te

[468] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463.
[469] Zie voor een uitgebreide uitwerking van 2:192 BW, paragraaf 3.1 van de scriptie.
[470] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463.
[471] Op basis van artikel 2:9 BW.
[472] Op basis van artikel 2:244 BW.
[473] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1 (iv).
[474] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.1(i), 3.1(ii).
[475] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463.
[476] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.6.2. en 4.7.2.
[477] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 464.
[478] HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*).
[479] P. van Schilfgaarde (2014). *Annotatie HR* Cancun. NJ 2014/286. §8;
Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 463.
[480] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 64-65. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

vinden is in de rechtspraak van de HR dat aandeelhouders zonder meer hun eigen belang mogen nastreven. De rechtsregel dat aandeelhouders hun eigen belang mogen nastreven, wordt toegekend aan *Wennex*.[481] Volgens van Veen heeft de HR in *Wennex* echter de intentie gehad uit te drukken dat het stemrecht niet is toegekend aan aandeelhouders om het belang van de gezamenlijke aandeelhouders/ partners of de rechtspersoon te dienen, maar om de eigen belangen van de aandeelhouders in de vennootschap te dienen. Hiermee heeft de HR echter niet gezegd dat een aandeelhouder zich *geheel* mag laten leiden door zijn eigen belang. Het dient hier te gaan om het belang van de aandeelhouder *in de vennootschap*, aldus van Veen.[482] De rechtsregel van *Wennex* is volgens van Veen reeds achterhaald, doordat aandeelhouders wel degelijk hun eigen belang mogen nastreven. Denk bijvoorbeeld aan een joint venture/persoonsgebonden samenwerkings-BV – wat een samenwerkingsvorm is die door partners wordt aangegaan met het bevorderen van hun *eigen* belang als hoofddoel.[483] Partners zijn daarom vrij om de aan hen, via wet en statuten, toegekende bevoegdheden ten behoeve van het bevorderen van het eigen belang te mogen gebruiken. Het is echter wel het geval dat de partners in een persoonsgebonden samenwerkings-BV hun eigen belang *niet* mogen laten prevaleren boven het belang van de andere partners en in bredere zin het vennootschappelijk belang, aldus van Veen.[484] De insteek van een persoonsgebonden samenwerkings-BV is immers het *gezamenlijk* tot stand brengen van een onderneming om vervolgens met deze onderneming *gezamenlijk* succes na te streven.[485] Volgens van Veen is het dan ook 'niet meer dan logisch' dat de partners gehouden zijn om zich in te spannen om dit resultaat te bereiken.[486] Indien het belang van de partner niet parallel loopt met het belang van de joint venture, kan de partner geen koers kiezen die tegen de aard en inhoud van de samenwerkingsovereenkomst gaat en/of niet bevorderlijk is voor het bestendig succes van onderhavige onderneming.[487] De partner zal zich zodanig moeten opstellen dat het bestendige

---

P. van Schilfgaarde (2014). *Annotatie HR* Cancun. NJ 2014/286. §8.

[481] HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*).

[482] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 65. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[483] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. Deventer: Kluwer. p. 66-67;
Zie paragraaf 3.2.2.1 van de scriptie voor een uitgebreid overzicht van wat een persoonsgebonden samenwerkings-BV inhoudt.

[484] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 65-66. In A. Dorresteijn, J. B. Huizink, T. Raaijmakers, W. van Veen, & A. F. Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[485] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. Deventer: Kluwer. p. 121-122, 135 en 146.

[486] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 66. In A. Dorresteijn, J. B. Huizink, T. Raaijmakers, W. van Veen, & A. F. Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[487] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 66. In A. Dorresteijn, J. B. Huizink, T. Raaijmakers, W. van Veen, & A. F.

succes van de onderneming voorop gesteld wordt, ook als dit (eventueel) tegen zijn eigen belang in zou gaan. Het is dus op zijn minst vreemd te noemen dat de HR en de OK ervoor kiezen om niet in te gaan op de (eventuele) aansprakelijkheid van de partners in *Cancun*. Om nogmaals naar een typering, vaak door Raaijmakers aan gerefereerd, van een joint venture te verwijzen: '*A joint venture is like a marriage; if you want it to work it will, if you won't it won't*,'[488] in *Cancun* zijn het echter de kinderen (lees de bestuurders) die belast worden met de taak en zorgplicht het verslechterde huwelijk tussen ouders (lees de partners) in goede banen te leiden, dit op straffe van beschuldiging van ernstige strijd met hun bijzondere zorgplichten als kinderen.[489]

Naar mijn mening had de HR en de OK wel degelijk in moeten gaan op de (eventuele) aansprakelijkheid van de partners en had dit de overhand moeten hebben ten opzichte van het verwijt jegens bestuurders. Partners zijn geheel vrij om hun eigen belang na te streven in een persoonsgebonden samenwerkings-BV. De partners mogen echter niet het hogere doel uit het oog verliezen: het bestendige succes van de *gezamenlijk* onderneming, wat in principe de gehele reden is dat er überhaupt een persoonsgebonden samenwerkings-BV is opgericht tussen de partners.[490] En dat partners in een persoonsgebonden samenwerkings-BV hun eigen belang *niet* mogen laten prevaleren boven het belang van de andere partners en in bredere zin het vennootschappelijke belang – wat wel degelijk het geval was in *Cancun*, waar de gelijkwaardigheid van partners werd aangetast, waardoor de samenwerking onmogelijk werd.[491] Waar het de partners zijn die de strategie en beleid uitstippelen (én bestuurders aanstellen én ontslaan) is het moeilijk te begrijpen dat in *Cancun* de fout aan bestuurders wordt toegekend voor het niet ingrijpen in de verslechterende relatie van partners.

4.2. REGULEREN VAN HET VENNOOTSCHAPPELIJK BELANG EN BESTUURSAUTONOMIE

Zou het mogelijk zijn om meer duidelijkheid te scheppen omtrent het vennootschappelijk belang door bijvoorbeeld criteria omtrent de definitie van het belang op te nemen in de wet?

De HR in *Cancun* legt duidelijk de nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur. Volgens Dorrestijn moet de bestuursautonomie echter bekeken worden in de context van de omstandigheden van het geval.[492] In het geval van de persoonsgebonden samenwerkings-BV moet naast de bestuursautonomie aandacht worden besteed aan de

---

Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[488] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976.. p. 5.

[489] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 465.

[490] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 65-66. In A. Dorresteijn, J. B. Huizink, T. Raaijmakers, W. van Veen, & A. F. Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[491] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 3.4.2;
Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 464.

[492] Dorrestijn (2015). *'Cancun', bestuursautonomie en vennootschapsbelang*. p. 35-36. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

feitelijke instructiemacht van de partners.[493] Zoals uitgewerkt in paragraaf 3.2.1.2 van de scriptie, is het van belang dat het bestuur een autonome belangenafweging maakt, in het geval dat de aandeelhouders een instructie jegens het bestuur geven.[494] Indien de aandeelhoudersinstructie in strijd is met het vennootschappelijk belang, of met (zwaar wegende) belangen van betrokkenen, dient het bestuur de instructie te overrulen.[495] Onder bepaalde omstandigheden kan een besluit van de partners worden vernietigd.[496] Daarnaast kunnen de partners aansprakelijk gehouden worden, indien zij jegens crediteuren onrechtmatig gehandeld hebben.[497] Ten slotte lopen bestuurders, die te hoge mate van machtsuitoefening toelaten, het risico aansprakelijk gehouden te worden op het moment dat stakeholders belangen onevenredig worden geschaad.[498]

Feitelijke machtsuitoefening door de aandeelhouders kan dus op juridische barrières stuiten. Deze juridische barrières voor de feitelijke machtsuitoefening worden zijn open normen die worden ingekleurd door toepassing van de rechten bij concrete omstandigheden.[499] Vranken stelt dat met een dergelijke toepassing feiten en normen als het ware ineen vloeien.[500] Willems omschrijft het gebruik van de open normen in het Nederlandse ondernemingsrechtstelsel als volgt: "De rechter beoordeelt gedrag niet zozeer aan scherpe criteria, maar aan de hand van de omstandigheden van het geval."[501] "[H]et vennootschapsrecht is geen statisch evenwicht […] dat in alle tijden functioneert. Het moet rond een harde kern van fundamentele uitgangspunten een flexibele schil hebben om in te kunnen spelen op de voortdurend veranderende omstandigheden en inzichten" aldus Overkleeft.[502] Terwijl sommigen van mening zijn dat gebruik van dergelijke open normen tot onzekerheid en onvoorspelbaarheid zorgt, is Willems er van overtuigd dat een dergelijk gebruik leidt tot het "bestaan van een niet al te strak juridisch keurslijf".[503] Indien bijvoorbeeld het vennootschappelijk belang in gedetailleerde regelgeving zou worden weergegeven, zal dit vooral schijnzekerheid bieden en zal het niet bevorderlijk zijn voor de

[493] Artikel 2:239 lid 4 BW.

[494] Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2. p. 56;

Olaerts (2012). *De beperkte bestuurder*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-2. p. 46.

[495] Artikel 2:239 lid 4 BW.

[496] Artikel 2:15 BW.

[497] Artikel 2:248 lid 7 BW.

[498] Artikel 6:162 en/of artikel 2:9 BW.

[499] Dorrestijn (2015). *'Cancun', bestuursautonomie en vennootschapsbelang*. p. 36. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[500] Vranken (2005). *Asser Algemeen Deel *** - Burgerlijk Recht*. Kluwer 2005. Nr. 106.

[501] Schild (2013). *Verslag van het congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: ondernemingsrecht in tijden van crisis*. Ondernemingsrecht 2013/68. §6.

[502] Overkleeft (2017). *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen een analyse van recht, gebeurtenissen en ideeën*. Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Dissertatie zoals besproken in Couwenbergh (2017). *Kabinet wilde eind jaren negentig pensioenfondsen al als hoeder BV Nederland*. Fd. [online] Website: https://fd.nl/beurs/1205941/kabinet-wilde-eind-jaren-negentig-pensioenfondsen-al-als-hoeder-bv-nederland [Bekeken 16 Juni 2017].

[503] Schild (2013). *Verslag van het congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: ondernemingsrecht in tijden van crisis*. Ondernemingsrecht 2013/68. §6.

ontwikkeling van het normbesef en verantwoordelijkheidsbesef van alle betrokkenen bij de vennootschap – met de aandeelhouders en het bestuur voorop.

Het vennootschappelijk belang is duidelijk geen scherp criterium en is qua inkleuring afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit wordt ondersteund door de uitleg van het vennootschappelijk belang door HR in *Cancun*:[504]

> "*Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. In geval van een joint venture-vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking.*"

Zoals hierboven te zien is, is in het geval van een persoonsgebonden samenwerkings-BV een 'omstandigheid' de aard en inhoud van de tussen de partners overeengekomen samenwerking.[505] Het vennootschappelijk belang is dus slechts een hulpmiddel voor de rechter bij de toepassing van open normen in het ondernemingsrecht.[506] In OK *Cancun* wordt door de rechter beredeneerd dat het in strijd handelen met het vennootschappelijk belang een voorbode kan zijn voor handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.[507]

Dergelijke open normen zijn dus van belang op punten waar de wetgever niet de bevoegdheid heeft om specifiek gedrag voor te schrijven.[508] Het zou namelijk onmogelijk zijn voor de wetgever om op het moment dat de wetgeving geschreven wordt, rekening te houden met wat in verschillende omstandigheden redelijk en billijk is of wat het vennootschappelijk belang vereist. Het is dus de taak van de rechter om de open normen in te kleuren, met onder andere het vennootschappelijk belang, en haar oordeel op basis van de omstandigheden – van de zaak en in de maatschappij – aan te passen. Dergelijke open normen geeft dus beweegruimte om handelen te fine tunen op die normen.

Het nadeel van het gebruik van open normen is dat men voor bepaald handelen *achteraf* door de rechter berispt kan worden voor schending van de normen. In een dergelijke zaak wordt de rechter geleid door de specifieke omstandigheden van het geval en zal terughoudendheid in acht genomen moeten worden bij de beslechting. In de literatuur wordt echter wel benadrukt dat de rechter niet op de stoel van het betrokken vennootschapsorgaan moet gaan zitten, op het moment dat zij met elkaar strijdende belangen moet afwegen tegen

---

[504] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*), r.o. 4.2.1.

[505] Zie paragraaf 3.2.2.2 voor een uitgebreide uiteenzetting van het vennootschappelijk belang in het geval van een persoonsgebonden samenwerkings-BV.

[506] Dorrestijn (2015). *'Cancun', bestuursautonomie en vennootschapsbelang*. p. 37. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[507] Gerechtshof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5611, r.o. 3.21, 3.22, 3.27, 3.40, 3.41, 3.44 en 3.45.

[508] Timmerman (2013). *Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 2013/6969. p. 245-248.

elkaar en beslechten.[509] Er moet op dat moment een marginale toetsing plaatsvinden. Het gebruik van open normen, op het gebied van bijvoorbeeld het vennootschappelijk belang, zorgt er voor dat het recht geschikt is om achteraf gezien (*ex post facto*) aan te geven wat *niet* is toegestaan, maar niet geschikt is om vooraf aan te duiden hoe men zich dient te gedragen.[510]

De Haan omschrijft het vennootschappelijk belang als het spook van het vennootschapsrecht – niemand weet precies wat het is of dat het wel bestaat.[511] Op basis van de rechtspraak en literatuur geanalyseerd door de gehele scriptie is aan het bestaan van het vennootschappelijk belang niet te twijfelen. Het vennootschappelijk doel zou dus beter omschreven kunnen worden als de *Mystique*[512] van het Nederlands ondernemingsrecht. Waar de vorm van *Mystique* onbekend is omdat zij van gedaante kan veranderen en zich aanpast aan de situatie waarin zij zich bevindt – is de concrete betekenis van het vennootschappelijk belang ook onbekend en wordt de 'gedaante' van dit belang door de rechtspraak alsmaar aangepast en bijgeschaafd. Aan de hand van het flexibele begrip van het vennootschappelijk belang is gekeken of de open norm geschonden wordt. Met *Cancun* is dus duidelijk geworden dat het bestuur – zelfs in een persoonsgebonden samenwerkings-BV waar de bestuursautonomie zwaar aangetast is door de macht van de partners – de taak heeft om de partners tegen zichzelf in bescherming te nemen.[513]

4.3. AANDEELHOUDER-BESTUURDE BV

Op basis van het feit dat de aandeelhouders – zoals besproken in paragraaf 4.1 – dermate betrokken zijn bij het bestuur en de strategie van de vennootschap, vraag ik mij af waarom de wetgever in 2012 met de invoering van de flex-BV er niet voor gekozen heeft om een 'aandeelhouder-bestuurder BV' rechtsvorm te introduceren. Deze rechtsvorm verwijdert de verplichte scheiding tussen bestuur en aandeelhoudersvergadering.

Het huidige Boek 2 BW hangt echter een duale orgaanstructuur aan. Doormiddel van de duale structuur wordt er een formele scheiding aangebracht tussen de eigenaren van de

---

[509] Verdam (2015). *Iets over de verhouding tussen de institutionele opvatting, het vennootschapsbelang en de norm van redelijkheid en billijkheid, mede in relatie tot bestuurders, commissarissen en aandeelhouders*. p. 75. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.
Schilfgaarde, Winter en Wezeman (2013). *Van de BV en de NV*. Deventer: Kluwer. Nr. 96;
E.J.J. van der Heijden (2013). *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*. Bewerkt door W.C.L. van der Grinten en P. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013. p. 460-461.

[510] Dorrestijn (2015). *'Cancun', bestuursautonomie en vennootschapsbelang*. p. 38. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[511] De Haan noot bij HR 4 april 2014, JOR 2014/290 (*Cancun Holding II*).

[512] Een fictief karakter uit de stripboeken van Marvel Comics. Marvel.com. (n.d.). *Mystique - Marvel Universe Wiki: The definitive online source for Marvel super hero bios.*. [online] Website: https://marvel.com/universe/Mystique [Bekeken 6 Juni 2017].

[513] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 58. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

vennootschap (aandeelhoudersvergadering)[514] en het bestuur van de vennootschap[515] – ook wel "*separation of ownership and control*" genoemd.[516] Dit betekent dat het bestuur is belast met het besturen van de vennootschappen en dat alle bevoegdheden die niet aan het bestuur of anderen zijn toegekend, toekomen aan de eigenaren van de onderneming. Koeman is echter van mening dat een dergelijke scheiding feitelijk niet aanwezig is bij persoonsgebonden BV's – en dus ook niet bij de persoonsgebonden samenwerkings-BV.[517]

De redenering achter de scheiding is dat de aandeelhouder primair zijn eigen belang nastreeft. Het bestuur is echter gehouden de belangen van *alle* stakeholders af te wegen bij de uitvoering van zijn bestuurstaken; het bestuur dient zich te richten naar het vennootschappelijk belang. De Memorie van Toelichting bevordert volgens de minister dergelijke duale structuur dat het bestuur een zelfstandige belangenafweging kan maken, waarbij meer dan alleen het belang van de aandeelhouders wordt meegewogen.[518] Zoals in paragraaf 4.1 van de scriptie uitgewerkt wordt het nastreven van het eigen belang door de aandeelhouders echter wel gelimiteerd – dat partners in een persoonsgebonden samenwerkings-BV hun eigen belang *niet* mogen laten prevaleren boven het belang van de andere partners en in bredere zin het vennootschappelijk belang.[519] De insteek van een persoonsgebonden samenwerkings-BV is immers het *gezamenlijk* tot stand brengen van een onderneming om vervolgens met deze onderneming *gezamenlijk* succes na te streven.[520] Omdat de feitelijke scheiding tussen *ownership and control* feitelijk ontbreekt is het aanhouden van de duale structuur, volgens Pitlo en Raaijmakers, geforceerd en functioneel onnodig.[521]

Naast het feit dat het voor o.a. de persoonsgebonden samenwerkings-BV onnodig is, is het vasthouden aan de duale structuur slecht voor de Europese concurrentiepositie van het Nederlandse ondernemingsrecht. Dit terwijl de invoering van de flex-BV juist onder meer was bedoeld om de concurrentie aan te gaan met andere Europese landen.[522] De aandeelhouder-bestuurder BV is bijvoorbeeld in Frankrijk te vinden in de vorm van de *S.A.S.* (*Société Anonyme Simplifée*)[523] en in Groot-Brittannië in de vorm van de *LLP* (*Limited*

[514] Artikel 2:217 BW.
[515] Artikel 2:239 BW.
[516] Pitlo en Raaijmakers (2006). *Ondernemingsrecht*. Deventer: Kluwer 2006. p. 316.
[517] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 132.
[518] Voorontwerp Wetsvoorstel – Toelichting bij Eerste Tranche – Memorie van Toelichting. *Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid*. 2005. p. 9.
[519] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 65-66. In A. Dorresteijn, J. B. Huizink, T. Raaijmakers, W. van Veen, & A. F. Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.
[520] Raaijmakers (1976). *Joint ventures: Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. Deventer: Kluwer. p. 121-122, 135 en 146.
[521] Pitlo en Raaijmakers (2006). *Ondernemingsrecht*. Deventer: Kluwer 2006. p. 205-206.
[522] Kamerstukken II 2006/2007, 31058, nr. 3. p. 1.
[523] Artikelen L 227-1 tot L 227-20 van de Code de Commerce 2000.

Liability Partnership).[524] Ook Amerika biedt de aandeelhouder-bestuurder BV mogelijkheid, welke een *member managed LLC* genoemd wordt.[525] Het Nederlands Antilliaanse BV-recht, dat in sterke mate op het Nederlands BV-recht lijkt,[526] biedt zelfs sinds 1 maart 2004 reeds de mogelijkheid een aandeelhouder-bestuurder BV, ook wel de "ABBV" genoemd, op te richten.[527] De invoering van deze ABBV in 2004 was met name geïnspireerd op de bezwaren op de duale structuur, omdat er bij het merendeel van de Antilliaanse BV's weinig behoefte was aan formaliteiten met betrekking tot de benoeming en ontslag van bestuurders en het houden van aparte bestuurdersvergaderingen.[528] Het Antilliaanse BV recht heeft niet een dermate grote verandering moeten aanbrengen om de ABBV te introduceren. In artikel 2:8 BW (Antilliaans Recht), waar de duale structuur beschreven wordt, wordt enkel toegevoegd dat "*Met uitzondering van de in artikel 239 bedoelde aandeelhouderbestuurde vennootschap heeft iedere rechtspersoon een bestuur*". In de meeste gevallen kon de Antilliaanse wetgever volstaan met de simpele toevoeging: "*In dat geval wordt in de wet telkens in plaats van bestuurder gelezen: aandeelhouder, en in plaats van het bestuur: de algemene vergadering van aandeelhouders*."[529]

De veranderingen die in Nederland aangebracht zouden moeten worden om een ABBV te introduceren, vergen volgens Timmerman echter een uitgebreidere wettelijke regeling. Dit omdat het huidige BV-recht een uitgebreid aantal dwingendrechtelijke bepalingen kent dat een taak bij het bestuur legt, waardoor er telkens een afwijkende regeling getroffen zal moeten worden.[530] Koeman ziet het minder zwaarmoedig in dan Timmerman en stelt dat de ABBV in veel gevallen op een eenvoudige manier te realiseren valt. Dan wel door de bevoegdheid van het bestuur bij een ABBV over te dragen naar de algemene vergadering.[531] Daarnaast zijn er echter een aantal Boek 2 BW bepalingen die op beperkte schaal zouden moeten worden aangevuld of gewijzigd.

Op het gebied van de externe bestuurdersaansprakelijkheid komt Koeman met de aanbeveling om in artikel 2:248 BW expliciet op te nemen dat indien de vennootschap *geen* bestuursorgaan heeft, de algemene vergadering zal worden aangemerkt als bestuur en iedere aandeelhouder afzonderlijk als bestuurder.[532] Timmerman oppert de directe actie voor de aandeelhouder-bestuurde BV, als alternatief voor de interne bestuurdersaansprakelijkheid van

---

[524] Limited Liability Partnerships Act 2000.
[525] Wet voor *member managed LLC* van Minnesota zie §322C.0407.
[526] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 133.
[527] Artikel 2:239 – 2:242 BW (Nederlands Antilliaans recht).
[528] Van Schilfgaarde (2005). *Hoofdlijnen van het nieuwe Antilliaanse NV- en BV-recht*. In: *Vereenvoudig en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*. Deventer: Kluwer 2005. p. 8.
[529] Artikel 2:239 lid 1 BW (Nederlands Antilliaans recht);
Murray (2006). *De parlementaire geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek. Tekst en toelichting op het nieuw Burgerlijk Wetboek*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
[530] Timmerman (2004). *Een BV zonder bestuur en zonder aandeelhoudersverga- dering*. Ondernemingsrecht 2004/1, 9. p. 1.
[531] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 134-135.
[532] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 135.

artikel 2:9 BW.[533] Op deze manier zal aandeelhouder-bestuurder A, aandeelhouder-bestuurder B die schade toebrengt aan de vennootschap en in strijd handelt met redelijkheid en billijkheid,[534] kunnen aanspreken tot vergoeding van de schade toegebracht aan de vennootschap.

Een optie die geopperd wordt voor het Nederlandse stelsel is de manier van besturen vastleggen in de aandeelhoudersovereenkomst, waarbij alle aandeelhouders en de vennootschap partij zijn.[535] Daarnaast wordt gedacht aan de wijze van bestuur vast te leggen in de statuten.[536] De aandeelhouders treden als het ware in de plaats van het bestuur in een dergelijke 'bestuurloze' vennootschap, waardoor de ABBV ontstaat.[537]

Met de flex-BV werd ook de mogelijkheid om een concrete instructiebevoegdheid voor de algemene vergadering op te nemen in de statuten.[538] Het bestuur is gehouden deze instructies op te volgen, *tenzij* deze in strijd zijn met het vennootschappelijk belang en de met haar verbonden onderneming. In de praktijk van de persoonsgebonden samenwerkings-BV ligt het vennootschappelijk belang echter zeer dicht bij het belang van de aandeelhouders, zoals reeds besproken.[539] Volgens Koeman, ligt in het verlengde van deze stelling dat van de aandeelhouder-bestuurders vereist kan worden dat zij zich richten naar het vennootschappelijk belang en zodoende binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid de belangen van andere stakeholders laat mee wegen.[540] Ook indien het aandeelhouders belang en het vennootschappelijk belang niet dicht bij elkaar zouden liggen, zouden de aandeelhouders, zoals reeds eerder betoogd hierboven, hun eigen belang niet mogen laten prevaleren boven het belang van de andere partners en in bredere zin het vennootschappelijk belang.[541] De grenzen van de redelijkheid en billijkheid van 2:8 BW in deze context zouden door de rechtspraak verder worden ingekleurd op basis van de omstandigheden van het geval.[542] Ook zullen de aandeelhouder-bestuurders aangesproken kunnen worden op grond van misbruik van bevoegdheid,[543] op het moment dat zij bepaalde stakeholders onevenredig benadelen.[544]

---

[533] Timmerman (2004). *Een BV zonder bestuur en zonder aandeelhoudersverga- dering*. Ondernemingsrecht 2004/1, 9. p. 4-5.

[534] Artikel 2:8 BW.

[535] De Kluiver *et al.* (2004). *Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse Bv-Recht*. *Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse Bv-Recht*. Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken. p. 21-24.

[536] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 133.

[537] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 133.

[538] Artikel 2:239 lid 4 BW – zie voor een uitgebreide omschrijving van dit artikel en de bevoegdheden, paragraaf 3.2.1.2 van de scriptie.

[539] Kamerstukken II 2006/2007, 31058, nr. 6. p. 52.

[540] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 134.

[541] Van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij joint ventures na Cancun: what's new?* p. 65-66. In A. Dorresteijn, J. B. Huizink, T. Raaijmakers, W. van Veen, & A. F. Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[542] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 134.

[543] Artikel 3:13 lid 2 BW.

Hierdoor zou het recht daarom voldoende waarborgen bieden om de aandeelhouder-bestuurders te beperken in het met oogkleppen op nastreven van hun eigen aandeelhoudersbelang.[545]

In het spectrum van vennootschapsvormen in Nederland zou de ABBV tussen de personenvennootschap en de kapitaalvennootschap te plaatsen zijn, aldus Koeman.[546] De ABBV zou kunnen worden gezien als de BV-light variant, omdat het de combinatie mogelijk maakt tussen de aandeelhouders die het bestuur op zich nemen – wat vergelijkbaar is met de vennoot in een personenvennootschap – en de beperkte aansprakelijkheid van de kapitaalvennootschap. Met deze combinatie wordt de grens tussen de personenvennootschap en de kapitaalvennootschap genuanceerd, waar reeds langere tijd voor gepleit wordt door Raaijmakers.[547] Koeman gaat hierin een stap verder door te pleiten voor een ABBV met fiscale transparantie, wat volgens hem de ontbrekende schakel in het Nederlandse vennootschapsrecht is.[548] Met name voor de persoonsgebonden samenwerkings-BV zou de ABBV met fiscale transparantie een waardevolle toevoeging zijn, omdat dit de mogelijkheid creëert om verliezen direct in mindering te brengen op de belastbare winst van de partners.[549]

Naast het feit dat de ABBV dus goed zou zijn voor de Europese concurrentiepositie van het Nederlandse BV-recht, zou het er ook voor zorgen dat (o.a.) de persoonsgebonden samenwerkings-BV niet meer hoeft te voldoen aan het creëren van de onnodige en de in de praktijk niet aanwezige scheiding tussen het bestuur en aandeelhouders vergadering. Op deze manier zal het probleem van *Cancun* – het verlangen dat het bestuur ingrijpt op het moment dat de relatie tussen partners verslechtert – worden opgelost; partners zullen dan wel voor deze rechtsvorm moeten kiezen. Partners/ aandeelhouders zouden dan zelf verantwoordelijk gehouden worden op het moment dat de samenwerking onsuccesvol is doordat (een van de) aandeelhouders hun eigen belang nastreven zonder rekening te houden met andere stakeholders belangen en het vennootschappelijk belang.

4.4. VRIJHEID VAN RELIGIE ALDUS HET HvJ-EU

In maart 2017 kwam het HvJ-EU met twee uitspraken naar buiten die op zijn minst gezegd controversieel genoemd kunnen worden.[550] Het is echter moeilijk om een directe link te maken met het *Cancun* arrest en de controversie hieromtrent, doordat het HvJ-EU zijn uitspraak niet baseert op vennootschapsrechtelijke argumenten, maar op rechten van de mens

---

[544] Löwensteyn (1959). *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*. (diss. UvA Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959. Nr. 293.

[545] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 134.

[546] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 133.

[547] Raaijmakers (1987). *Rechtspersonen tussen contract en instituut*. Deventer: Kluwer 1987.

[548] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 134.

[549] Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009. p. 134.

[550] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203;
Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-188/15 ECLI:EU:C:2017:204.

en anti-discriminatie wetgeving. Toch zijn het twee interessante arresten om nader te bekijken, omdat er een lijn te trekken valt naar *Hobby Lobby*.

In deze uitspraken handhaafde het HvJ-EU het verbod op het zichtbaar dragen van politieke, filosofische of religieuze symbolen op de werkvloer. In de toekomst kan dit dus met zich mee brengen dat Europese bedrijven bepaalde regels kunnen introduceren welke politieke, filosofische en/of religieuze symbolen geheel verbieden. In de onderhavige uitspraken ging het omtrent twee vrouwelijke werknemers (Mevr. Achbita en Mevr. Bougnaoui) in respectievelijk België en Frankrijk, welke ontslagen waren omdat zij hun hoofddoek niet wilden afdoen nadat klanten geklaagd hadden, omdat dit "ongemak heeft veroorzaakt"[551]. [552] De bedrijven voeren aan dat zij voordat de vrouwen aangenomen werden aangegeven hebben dat zij "volstrekte eerbied hebben voor het beginsel van de vrijheid van meningsuiting en voor ieders religieuze overtuigingen, maar dat u […] niet in alle omstandigheden een hoofddoek zou kunnen dragen."[553] In beide zaken stond Richtlijn 2000/78 (hierna: de 'Richtlijn') centraal en de interpretatie van het in Artikel 2 van de Richtlijn gebruikte 'directe [en] indirecte discriminatie' centraal.[554]

Artikel 2 van de Richtlijn bepaalt het volgende:

> "*1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.*
> *2. Voor de toepassing van lid 1 is er:*
> *a) 'directe discriminatie', wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;*
> *b) 'indirecte discriminatie', wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt,*
> *i) tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn,* [...]"
> [...]

In de zaak van Mevr. Achbita werd de prejudiciële vraag gesteld of er sprake is van directe discriminatie in de zin van artikel 2 lid 2 sub a van de Richtlijn, indien werknemers die een bepaald geloof of overtuiging aanhangen, op basis van een interne regel, verschillend worden behandeld.[555] Het arbeidsreglement van het bedrijf waar Mevr. Achbita werkzaam was luidde als volgt: "het is aan de werknemers verboden om op de werkplaats zichtbare tekenen te dragen van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en/of elk ritueel dat daaruit voortvloeit te manifesteren".[556] Het HvJ-EU stelt dat de onderhavige interne regel verwijst naar het dragen van zichtbare tekenen van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen –

[551] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-188/15 ECLI:EU:C:2017:204, r.o. 14.
[552] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, r.o. 11-16; Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-188/15 ECLI:EU:C:2017:204, r.o. 13-14.
[553] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-188/15 ECLI:EU:C:2017:204, r.o. 14.
[554] Artikel 4, lid 1 Richtlijn 2000/78.
[555] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, r.o. 29.
[556] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, r.o. 15.

de regel geldt ten aanzien van *alle* zichtbare tekenen van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen, zonder dat er enig onderscheid gemaakt wordt tussen uitingen van overtuigingen.[557] De interne regel behandelt daarom *alle* werknemers binnen de onderneming op een gelijke wijze door hen te verplichten zich neutraal te kleden. Het HvJ-EU concludeert daarom dat er geen sprake is van verschil in behandeling dat rechtstreeks gebaseerd is op godsdienst of overtuiging in de zin van artikel 2 lid 2 sub a van de Richtlijn. Daarnaast is er volgens het HvJ-EU geen sprake van indirecte discriminatie, in de zin van artikel 2 lid 2 sub b van de Richtlijn, doordat de interne regel een legitiem doel nastreeft. De wil om in relaties met publieke en particuliere klanten een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit te handhaven, wordt als een legitiem doel bestempeld.[558]

Daarnaast stelt het HvJ-Eu in de zaak van Mevr. Bougnaoui dat indien het ontslag gebaseerd was op de niet-inachtneming van een interne regel die binnen de onderneming gold en die het dragen van zichtbare tekenen van een politieke, filosofische of godsdienstige overtuiging verbood. Als bovendien zou blijken dat deze op het oog neutrale regel in feite tot gevolg heeft dat de personen die een bepaalde godsdienst aanhangen of een bepaalde overtuiging hebben, zoals Bougnaoui, bijzonder worden benadeeld, moet worden geconcludeerd dat er sprake is van 'indirecte discriminatie', in de zin van artikel 2 lid 2 sub b van de Richtlijn.[559] Het HvJ-EU vervolgt echter dat er *geen* sprake is van 'indirecte discriminatie' indien het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel van het bedrijf – in dit geval een beleid van neutraliteit jegens haar klanten – en dat de middelen voor het bereiken van een dergelijk doel proportioneel en noodzakelijk waren.[560]

Door het HvJ-EU wordt er (vooralsnog) geen verschil gemaakt tussen de rechtsvorm waarin de onderneming gedreven wordt. In het geval van Mevr. Achbita was de onderneming waarvoor zij werkte een Belgische NV, een rechtsvorm vergelijkbaar met de Nederlandse NV.[561] Mevr. Bougnaoui werkte voor een Franse *Société Anonyme* ("S.A.") – een rechtsvorm die ook sterk lijkt op de Nederlandse NV.[562] In beide zaken is er dus sprake van bedrijven die hun onderneming voeren in een NV. Naar alle waarschijnlijkheid is er hier echter sprake van 'toeval' en het zal naar mijn mening niet uitmaken welke rechtsvorm de onderneming drijft, alle rechtsvormen zullen gebruik kunnen maken van deze uitspraak voor het implementeren van dergelijke limiterende interne regels, mits deze voldoen aan de randvoorwaarden.

De conclusie valt dus te trekken dat een bedrijf in Europa vrij is interne regels te implementeren in haar bedrijfsvoering ten opzichte van haar werknemers die het dragen van zichtbare tekenen van een politieke, filosofische of godsdienstige overtuiging *geheel* verbiedt. Dergelijke interne regels mogen echter *geen* verschil maken tussen verschillende politieke, filosofische of godsdienstige overtuigingen – indien er verschil gemaakt wordt zal er sprake

[557] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, r.o. 30.
[558] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, r.o. 35-38.
[559] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-188/15 ECLI:EU:C:2017:204, r.o. 32.
[560] Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-188/15 ECLI:EU:C:2017:204, r.o. 33.
[561] Van Wal en Nijman (2011). *Verschillen in Zakendoen Tussen België en Nederland*. BDO. p. 15-16.
[562] Ondernemen-frankrijk.nl. (n.d.). *Andere bedrijfsvormen | Ondernemen in Frankrijk*. [online] Website: http://www.ondernemen-frankrijk.nl/uw-bedrijf-in-frankrijk/bedrijfsvormen-en-belastingregimes/meer-bedrijfsvormen/ [Bekeken 26 mei 2017].

zijn van directe discriminatie in de zin van artikel 2 lid 2 sub a van de Richtlijn. Daarnaast moeten dergelijke interne regels objectief gerechtvaardigd worden door een legitiem doel van het bedrijf.

Wat als er nu gekeken wordt naar *Hobby Lobby* door een 'HvJ-EU bril'? In *Hobby Lobby* was het de onderneming (en haar eigenaren) die het Christelijke geloof aanhingen en niet bepaalde werknemers die zich op een religieuze manier wilden uiten.[563] Daarnaast werden de werknemers niet gediscrimineerd op grond van hun geloof – het geloof van de onderneming stond aan de basis om te discrimineren jegens zijn werknemers.

Zoals reeds in detail besproken in hoofdstuk 2 van de scriptie, werden op basis van de geloofsbelijdenis van de onderneming bepaalde anticonceptiemiddelen voor vrouwelijke werknemers niet vergoed door *Obamacare* in o.a. de Hobby Lobby winkels.[564] Deze vrouwen worden dus sterk financieel benadeeld, enkel door het feit dat de bedrijven waarvoor zij werken de regels van het Christendom streng volgen. Indien er bijvoorbeeld sprake zou zijn van een Joodse onderneming zou er geen probleem zijn.[565] Artikel 1 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (hierna: het 'Verdrag'), waar overweging 4 van de Richtlijn ook naar verwijst, stelt het volgende:

> "*Elke vorm van onderscheid, uitsluiting of beperking op grond van geslacht, die tot gevolg of tot doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening door vrouwen van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, op het terrein van de burgerrechten of welk ander gebied dan ook, ongeacht hun echtelijke staat, op de grondslag van gelijkheid van mannen en vrouwen aan te tasten of teniet te doen.*"

Op basis van overweging 4 van de Richtlijn moet o.a. dit Verdrag dus in acht genomen worden in de bedrijfsvoering van ondernemingen. Naast het feit dat Europa over het algemeen liberaler is op het gebied van anticonceptiemiddelen, valt er veel voor te zeggen dat *Hobby Lobby* op basis van artikel 1 van het Verdrag anders beslist zou zijn. Door de anticonceptiemiddelen van de bij Hobby Lobby werkzame vrouwen *niet* te vergoeden, in andere woorden een deel van hun ziektekosten niet te vergoeden, wordt de grondslag van gelijkheid aangetast. Interessante kanttekening: Amerika heeft het Verdrag wel ondertekend

---

[563] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 11-14.

[564] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 41.

[565] De Talmoed maakt vooral groot bezwaar tegen gebruik van anticonceptie door de *man*. Gebruik door de vrouw onder andere toegestaan als een zwangerschap ernstige risico's van geestelijke of lichamelijke aard oplevert voor haar of het kind;
Gyn&co. (2016). *Anticonceptie, religie en cultuur: een duidelijk verband? - Gyn&co*. [online] Website: http://www.gynandco.be/nl/anticonceptie-religie-en-cultuur-een-duidelijk-verband/ [Bekeken 31 Mei 2017];
Users.skynet.be. (n.d.). *(On)vruchtbaarheidsbehandeling bij de man*. [online] Website: http://users.skynet.be/religie_info_site/Bio-Ethiek/(On)vruchtbaarheidsbehandeling%20bij%20de%20man.html [Bekeken 31 May 2017].

in 1980, maar *niet* geratificeerd.[566] In principe zou de onderneming dus vrij zijn om interne regels op te stellen, net zoals de ondernemingen dat waren in de HvJ-EU zaken. Indien de interne regels echter een discriminatoire grondslag hebben, zonder een legitiem doel na te streven, zal dit door het HvJ-EU niet rechtmatig zijn.

Hierboven is naar *Hobby Lobby* gekeken met een 'HvJ-EU bril' en wordt er beredeneerd op basis van discriminatie wetgeving. In hoofdstuk 3 is echter reeds naar voren gekomen dat *Hobby Lobby* ook op basis van vennootschapsrecht anders zou worden besloten in Nederland. Dit bijvoorbeeld naar aanleiding van Raaijmakers' bijdragen voor de flex-BV, waarin hij aangeeft dat het vennootschappelijk belang van een grote vennootschap niet gelimiteerd is tot het aandeelhoudersbelang, maar genuanceerd wordt door belangen van de vele stakeholders (zoals werknemers en maatschappelijke belangen) die van invloed zijn op de grote vennootschap.[567] Bulten vervolgt dat het naast het aantal aandeelhouders, tevens gaat over de omvang van de aan de vennootschap verbonden onderneming en de belangen die bij de onderneming betrokken zijn.[568] Het aandeelhoudersbelang van de aandeelhouders in Hobby Lobby met haar 13,000 werknemers en 500+ vestigingen,[569] zal in Nederland dus dermate genuanceerd worden door de werknemersbelangen (en maatschappelijke belangen).

4.5. PORTER'S VOORSPELLING

Michael Porter – management goeroe en Harvard Professor die het vijfkrachtenmodel heeft ontwikkeld waarmee het winstpotentieel van een markt bepaald kan worden – heeft in juni 2013 voorspeld dat in de toekomst bedrijven die wereldproblemen oplossen winst gaan maken in plaats van dat die bedrijven wereldproblemen veroorzaken.[570] Bedrijven zullen echter winst gaan maken door het oplossen van wereldproblemen – Porter noemt zijn theorie '*shared value*'.[571] Een voorbeeld dat Porter geeft is luchtvervuiling – vermindering van luchtvervuiling en emissie bespaart geld (denk aan belastingvoordelen) en het maakt het bedrijf efficiënter, productiever en er worden minder resources verspild.[572] Daarnaast haalt Porter aan dat het een veiligere werkomgeving creëert, waardoor minder ongelukken veroorzaakt worden wat het bedrijf winstgevender maakt. Ook benadrukt Porter de

---

[566] Treaties.un.org. (2017). *UNTC*. [online] Website: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en [Bekeken 31 Mei 2017].

[567] Kamerstukken II 2006/07, 31058, p. 3.

[568] Bulten (2014). *De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid*. Ondernemingsrecht 2014/94. Afl. 10/11. p. 2.

[569] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 13.

[570] Porter (2013). *Transcript of "The case for letting business solve social problems"*. [online] Ted.com. Website: https://www.ted.com/talks/michael_porter_why_business_can_be_good_at_solving_social_problems/transcript?language=en [Bekeken 2 Juni 2017].

[571] Fast Company. (2015). *Never Mind Corporate Responsibility, Companies Can Solve Actual Social Problems*. [online] Website: https://www.fastcompany.com/3039695/never-mind-corporate-responsibility-companies-can-solve-actual-social-problems [Bekeken 2 Juni 2017].

[572] Porter (2013). *Transcript of "The case for letting business solve social problems"*. [online] Ted.com. Zie 9:57 min. Website: https://www.ted.com/talks/michael_porter_why_business_can_be_good_at_solving_social_problems/transcript?language=en [Bekeken 2 Juni 2017].

gezondheid van de werknemers – indien de gezondheid van de werknemers gestimuleerd wordt zullen deze productief hun werk kunnen blijven voortzetten, wat goed is voor het bedrijf.[573] Door in te zoomen op de raakvlakken tussen bedrijfs- en maatschappelijke problemen is er fundamentele en diepgewortelde synergie te ontdekken, aldus Porter. Ook al hangt er een kostenplaatje aan op de korte termijn om dergelijke milieuvriendelijke bedrijfsvoering te implementeren, wat veel bedrijven afschrikt, in de lange termijn is er veel winst mee te maken volgens Porter.[574]

Maar hoe kan dit bewerkstelligd worden vanuit ondernemingsrechtsperspectief? In Nederland is het sinds 1949 reeds algemeen aanvaard dat het vennootschappelijke doel ruimer kan zijn dan alleen het dienen van het aandeelhoudersbelang, zoals besproken in paragraaf 2.1.1 van de scriptie – het zou dus geen probleem zijn voor Nederlandse ondernemingen om bovengenoemde 'shared value' na te streven.[575] In paragraaf 3.2.1.1 van de scriptie is echter ingegaan op het feit dat het Amerikaanse rechtsstelsel, met haar shareholdersmodel, anders in elkaar zit. Het shareholdersmodel – en dus winstmaximalisatie – heeft nog steeds de overhand in Amerika waar het gaat om beursvennootschappen. Voor niet-beursgenoteerde vennootschappen, geldt dat de (controlerende) aandeelhouders het financiële beleid – of er op korte of lange termijn aandeelhouderswaarde wordt gecreëerd – kunnen uitstippelen.[576] Waar 41 staten inmiddels '*constituency statutes*' hebben geïmplementeerd, welke ervoor gezorgd hebben dat strikte toepassing van het shareholdersmodel niet geheel dwingend is,[577] hangt de op ondernemingsrecht gebied belangrijkste staat, Delaware, nog steeds het shareholdersmodel aan. Dit betekent dus dat in de 41 staten met '*constituency statutes*' bestuurders van beursvennootschappen de macht hebben om tijdens het uitoefenen van hun taken rekening te houden met de belangen van stakeholders – dergelijke bestuurders kunnen er dus voor kiezen om 'shared value' als hoofddoel na te streven in de bedrijfsvoering.[578] Bedrijven in Delaware zullen echter ook de mogelijkheid hiervoor hebben – het bestuur kan het nastreven van 'shared value' zo inkleden dat het als doeleinde heeft winst te maken voor de onderneming. Om dit doel als hoofddoel te stellen zal echter een moeilijke klus zijn. Het bestuur en aandeelhouders zullen hier, naar alle waarschijnlijkheid, niet snel mee instemmen.

Is er echter naast de 'shared value' optie, ook de mogelijkheid om duurzaam ondernemen na te streven via *Hobby Lobby*? Zoals reeds in paragraaf 2.1.1. van de scriptie

---

[573] Porter (2013). *Transcript of "The case for letting business solve social problems"*. [online] Ted.com. Zie 9:57 min. Website: https://www.ted.com/talks/michael_porter_why_business_can_be_good_at_solving_social_problems/transcript?language=en [Bekeken 2 Juni 2017].

[574] Porter (2013). *Transcript of "The case for letting business solve social problems"*. [online] Ted.com. Zie 9:57 min. Website: https://www.ted.com/talks/michael_porter_why_business_can_be_good_at_solving_social_problems/transcript?language=en [Bekeken 2 Juni 2017].

[575] HR 1 april 1949, NJ 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*).

[576] McDonnell (2004). *Corporate Constituency Statutes and Employee Governance.* 30 William Mitchell Law Review 1227. p. 1232-1235.

[577] Keay (2007), *Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's 'Enlightened Shareholder Value Approach'*. Sydney Law Review, Vol 29:577:2007. p. 594-595.

[578] Keay (2007), *Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's 'Enlightened Shareholder Value Approach'*. Sydney Law Review, Vol 29:577:2007. p. 594-595.

aangekaart, raakt de Court met *Hobby Lobby* echter de kern van het Amerikaanse shareholdersmodel. De Court stelt dat ondanks dat de meeste vennootschappen het creëren van winst als centraal doel stellen, vereist het vennootschapsrecht *niet* dat een vennootschap winst nastreeft ten koste van andere mogelijke belangen.[579] Op basis van *Hobby Lobby* kunnen bedrijven zich dus op een dergelijke manier inrichten, zodat zij voorrang geven aan (bepaalde) religieuze belangen van de aandeelhouders. Zoals aangetoond in paragraaf 2.1.3. zijn vele instellingen en groeperingen het eens met Justice Ginsburg – zij zijn bang voor de deur die wagenwijd open gezet wordt door de Court voor '*me too*' religieuze bezwaren door ondernemingen op het gebied van discriminatie tot medische procedures.[580] Conservatief Amerika heeft met *Hobby Lobby* een belangrijk hulpmiddel gevonden om hun (gedateerde) conservatieve instelling(en) te implementeren in hun bedrijfsvoering – zie de zaak waar de uitvaartonderneming een van zijn werknemers op basis van *Hobby Lobby* legaal kon ontslaan enkel om het feit dat zij transgender was en dit 'tegen' de Bijbel in gaat.[581]

Doordat het in *Hobby Lobby* om drie 'closely held corporations' ging, valt er voor te pleiten dat het Amerikaanse shareholdersmodel enkel in de kern is geraakt voor dergelijke 'closely held corporations'. Justice Ginsburg, zoals reeds beschreven in paragraaf 2.1.2., is echter van mening dat de logica, gebruikt in *Hobby Lobby* door de Court, zich uitstrekt tot andere 'corporations' – privaat of publiek, klein of groot.[582] Of andere rechtsvormen zich op *Hobby Lobby* kunnen beroepen is nog niet duidelijk, omdat in de reeds bekende zaak, waar een beroep gedaan werd op *Hobby Lobby*, ook een 'closely held for-profit corporation' een beroep deed op zijn religieuze vrijheid.[583] Hoe ver de reikwijdte van *Hobby Lobby* is op zowel het gebied van de rechtsvorm als de '*me too'* religieuze bezwaren,[584] kan enkel de toekomst uitwijzen. Het lijkt echter dat op het moment je geïncorporeerd bent in Amerika, er federaal geen rem meer zit op in hoever men kan gaan met een beroep doen op religieuze vrijheden in de bedrijfsvoering.

Met de hierboven uiteengezette situatie die *Hobby Lobby* gecreëerd heeft, is het interessant ons af te vragen of het Amerikaanse shareholdersmodel *ook* aan de kant gezet kan worden op het moment dat niet religie op nummer één staat, maar duurzaam ondernemen. Zoals reeds aangegeven in paragraaf 3.2.1.1., geeft de Court in *Hobby Lobby* aan dat ondanks dat de meeste vennootschappen het creëren van winst als centraal doel is gesteld, het

---

[579] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23.

[580] Wydra (2014). *Court helps companies, not humans*. [online] CNN. Website: http://edition.cnn.com/2014/06/30/opinion/wydra-hobby-lobby-wins-court/ [Bekeken 12 Jul. 2016].

[581] *Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc*., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710. p. 16, 30.

[582] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 19-20.

[583] *Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc*., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710. p. 7;
De andere reeds bekende zaak is *Perez v. Paragon Contractors* (2014) waar het ging om een kerk – deze rechtsvorm is minder relevant in deze context.

[584] Wydra (2014). *Court helps companies, not humans*. [online] CNN. Website: http://edition.cnn.com/2014/06/30/opinion/wydra-hobby-lobby-wins-court/ [Bekeken 12 Jul. 2016];
Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Ginsburg Dissenting. p. 33-34.

vennootschapsrecht *niet* vereist dat een vennootschap winst nastreeft ten koste van andere mogelijke belangen. Het enige obstakel is dat de aandeelhouders met de verandering van koers moeten instemmen:[585]

> "*While it is certainly true that a central objective of for-profit corporations is to make money, modern corporate law does not require for-profit corporations to pursue profit at the expense of everything else, and many do not do so. For-profit corporations, with ownership approval, support a wide variety of charitable causes, and it is not at all uncommon for such corporations to further humanitarian and other altruistic objectives.* [...] *So long as its owners agree, a for-profit corporation may take costly pollution-control and energy-conservation measures that go beyond what the law requires. A for-profit corporation that operates facilities in other countries may exceed the requirements of local law regarding working conditions and benefits. If for-profit corporations may pursue such worthy objectives, there is no apparent reason why they may not further religious objectives as well.*"

De Court geeft dus duidelijk aan, wanneer de aandeelhouders vóór stemmen, is het voor 'for-profit corporations' geen probleem om niet het winstoogmerk als prioriteit te stellen, maar bijvoorbeeld duurzaam ondernemen na te streven. Naast de shares value optie, zoals hierboven besproken, opent de Court dus de mogelijkheid voor aandeelhouders om zich te beroepen op *Hobby Lobby* wanneer zij er voor kiezen om de onderneming duurzaam in te richten. De Court maakt in wezen een cirkelredenatie om tot de conclusie te komen dat religieuze overtuigingen ondernemend nagestreefd mogen worden – met aandeelhoudersstem kan duurzaam ondernemen prioriteit nummer één krijgen, boven het nastreven van winst, terwijl het shareholdersmodel eigenlijk de leidende visie is in de VS, waarom zou men dan niet religieuze belangen op eenzelfde wijzen mogen nastreven. Aandeelhouders zullen zich dus *ook* op *Hobby Lobby* kunnen beroepen op het moment dat het beleid van duurzaam ondernemen ondermijnd wordt door betrokkenen. Er zal dus kunnen worden gezegd dat het duurzaam ondernemen als het waren onder de '*me too'* religieuze bezwaren kunnen vallen. Op deze manier kunnen aandeelhouders een beroep doen op duurzaam ondernemen en dit plaatsen voor het nastreven van een winstoogmerk. Dit betekent dus dat, op basis van de theorie van Justice Ginsburg, zowel 'closely held corporations' als andere rechtsvormen zich op *Hobby Lobby* kunnen beroepen indien zij er voor kiezen om duurzaam te ondernemen.

In het huidige bedrijfsklimaat, in binnen- en buitenland, is te zien dat 'going green' een 'hot item' is voor grote bedrijven.[586] Een voorbeeld hiervan is McDonalds, welke de PS-hardschuim verpakkingen van de hamburgers heeft verbannen, ook hebben zij ervoor gekozen nauw samen te werken met PETA[587] om ervoor te zorgen dat de dieren gebruikt door

---

[585] *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621. Opinion of the Court. p. 23.

[586] Green (2016). *6 Companies Going Green*. [online] U.S. Green Technology. Website: http://usgreentechnology.com/6-companies-going-green/ [Bekeken 2 Juni 2017];
Business Pundit. (2008). *25 Big Companies That Are Going Green*. [online] Website: http://www.businesspundit.com/25-big-companies-that-are-going-green/ [Bekeken 2 Juni 2017].

[587] PETA - People for the Ethical Treatment of Animals. De grootste dierenrechtenorganisatie ter wereld. PETA. (n.d.). *People for the Ethical Treatment of Animals (PETA): The animal rights organization*. [online] Website: https://www.peta.org/ [Bekeken 2 Juni 2017].

McDonalds diervriendelijk worden behandeld.[588] Naar mijn mening zullen het voor nu echter vooral de grote bedrijven/multinationals zijn die, vooral, het kapitaal ter beschikking hebben om dergelijke milieuvriendelijke bedrijfsvoering te implementeren. Het is echter wel een interessant punt wat Porter maakt en het valt dus nog te bezien of bedrijven in de toekomst gaan inzien dat het implementeren van dergelijke bedrijfsvoering niet alleen goed is voor de maatschappij, maar ook voor hun portemonnee. Een zeer recentelijke ontwikkeling – Trump die aangegeven heeft dat Amerika zich zal terugtrekken uit het Akkoord van Parijs, het 'Klimaatakkoord' – zal echter bepaalde bedrijven niet stimuleren om een milieuvriendelijke bedrijfsvoering te implementeren.[589]

4.6. *HOBBY LOBBY* IN 2016-2017

Hobby Lobby blijft in de VS voor controversie zorgen, zoals uiteen gezet in hoofdstuk 2 van de scriptie met recente uitspraken van lagere rechtbanken welke naar *Hobby Lobby* refereren in hun argumentatie.[590] *Hobby Lobby* heeft het Amerikaanse 'leven' op meerdere gebieden beïnvloed – het heeft als katalysator gewerkt voor meerdere bezwaren op het anticonceptiemandaat en het heeft gezorgd voor munitie voor de democraten in het Amerikaanse politieke speelveld. In alle delen van de *separation of power* in Amerika (Trias Politica) – executive, judicial en legislative branch – heeft *Hobby Lobby* de afgelopen jaren invloed gehad.

4.6.1. *ZUBIK V BURWELL*[591]

In *Zubik v Burwell* moest de Supreme Court zich buigen over de vraag of 'religious institutions', naast kerken, zouden moeten worden vrijgesteld van het anticonceptiemandaat van *Obamacare*, welke niet-kerkelijke ondernemingen verplicht bepaalde anticonceptiemiddelen te vergoeden voor vrouwelijke werknemers.[592] Het meerendeel van Court of Appeals stelt dat religieuze groepen een 'opt-out' mogelijkheid hebben voor het anticonceptiemandaat en moeten een formulier invullen welke de kosten naar verzekeringsmaatschappijen en de overheid zouden verschuiven.[593] Religieuze instanties die de zaken begonnen zijn, zijn van mening dat het invullen van dergelijke formulieren voor een

---

[588] PETA. (2000). *McDonald's Stops Worst Abuse of Chickens and Other Farmed Animals*. [online] Website: https://www.peta.org/about-peta/victories/mcdonalds-stops-worst-abuse-chickens-farmed-animals/ [Bekeken 2 Jun. 2017].

[589] Shear (2017). *Trump Will Withdraw U.S. From Paris Climate Agreement*. [online] Nytimes.com. Website: https://www.nytimes.com/2017/06/01/climate/trump-paris-climate-agreement.html [Bekeken 2 Juni 2017].

[590] *Perez v. Paragon Contractors* (2014), US District Court for the District of Utah Central Division, Case No. 2:13CV00281-DS;
Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710.

[591] *David A. Zubik et al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.* (2016) 578 U.S. ___ 136 S. Ct. 1557, 194 L. Ed. 2d 696, 2016 U.S. LEXIS 3047, 84 U.S.L.W. 4257, 26 Fla. L. Weekly Fed. S 127.

[592] Zie paragraaf 2.1 van de scriptie voor een uitgebreide uiteenzetting van *Obamacare* en het anticonceptiemandaat.

[593] Liptak (2016). *Justices Seem Split in Case on Birth Control Mandate*. [online] Nytimes.com. Website: https://www.nytimes.com/2016/03/24/us/politics/supreme-court-case-on-contraceptives-mandate-may-offer-little-closure.html [Bekeken 1 Juni 2017].

'substantial burden' zorgt.[594] De Court of Appeals van het 8ste Circuit stelt echter dat een dergelijke accommodatie een overtreding is van de RFRA en sluit zich dus aan bij de religieuze instanties.[595]

Door het overlijden van Justice Scalia op 13 februari 2016, bestond de Supreme Court op het moment van de uitspraak uit 8 Justices. Hierdoor was de kans op een 4-4 'gelijk spel' groot, wat zou betekenen dat de zeven onderliggende uitspraken[596] van de Court of Appeals zouden worden bevestigd.[597] Met een 'gelijk spel' uitspraak zou de Supreme Court *geen* precedent creëren, alle zeven Court of Appeals uitspraken zullen echter bevestigd worden wat betekent dat religieuze groeperingen verspreid door Amerika tegenstrijdige verplichtingen zullen hebben.

Waar het leek dat de Supreme Court niet nog meer onduidelijkheid kon creëren met *Hobby Lobby*, is het ze toch gelukt – door feitelijk geen uitspraak te doen in *Zubik v Burwell*. De Supreme Court zegt zelfs letterlijk: "*The Court expresses no view on the merits of the cases*."[598] Op 16 mei 2016 heeft de Supreme Court de zeven lagere uitspraken 'vacated' en teruggestuurd naar de desbetreffende Court of Appeals voor herziening.[599] Voor nu blijft het dus afwachten hoe de respectievelijke Court of Appeals de zaken gaan beslechten.

---

[594] *David A. Zubik et al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.* (2016) 578 U.S. ___ 136 S. Ct. 1557, 194 L. Ed. 2d 696, 2016 U.S. LEXIS 3047, 84 U.S.L.W. 4257, 26 Fla. L. Weekly Fed. S 127. Per Curiam Decision, p. 3.

[595] Liptak (2016). *Justices Seem Split in Case on Birth Control Mandate*. [online] Nytimes.com. Website: https://www.nytimes.com/2016/03/24/us/politics/supreme-court-case-on-contraceptives-mandate-may-offer-little-closure.html [Bekeken 1 Juni 2017];
Epps (2016). *Why the U.S. Supreme Court's Issued a Nonsense Ruling on the Obamacare Contraceptive Mandate*. [online] The Atlantic. Website: https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/05/the-supreme-courts-non-sensical-ruling-in-zubik/482967/ [Bekeken 1 Juni 2017].

[596] De zeven onderliggende zaken:

1) *David A. Zubik, et al., Petitioners v. Sylvia Burwell, Secretary Of Health And Human Services, et al.*
2) *Priests For Life, et al., Petitioners V. Department Of Health And Human Services, et al.*, 7 F. Supp. 3d 88, 2013 U.S. Dist. LEXIS 177951, 2013 WL 6672400 (D.D.C. Dec. 19, 2013)
3) *Roman Catholic Archbishop Of Washington, et al., Petitioners v. Sylvia Burwell, Secretary Of Health And Human Services, et al.;*
4) *East Texas Baptist University, et al., Petitioners v. Sylvia Burwell, Secretary Of Health And Human Services, et al.*, 793 F.3d 449, 2015 U.S. App. LEXIS 10513 (5th Cir. Tex. June 22, 2015)
5) *Little Sisters Of The Poor Home For The Aged, Denver, Colorado, et al., Petitioners v. Sylvia Burwell, Secretary Of Health And Human Services, et al.*, 794 F.3d 1151, 2015 U.S. App. LEXIS 12145 (10th Cir. Colo. July 14, 2015)
6) *Southern Nazarene University, et al., Petitioners v. Sylvia Burwell, Secretary Of Health And Human Services, et al.;*
7) *Geneva College, Petitioner v. Sylvia Burwell, Secretary Of Health And Human Services, et al.*

[597] Liptak (2016). *Justices Seem Split in Case on Birth Control Mandate*. [online] Nytimes.com. Website: https://www.nytimes.com/2016/03/24/us/politics/supreme-court-case-on-contraceptives-mandate-may-offer-little-closure.html [Bekeken 1 Juni 2017].

[598] *David A. Zubik et al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.* (2016) 578 U.S. ___ 136 S. Ct. 1557, 194 L. Ed. 2d 696, 2016 U.S. LEXIS 3047, 84 U.S.L.W. 4257, 26 Fla. L. Weekly Fed. S 127. Per Curiam Decision, p. 4.

[599] *David A. Zubik et al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.* (2016) 578 U.S. ___ 136 S. Ct. 1557, 194 L. Ed. 2d 696, 2016 U.S. LEXIS 3047, 84 U.S.L.W. 4257, 26 Fla. L. Weekly Fed. S 127. Per Curiam Decision, p. 3.

4.6.2. HEALTH AND HUMAN SERVICES' WETSVOORSTEL

Op 4 mei 2017 heeft President Trump reeds een van zijn vele executive orders gepubliceerd, welke als doel heeft het promoten van vrijheid van meningsuiting en religieuze vrijheid.[600] Sectie 3 van het executive order geeft aan dat o.a. het Amerikaans Ministerie van Volksgezondheid en Sociale Zaken ('*Department of Health and Human Services*') zal overwegen het anticonceptiemandaat van *Obamacare* te herzien om 'conscience-based' bezwaren toe te laten. De huidige *Secretary* van het Amerikaans Ministerie van Volksgezondheid en Sociale Zaken, Tom Price, heeft in een verklaring van 4 mei 2017, aangegeven dat het Ministerie de mogelijkheid tot herziening verwelkomt "*to safeguard the deeply held religious beliefs of Americans who provide health insurance to their employees*."[601] Op 23 mei 2017 heeft het Ministerie 'geantwoord' op Trump's executive order met een 'Interim Final Rule'. Op dit moment is het 'Office of Management and Budget' (hierna: 'OMB') bezig met het analyseren van een Interim Final Rule op het gebied van "*coverage of certain preventive services under the Affordable Care Act* [*Obamacare*]."[602]

Veertien democratische senatoren waren echter snel met hun reactie in de vorm van een brief naar OMB's directeur Mick Mulvaney. In deze open brief waarschuwen de senatoren o.a. voor het feit dat de executive order de deur opent voor discriminatie jegens niet alleen vrouwen, maar o.a. ook mensen van de LGBTQ gemeenschap, religieuze minderheden.[603] De gevolgen waar de senatoren bang voor zijn, vertonen gelijkenissen met de beangstigende gevolgen van *Hobby Lobby* die Justice Ginsburg, Elizabeth Wydra (Council van Constitutional Accountability Center) en verschillende LGBTQ activisten reeds inzagen – zie paragraaf 2.1.3 van de scriptie.

Na *Hobby Lobby*, wordt de toekomst van het anticonceptiemandaat onder President Trump dus nog onduidelijker. Men is voor nu dus in afwachting of de interim final rule door het OMB wordt goedgekeurd. Mocht dit het geval zijn, dan zal de mogelijkheid tot 'conscience-based' bezwaren van werkgevers jegens de anticonceptiemandaat de deur, die op een kier gezet werd door *Hobby Lobby*, een flinke tocht creëren op het gebied van vrouwenrechten, LGBTQ rechten en de rechten van religieuze minderheden.

4.6.3. SUPREME COURT NOMINATIE GORSUCH

Op het moment dat een nieuwe Justice genomineerd wordt door een President in Amerika voor de Supreme Court, wordt er direct in de 'paper trail' gedoken van de genomineerde persoon. Denk bij de paper trail aan alle denkbare papers de genomineerde heeft geschreven vanaf de middelbare school tot de nominatie en alle zaken die zij beslecht heeft over haar

---

[600] Presidential Executive Order Promoting Free Speech and Religious Liberty, 4 mei 2017, Website: https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/05/04/presidential-executive-order-promoting-free-speech-and-religious-liberty.

[601] HHS.gov. (2017). *Secretary Price Welcomes Opportunity to Reexamine Contraception Mandate*. [online] Website: https://www.hhs.gov/about/news/2017/05/04/secretary-price-welcomes-opportunity-to-reexamine-contraception-mandate.html [Bekeken 1 Juni 2017].

[602] Pending EO 12866 Regulatory Review. Reginfo.gov. (2017). *Pending EO 12866 Regulatory Review*. [online] Website: https://www.reginfo.gov/public/do/eoDetails?rrid=127381 [Bekeken 1 Juni 2017].

[603] Senator Murray, *et al.* (2017). *Open Letter to OMB by Senators May 25, 2017.* [online] Website: https://www.help.senate.gov/imo/media/doc/052517%20OMB%20Letter%20Preventive%20Services.pdf [Bekeken 1 Juni 2017].

gehele carrière.[604] Dit was dan ook niet anders toen op 31 januari 2017 President Trump de nominatie voor de Supreme Court bekend maakte in de persoon van Neil McGill Gorsuch.[605] Doordat de democraten in Amerika er van overtuigd waren dat Trump de nominatie van Obama gestolen had – Justice Scalia overleed toen Obama nog bijna een jaar van zijn presidentschap te gaan had en republikeinen de door Obama genomineerde Chief Judge Merrick Garland weigerde een 'confirmation hearing' te geven – werd de paper trail van Gorsuch met haviksogen bekeken.[606]

Gorsuch's verregaande toewijding voor religieuze vrijheid in gebieden waar de Supreme Court dergelijke vrijheid minder van belang acht is het meest vooraanstaande wat onrust zaaide bij de democraten. Een voorbeeld van Gorsuch's uitgangspunt op het gebied van religieuze vrijheid was *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius* besloten door de Court of Appeals.[607] Ook al werd *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius* later bevestigd door de Supreme Court, schreef Gorsuch in zijn *Concurring Opinion* dat hij liever nog verder gegaan was in de uitspraak om naast ondernemingen ook *individuele* eigenaars het recht toe te kennen om het anticonceptiemandaat van *Obamacare* aan te vechten.[608] Gorsuch openende zijn Concurring Opinion als volgt:

> "*All of us face the problem of complicity. All of us must answer for ourselves whether and to what degree we are willing to be involved in the wrongdoing of others. For some, religion provides an essential source of guidance both about what constitutes wrongful conduct and the degree to which those who assist others in committing wrongful conduct themselves bear moral culpability.*"

Dergelijke religieuze overtuigingen rechtvaardigen, volgens Gorsuch, dat individuen en niet alleen ondernemingen de *Obamacare* regels kunnen aanvechten op het gebied van 'employer-sponsored health insurance plans.'[609] Zijn gedachtegang lijkt aan te sluiten bij de interim final rule van het Amerikaanse Ministerie van Volksgezondheid, genoemd in paragraaf 4.6.2, die naar alle waarschijnlijkheid zal spreken van 'conscience-based' bezwaren van *werkgevers* en niet van *ondernemingen*. Er is hier echter nog niet veel over bekend en is momenteel (1 juni 2017) 'pending'.[610]

---

[604] DaSilva (2017). *Drake Law Professor Says Supreme Court Justice Nominee Has Paper Trail*. [online] whotv.com. Website: http://whotv.com/2017/01/31/drake-law-professor-says-supreme-court-justice-nominee-has-paper-trail/ [Bekeken 31 Mei 2017].

[605] Barnes (2017). *Trump picks Colo. appeals court judge Neil Gorsuch for Supreme Court*. The Washington Post. [online] Website: https://www.washingtonpost.com/politics/trump-picks-colo-appeals-court-judge-neil-gorsuch-for-supreme-court/2017/01/31/2b08a226-e55e-11e6-a547-5fb9411d332c_story.html?utm_term=.c865fc4e9854 [Bekeken 31 Mei 2017].

[606] Stone (2017). *Sorry, Neil Gorsuch. The Supreme Court Seat Was Already Filled*. [online] Time.com. Website: http://time.com/4656196/scotus-neil-gorsuch-geoffrey-stone/ [Bekeken 31 Mei 2017].

[607] *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius* (2013), June 27, 2013, The Tenth Circuit Court of Appeals, No. 5:12-CV-01000-HE.

[608] *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius* (2013), June 27, 2013, The Tenth Circuit Court of Appeals, Concurring Opinion Goruch, p. 1-2, No. 5:12-CV-01000-HE.

[609] *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius* (2013), June 27, 2013, The Tenth Circuit Court of Appeals, Concurring Opinion Goruch, p. 1 en 10, No. 5:12-CV-01000-HE.

[610] Pending EO 12866 Regulatory Review. Reginfo.gov. (2017). *Pending EO 12866 Regulatory Review*. [online] Website: https://www.reginfo.gov/public/do/eoDetails?rrid=127381 [Bekeken 1 Juni 2017].

Naast het feit dat *Hobby Lobby* vele liberalen hoofdpijn bezorgt door het feit dat het reeds meerdere malen is gebruikt om o.a. discriminatie toe te laten, omdat het omkleed is met religie (zie paragraaf 2.1.3),[611] heeft *Hobby Lobby* dus ook invloed gehad in het Amerikaanse politieke speelveld. Naast zijn *Hobby Lobby* uitspraak had Gorsuch meerdere controversiële uitspraken en wordt hij gezien als te conservatief. Dit was dan ook de reden dat hij uiteindelijk pas verkozen is nadat de republikeinen de 'nuclear option' ingezet hadden, waardoor Gorsuch met een 'simple majority vote' (54-45) toe kon treden tot de Supreme Court, met minachting van democraten.[612]

4.7. TUSSENCONCLUSIE

Voorop staat het feit dat de HR de fout is in gegaan door een belangrijk – al dan niet de belangrijkste – stelling van *Cancun* te baseren op beurs-NV jurisprudentie, waar het ging om een persoonsgebonden samenwerkings-BV. Hiermee heeft de HR de feitelijke macht en invloed op het reilen en zeilen van de BV van de partner feitelijk onderkend. Met deze onderkenning heeft de HR het bestuursorgaan meer macht toegekend, dan welke zij – in een realiteit waar de partners eigen bestuurders kunnen benoemen, ontslaan en vervangen – ook daadwerkelijk hebben.

Het vervangen van de open normen in de wet omtrent het vennootschappelijk belang door scherpe criteria zal leiden tot een strak juridisch keurslijf wat het rechtssysteem niet zal bevorderen. Het vennootschappelijk belang is dus slechts een hulpmiddel voor de rechter bij de toepassing van open normen – in het geval van *Cancun* was het al dan niet in strijd handelen met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap – in het ondernemingsrecht. Het is dus de taak van de rechter om de open normen in te kleuren, met onder andere het vennootschappelijk belang, en haar oordeel op basis van de omstandigheden – van de zaak en in de maatschappij – aan te passen. Waar de concrete betekenis van het vennootschappelijk belang hierdoor nooit een concrete betekenis zal krijgen, is het wel mogelijk aan de hand van rechtspraak achteraf gezien (*ex post facto*) aan te geven wat *niet* is toegestaan, maar niet geschikt is om vooraf aan te duiden hoe men zich dient te gedragen.

Een goede optie om een deel van de *Cancun* problematiek weg te nemen, is de invoering van een ABBV. Waar een dergelijke rechtsvorm de Europese concurrentiepositie van het Nederlandse BV-recht zal verbeteren – omdat het achterloopt op onder meer Frankrijk met zijn S.A.S. en Groot-Brittannië met de LLP – zal het ook de eigenaardigheid van *Cancun* – het verlangen dat het bestuur ingrijpt op het moment dat de relatie tussen partners verslechtert – oplossen, indien de partners ook daadwerkelijk voor de ABBV vorm kiezen. Partners/ aandeelhouders zullen dan zelf verantwoordelijk gehouden worden op het moment dat de samenwerking onsuccesvol is doordat (een van de) aandeelhouders hun eigen belang

---

[611] *Perez v. Paragon Contractors* (2014), US District Court for the District of Utah Central Division, Case No. 2:13CV00281-DS;
Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710.

[612] Killough & Barrett (2017). *Senate GOP triggers nuclear option on Gorsuch*. [online] CNN. Website: http://www.cnn.com/2017/04/06/politics/senate-nuclear-option-neil-gorsuch/index.html [Bekeken 31 May 2017].

nastreven zonder rekening te houden met andere stakeholders belangen en het vennootschappelijk belang.

Ook is te zien dat *Hobby Lobby* nog steeds voor controversie zorgt. In de afgelopen jaren heeft *Hobby Lobby* voor opschudding gezorgd in alle branches van de *separation of power* in Amerika – in de executive branch, in de vorm van de executive order van Trump en de Supreme Court nominatie van Gorsuch – in de judicial branch, in de vorm van o.a. *Zubik v Burwell* – en in de legislative branch in de vorm van het Health And Human Services' Wetsvoorstel.

HOOFDSTUK 5 – CONCLUSIE

"*En ja...*Cancun*: ik wens bestuurders van joint ventures de nodige moed, beleid en trouw toe voor het geval tussen de joint venture partners ernstige verschillen van mening dreigen te ontstaan.*" –
J.B. Huizink[613]

Hobby Lobby deed in 2014 veel stof opwaaien in Amerika; in deze uitspraak werd er voorrang gegeven aan de vrije geloofsbelijdenis van een drietal bedrijven, waaronder Hobby Lobby, boven de wettelijke verplichting tot het vergoeden van anticonceptiemiddelen (op basis van de anticonceptiemandaat in *Obamacare*). Justice Ginsburg, fervent liberaal en feministe was het hier duidelijk niet mee eens en verwijt de meerderheidsvisie van de Court het negeren van de nadelen die op religie gebaseerde opt-outs voor anderen met zich meebrengen. Soortgelijke 'opt-out' claims op basis van de geloofsbelijdenis van werkgevers tegen bloedtransfusie (Jehova's getuigen), antidepressiva (Scientology), medicatie afkomstig van varkens, inclusief anesthesie, intraveneuze vloeistoffen en pillen bedekt met gelatine (bepaalde Moslims, Joden en Hindoes), en vaccinaties (o.a. Christian Science; denk aan de Bijbel Belt), zijn dus denkbaar. Het duurde niet lang – slechts twee maanden – voordat er gebruik werd gemaakt van de door *Hobby Lobby* terbeschikkinggestelde opt-out' claims.[614]

Algemeen wordt aangenomen dat er in Amerika sprake is van het shareholdersmodel – wat betekent dat ondernemingen op de eerste plaats streven naar winstmaximalisatie om een zo groot mogelijke aandeelhouderswaarde te creëren. In de afgelopen jaren zijn de '*constituency statutes*' echter in opkomst – deze statutes zorgen ervoor dat strikte toepassing van het shareholdersmodel niet geheel dwingend is. Reeds 41 staten in Amerika hebben dergelijke statutes geïmplementeerd – Oklahoma, de staat waarin Hobby Lobby geregistreerd is, heeft echter geen '*constituency statute*'. Doordat in Delaware, de belangrijkste staat op het gebied van Amerikaans ondernemingsrecht, en in Oklahoma het pure shareholdersmodel nog altijd van toepassing is, heeft de Court besloten in *Hobby Lobby* de close corporation als een verlengstuk van de samenwerkende aandeelhouders te zien. De Court geeft dan ook voorrang aan bescherming van de (religieuze) belangen van de aandeelhouders ten koste van de belangen van de stakeholders, in dit geval de werknemers. De Court lijkt wel een klein stapje richting het stakeholdersmodel te doen, door te zeggen dat ondanks dat de meeste vennootschappen het creëren van winst als centraal doel is gesteld, het vennootschapsrecht *niet* vereist dat een vennootschap winst nastreeft ten koste van andere mogelijke belangen. De Court geeft hierbij echter wel aan dat de aandeelhouders hiermee moeten instemmen.

Hobby Lobby, welke vooral ging omtrent de invloed van het aandeelhoudersbelang op het vennootschappelijk doel, en de Nederlandse 'variant' HR *Cancun*, welke ging om het karakter van de vennootschap en de gevolgen hiervan voor de karakterisering van het

---

[613] Huizink (2015). *Bestuursautonomie na Cancun*. p. 48. In Dorresteijn, Huizink, Raaijmakers, van Veen, & Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.

[614] *Perez v. Paragon Contractors* (2014), US District Court for the District of Utah Central Division, Case No. 2:13CV00281-DS.

vennootschappelijk verband en de uitwerking van het vennootschappelijke belang, openen de deur voor vele discussies vragen die ik gepoogd heb in deze scriptie te analyseren en te doorgronden. Naast het feit of ondernemingen al dan niet grondrechten hebben, is er ook gekeken naar het vennootschappelijk belang en de zorgplichten van zowel de BV als het besloten verband. Wat betekent en wie bepaalt 'in het belang van de vennootschap'? En wanneer moeten de vennootschapsbelangen wijken voor grondrechten van de maatschappij en/of voor het publieke belang?

De HR stelt in *Cancun* voorop dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De HR voegt hier aan toe dat de invulling van dit belang bij een persoonsgebonden samenwerkings-BV afhangt van de aard van de onderneming en de feiten en omstandigheden. Indien het zich voordoet dat aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschappelijk belang in de regel bepaald door het bevorderen van het bestendige succes en de continuïteit van deze onderneming. Het is dus de taak van het bestuur om ervoor te zorgen dat het bestendige succes van de onderneming bevorderd wordt. Het bestuur moet er echter wel voor zorgen dat het met de uitvoering van hun taak binnen de strategische en financiële kaders gesteld door de aandeelhouders *c.q.* joint venture partners blijft.

Ook al heeft het bestuur in een persoonsgebonden samenwerkings-BV dus een zelfstandige positie, zijn het de samenwerkende partners die het beleid opstellen en het vervolgens opdragen aan het bestuur. De opgestelde samenwerkingsovereenkomst brengt de wederzijdse rechten en plichten tussen partners in kaart. In een persoonsgebonden samenwerkings-BV is er sprake van controlerende partners, dan wel aandeelhouders die op basis van een samenwerkingsovereenkomst het strategische en financiële beleid vast leggen en dit opdragen aan het bestuur. Het is dus de samenwerkingsovereenkomst die het vennootschappelijk belang uiteenzet, welke vervolgens opgedragen wordt aan het bestuur, die het belang implementeren in de dagelijkse bedrijfsvoering. De partners kunnen deze samenwerkingsovereenkomst dus zo invullen dat het geheel overeenkomt met het aandeelhoudersbelang. Op basis van HR *Cancun* valt er echter op te merken dat dit belang in de praktijk niet altijd overeenkomt – het bestendige succes en continuïteit van de onderneming moet namelijk ten alle tijden voor ogen gehouden worden in de bedrijfsvoering. Indien het aandeelhoudersbelang zoals voorgeschreven in de samenwerkingsovereenkomst op een zeker moment negatieve gevolgen zal hebben op het bestendige succes of de continuïteit van de onderneming, zal op basis van de redelijkheid en billijkheid de samenwerkingsovereenkomst door het bestuur niet moeten worden gevolgd.

Naast het vennootschappelijk en aandeelhoudersbelang zijn er echter ook zorgplichten die op verschillende partijen van toepassing zijn. De bestuurders en aandeelhouders dienen bijvoorbeeld zorgvuldigheid te betrachten jegens 'al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken', waaronder dus ook crediteuren en afnemers van de vennootschap en de maatschappij in het algemeen vallen. Met *Cancun* heeft de HR een nieuwe zorgplicht van het bestuur jegens minderheidsaandeelhouders gecreëerd op basis van redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW en het belang van de vennootschap op basis van artikel 2:239 lid 5 BW. Waar gelijkwaardige partners niet op een dergelijke manier behandeld worden, moet het bestuur, aldus de HR, kordaat optreden en de situatie gelijk trekken om het

aandeelhouderscontract te honoreren. Indien het bestuur faalt dit te doen, zal er sprake zijn van wanbeleid.

De literatuur – met Raaijmakers voorop – heeft echter problemen met het feit dat in deze samenwerkingsrelatie het bestuur de taak (opgedrongen) krijgt van de HR om in te grijpen op het moment dat het bestendige succes van de onderneming niet gewaarborgd wordt door een *onderlinge* ruzie tussen partners. Het zijn de partners die het vennootschappelijk belang en de strategie opstellen – wat vervolgens door het bestuur wordt uitgevoerd. Het zijn dus de partners die volgens Raaijmakers stappen dienen te ondernemen om het onderlinge conflict te beslechten, door bijvoorbeeld arbiters in te schakelen. Volgens Raaijmakers kan op basis van de overeengekomen samenwerking niet worden afgeleid dat het bestuur het orgaan is dat moet optreden indien de gelijkwaardigheid van partners wordt aangetast. Door het feit dat de aandeelhouders/ partners in hoge mate zijn betrokken bij het reilen en zeilen van de persoonsgebonden samenwerkings-BV, is het op zijn minst merkwaardig te noemen dat de HR verre gaande autonomie aan het bestuur toekent. Door de verre gaande invloed welke de partners hebben op de persoonsgebonden samenwerkings-BV, is het evident dat onderlinge partnergeschillen tussen de partners *zelf* opgelost moeten worden – zeker in een 50/50 verhouding, in het geval van *Cancun* – kunnen enkel de partners zelf de 'impasse doorbreken'. '*A joint venture is like a marriage; if you want it to work it will, if you won't it won't*,'[615] maar door *Cancun* vindt Raaijmakers het er op lijken dat het de kinderen (lees de bestuurders) zijn die worden belast met de taak en zorgplicht om de ontwrichting van het huwelijk tussen ouders (lees de partners) in goede banen te leiden, dit op straffe van beschuldiging van ernstige strijd met hun bijzondere zorgplichten als kinderen. Zoals voorgesteld in hoofdstuk 4, had de HR het probleem bij de aandeelhouders/ partners moeten leggen – dit zijn de partijen die het vennootschappelijk belang uit het oog verloren zijn door een onderlinge ruzie, waardoor de vennootschap gefaald heeft.

De quote van Chafee – zoals naar verwezen door Justice Ginsburg in haar dissenting opinion in *Hobby Lobby* en gebruikt in de titel van de scriptie – is een goede metafoor om aan te geven in hoeverre het vennootschappelijk belang nagestreefd kan worden: "*Your Right To Swing Your Arms Ends Just Where The Other Man's Nose Begins*."[616] In andere woorden waar eindigt de reikwijdte van de vennootschap's 'arm' en waar begint de 'neus' van andere stakeholders? De 'arm' van de vennootschap kan worden omschreven als de associatievrijheid welke wordt vormgegeven door het vennootschappelijk belang. Waar het vennootschappelijk belang en de scope hiervan uiteen worden gezet in de samenwerkingsovereenkomst door de samenwerkende partners, komen hier echter wel verschillende actieve en passieve verplichtingen uit voort waar rekening mee gehouden dient te worden. Men moet afzien van handelingen die (eventuele) nadelige gevolgen kunnen hebben voor de gezamenlijke onderneming. Daarnaast wordt de persoonsgebonden samenwerkings-BV sterk beïnvloed door de redelijkheid en billijkheid. Ook beperkt de aard van de samenwerking en de samenwerkingsovereenkomst tussen partijen, de mate waarin eigen inzichten nagestreefd kunnen worden in bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering.

---

[615] Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 465; Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976. p. 5.

[616] Chafee (1919). *Freedom of Speech in War Time, 32 Harv*. L. Rev. 932, 957, 1919.

Zorgplichten van toepassing in de vennootschap kleuren ook het vennootschappelijk belang in. Een bepaalde zorgplicht van de onderneming kan daarom tot gevolg hebben dat het vennootschappelijk belang in de bedrijfsvoering achtergesteld *moet* worden. Hiervoor dient een afweging gemaakt te worden tussen het vennootschappelijke belang en de zorgplicht.

Op basis hiervan valt dus te concluderen dat het begin van de 'neus' van andere stakeholders (naast de vennootschap zelf) sterk afhankelijk is van de situatie. Doordat het vennootschappelijk belang door meerdere factoren ingekleurd wordt, o.a. zorgplichten, aard en inhoud van de samenwerkingsovereenkomst, is er geen uniform vennootschappelijk belang te formuleren. Zoals in hoofdstuk 4 van de scriptie gesteld, kan de omschrijving van het vennootschappelijk belang als het spook van het vennootschapsrecht vervangen worden door *Mystique* – de vorm van *Mystique* is altijd onbekend en past zich aan, al naar gelang de situatie waarin zij zich bevindt. Waar de betekenis van het vennootschappelijk belang alsmaar wordt aangepast en bijgeschaafd in de rechtspraak – in HR *Cancun* wordt het vennootschappelijk belang weergeven als vooral "het bevorderen van het bestendige succes van [de] onderneming" – wordt dit belang verder ingekleurd door factoren die afhankelijk zijn van de omstandigheden per zaak. Waar de HR in *Cancun* een niet al te rooskleurige situatie heeft gecreëerd voor het bestuur in een persoonsgebonden samenwerkings-BV, is het te hopen dat de rechtspraak in de toekomst het vennootschappelijk belang dermate bijschaaft dat er minder nadruk wordt gelegd op de autonomie van het bestuur en dat er meer verantwoordelijkheid zal liggen bij de aandeelhouders.

BIBLIOGRAFIE

LITERATUUR

- **ADAMS, LICHT AND SAGIV 2011**
  Renée B. Adams, Amir N. Licht and Lilach Sagiv (2011). *Shareholders and stakeholders: how do directors decide?* Strategic Management Journal, 32. p. 1331-1355.
- **AFSHARIPOURA 2017**
  Afra Afsharipoura (2017). *Redefining Corporate Purpose: An International Perspective*. 40 Seattle U. L. Rev. 465.
- **ASSINK 2009**
  B.F. Assink (2009). *Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur – Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2009*. Deventer: Kluwer 2009.
- **ASSINK 2015**
  B.F. Assink (2015). *Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie. 2015, 7048.
- **BALKENENDE EN VAN DER PLOEG 1998**
  J.P. Balkenende en T.J. van der Ploeg (1998). *Behoud en vernieuwing van identiteit – de toekomst van maatschappelijke organisaties in een tijd van fusies en schaalvergroting: beleidsmatige en juridische perspectieven*. Boom Juridische uitgevers.
- **BARNEVELD 2009**
  Barneveld (2009). *PCM en private equity – over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogensonttrekkingen*. WPNR (2009) 6791.
- **BRUNER 2013**
  Christopher M. Bruner (2013). *Corporate governance in the common-law world: the political foundations of shareholder power*. Cambridge 2013.
- **BULTEN 2014**
  Claartje Dela Johanna Bulten (2014). *De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid*. Ondernemingsrecht 2014/94. Afl. 10/11.
- **BURNHAM 2016**
  William Burnham (2016). *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. West Academic Publishing. 6de druk.
- **CARY 1974**
  William L. Cary (1974). *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*. 83 YALE Law Journal 663 (1974).
- **CHAFEE 1919**
  Zechariah Chafee (1919). *Freedom of Speech in War Time*, 32 Harv. L. Rev. 932, 957, 1919.
- **DIJK EN VAN DER PLOEG 2013**
  P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg (2013). *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*. Wolters Kluwer Nederland B.V. 6de druk.

- **DORRESTEIJN, HUIZINK, RAAIJMAKERS, VAN VEEN & VERDAM 2015**
  A. Dorresteijn, J. B. Huizink, T. Raaijmakers, W. van Veen, & A. F. Verdam (Eds.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak.* (pp. 38-48). (Zifo-reeks; No. 16). Deventer: Kluwer.
- **DREYFUSS 1995**
  Rochelle C. Dreyfuss (1995). *Forums Of The Future: The Role Of Specialized Courts In Resolving Business Disputes*. Brooklyn Law Review Vol. 61, 1995, Number 1.
- **VAN DUUREN 2002**
  T.P. van Duuren (2002). *De joint-venture vennootschap*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.
- **EIJSBOUTS EN KEMP 2012**
  A.J.A.J. Eijsbouts en B. Kemp (2012). *Overmaatschappelijk verantwoord ondernemen, waarde creatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang*. TvOB 2012, afl. 5.
- **EPSTEIN EN WALK 2013**
  Lee Epstein en Thomas G. Walk (2013). *Constitutional Law: Rights, Liberties and Justice.* CQ Press en Sage Publications Ltd. 8th Edition.
- **DE GROOT 2004**
  Cees de Groot (2004). *Bescherming en Breakthrough bij Overname*. Dutch University Press.
- **DE HAAN 2014**
  . R.G.J. de Haan noot bij HR 4 april 2014, JOR 2014/290 (*Cancun Holding II*).
- **HALE 2003**
  Kathleen Hale (2003). *Corporate Law and Stakeholders: Moving Beyond Stakeholder Statutes*. 45 Arizona Law Review.
- **HAKVOORT 2011**
  Hugo Hakvoort (2011). *De flex-BV als private-equityfonds*. Vennootschap & Onderneming 2011, nummer 4.
- **HAMILTON, MACEY & MOLL 2014**
  Robert W. Hamilton, Jonathan Macey and Douglas Moll (2014). *The Law of Business Organizations*. 12th edition.
- **HANSMANN & KRAAKMAN 2001**
  Henry Hansmann and Reinier Kraakman (2001). *The End of History for Corporate Law*. 89 Geo. L.J. 439 2000-2001.
- **HARPER HO 2010**
  Virginia Harper Ho (2010). *"Enlightened Shareholder Value": Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide*. 36 The Journal of Corporate Law, Vol. 36:1 2010.
- **VAN DER HEIJDEN & VAN DER GRINTERN 1992**
  E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten (1992). *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*. Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

- **VAN DER HEIJDEN 2013**
  E.J.J. van der Heijden (2013). *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*. Bewerkt door W.C.L. van der Grinten en P. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013.
- **HILL, QUINN AND SOLOMON 2016**
  Claire Hill, Brian Quinn and Steven Davidoff Solomon (2016). *Mergers and Acquisitions: Law, Theory, and Practice*. 1st Edition. American Casebook Series.
- **VAN HILTEN 1968**
  Hendrik Willem van Hilten (1968). *Joint Ventures: enkele facetten van de Joint Business Venture*. Diss. Tilburg 1968.
- **HUIZINK 2010**
  J.B. Huizink (2010). *Zorgplichten in het concern*. Onderneming en Financiering 2010 (18) 4.
- **JOHNSON & MILLON 2015**
  Lyman Johnson & David K. Millon (2015). *Corporate Law after Hobby Lobby*. 70 *The Business Lawyer* 1, 2014-2015.
- **KARMEL 1993**
  Roberta S. Karmel (1993). *Implications of the Stakeholder Mode*. The George Washington Law Review, April 1993 Vol. 61 No. 4.
- **KEAY 2007**
  Andrew Keay (2007). *Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's 'Enlightened Shareholder Value Approach'*. Sydney Law Review, Vol 29:577:2007.
- **KEAY & ZHANG 2011**
  Andrew R. Keay & Hao Zhang (2011). *An Analysis of Enlightened Shareholder Value in Light of Ex Post Opportunism and Incomplete Law*. European Company and Financial Law Review (2011), Volume 8, Issue 4, Pages 445-475.
- **KEIJZER 2016**
  Titiaan A. Keijzer (2016). *De aandeelhoudersovereenkomst in het licht van art. 2:190 BW*. WPNR: 147/7104, april 2016.
- **DE KLUIVER 2004**
  H.J. de Kluiver (voorzitter), G.J.C. Rensen (secretaris), J.A.M. ten Berg, M. Brink, P.J. Dortmond, G. van Solinge, A.J.S.M. Tervoort, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman (2004). *Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse Bv-Recht*. Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken.
- **DE KLUIVER 2006**
  H.J. de Kluiver (2006). *Noodzaakfinanciering en de rol van de rechter, in: De financiering van de onderneming*. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut (deel 88), Deventer: Kluwer 2006, p. 31-49.
- **DE KLUIVER ET AL. 2006**
  H.J. de Kluiver, G.J.C. Rensen, J.A.M. ten Berg, M. Brink, P.J. Dortmond, G. van Solinge, Mr. A.J.S.M. Tervoort, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman (2004).

Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-Recht – Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken.

- **KOEMAN 2009**
  G. Koeman (2009). *De aandeelhouder-bestuurde BV; een gemiste kans*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 6, 2009.
- **DE LANGE & VAN DER VELD 2010**
  M.L.S.W.E. de Lange en P. van der Veld (2010). *Shareholders vs. Stakeholders; wie wint?* Vennootschap & Onderneming, Aflevering 5, 2010.
- **LAZONICK AND O'SULLIVAN 2000**
  William Lazonick & Mary O'Sullivan (2000). *Maximizing shareholder value: a new ideology for corporate governance*. Economy and Society, 29:1, 13-35.
- **LÖWENSTEYN 1959**
  Frederik Johan Wilhelm Löwensteyn (1959). *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*. (diss. UvA Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.
- **MAEIJER 1964**
  J.M.M. Maeijer (1964). *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*. Inaugurele rede KU Nijmegen.
- **MAEIJER, VAN SOLINGE EN NIEUWE WEME 2009**
  J.M.M. Maeijer, G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme (2009). *Asser/Maeijer* 2-II* 2009.
- **McDONNELL 2004**
  Brett H. McDonnell (2004). *Corporate Constituency Statutes and Employee Governance.* 30 William Mitchell Law Review 1227.
- **MEIJER 2012**
  W.B. Meijer (2012). *De aandeelhoudersovereenkomst in relatie tot de vennootschap*. V&O 2012, nummer 7.
- **MURRAY 2006**
  M.F. Murray (2006). *De parlementaire geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek. Tekst en toelichting op het nieuw Burgerlijk Wetboek.* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- **OLAERTS 2012**
  Mr. Dr. M. Olaerts (2012). *De beperkte bestuurder*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-2.
- **OLAERTS 2015**
  Mr. Dr. M. Olaerts (2015). *De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2015-2.
- **VAN OLFFEN 2012**
  M. van Olffen (2012). *Meerderheidsaandeelhouders versus minderheidsaandeelhouders, een bijzondere zorg(vuldigheids)plicht? Zwagerman*

revisited. Gepubliceerd in P.J. van der Korst e.a. (2012). *Handboek Onderneming en Aandeelhouder*. Deventer: Kluwer 2012. p. 367-380.

- **OOSTERWOUDER & WESSEL 2015**
  W.J. Oostwouder & M. Wessel (2015). *Vennootschapsrechtelijke werking van aandeelhoudersovereenkomsten: führt jeder Konsequenz zum Teufel?* Onderneming en Financiering 2015 (23) 1.
- **ORTS 1992**
  Eric W. Orts (1992). *Beyond Shareholders: Interpreting Corporate Constituency Statutes*. 61 George Washington Law Review 14, 38.
- **OVERKLEEFT 2017**
  Frans G.K. Overkleeft (2017). *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen een analyse van recht, gebeurtenissen en ideeën*. Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017
- **PITLO EN RAAIJMAKERS 2006**
  Pitlo en Raaijmakers (2006). *Ondernemingsrecht*. Deventer: Kluwer 2006.
- **PORTER 1979**
  Michael E. Porter (March–April 1979). *How Competitive Forces Shape Strategy*. Harvard Business Review.
- **RAAIJMAKERS 1976**
  M.J.G.C. Raaijmakers (1976). *Joint ventures: enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*. (diss.). Deventer: Kluwer 1976.
- **RAAIJMAKERS 1987**
  M.J.G.C. Raaijmakers (1987). *Rechtspersonen tussen contract en instituut*. Deventer: Kluwer 1987.
- **RAAIJMAKERS & VAN DER SANGEN 2003**
  M.J.G.C. Raaijmakers, & G.J. H. Sangen (2003). *Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen. Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van Titel 7.13 BW*. (CCL-reeks). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.
- **RAAIJMAKERS 2014**
  M.J.G.C. Raaijmakers (2014). *Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut*. AA 2014, afl. 6. p. 459-465.
- **RAAIJMAKERS 2015**
  M.J.G.C. Raaijmakers (2015). *Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-B.V.: een novum in concernverhoudingen?*. TvOB 2015, a. 1.
- **RAAIJMAKERS 2015**
  M.J.G.C. Raaijmakers (2015). *De 'institutionele opvatting': grondslag en inhoud?*. Ondernemingsrecht 2015/28.
- **RACHAK 2013**
  N. Rachak (2013). *Het stemrechtloze aandeel: een interessant instrument*. Vennootschap & Onderneming, Aflevering 5, 2013.

- **ROBÉ 2011**
  Jean-Phillipe Robé (2011). *The Legal Structure of the Firm*. Accounting, Economics, and Law. 2011: Vol. 1: Iss. 1, Article 5.
- **VAN DER SANGEN 1999**
  G.J.H. van der Sangen (1999). *Rechtskarakter en financiering van de cooperatie: een onderzoek naar de civielrechtelijke kenmerken van de cooperatie in het licht van de vraag of daaruit beperkingen voortvloeien voor de financiering van haar ondernemingsactiviteiten*. W.E.J. Tjeenk Willink (Deventer), ISBN 9027150672.
- **VAN DER SANGEN 2003**
  G.J.H. van der Sangen (2003). *Aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen*. Stichting Vereniging & Vennootschap, 1, 32—42.
- **VAN DER SANGEN 2008**
  G.J.H. van der Sangen (2008). *Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij de Flex-BV*. TvOB 2008, a . 1. p. 1-9.
- **VAN DER SANGEN 2009**
  G.J.H. van der Sangen (2009). *Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid*. Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2009-6.
- **VAN DER SANGEN 2012**
  G.J.H. Van der Sangen (2012). *De curator in het vennootschapsrecht: onderstromen en schuivende panelen*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-2.
- **VAN DER SANGEN 2014**
  G.J.H. van der Sangen (2014). *De sociale dimensie van het ondernemingsrecht?*. Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1.
- **VAN DER SANGEN 2015**
  G.J.H. van der Sangen (2015). *Redactioneel*. TvOB 2015, a. 1.
- **VAN DER SANGEN 2015**
  G.J.H. van der Sangen (2015). *Zorgplichten jegens aandeelhouders in besloten verhoudingen en aansprakelijkheid*. TvOB 2015-5.
- **SCHILD 2013**
  A.J.P. Schild (2013). *Verslag van het congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: ondernemingsrecht in tijden van crisis*. Ondernemingsrecht 2013/68.
- **VAN SCHILFGAARDE 2005**
  P. van Schilfgaarde (2005). *Hoofdlijnen van het nieuwe Antilliaanse NV- en BV-recht*. In: *Vereenvoudig en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*. Deventer: Kluwer 2005.
- **VAN SCHILFGAARDE, WINTER & WEZEMAN 2013**
  P. van Schilfgaarde, Jaap Winter en J.B. Wezeman (2013). *Van de BV en de NV*. Deventer: Kluwer.
- **VAN SCHILFGAARDE 2014**
  P. van Schilfgaarde (2014). *Annotatie HR* Cancun. NJ 2014/286.

- **SCHRAMA 2012**
  H.K. Schrama (2012). *Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang*. V&O 2012, nummer 6.
- **SPRINGER 1999**
  Jonathan D. Springer (1999). *Corporate Constituency Statutes: Hollow Hopes and False Fears*. 1999 Annual Survey of American Law 85, 95.
- **TIMMERMAN 2004**
  L. Timmerman (2004). *Een BV zonder bestuur en zonder aandeelhoudersvergadering*. Ondernemingsrecht 2004/1, 9.
- **TIMMERMAN 2009**
  L. Timmerman (2009). *Grondslagen van het ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht*. 2009/1.
- **TIMMERMAN 2012**
  L. Timmerman (2012). *Verbindend vennootschapsrecht, variatie op een thema*. in: M. Claringbould e.a. (red.), *Verbindend recht* (Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2012.
- **TIMMERMAN 2013**
  L. Timmerman (2013). *Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad*. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 2013/6969.
- **TIMMERMAN 2014**
  Vino Timmerman (2014). *Oude koeien met actualiteitswaarde*. Ondernemingsrecht 2014/111, aflevering 13.
- **TIMMERMAN 2015**
  L. Timmerman (2015). *De breedte van het vennootschapsrecht, enkele inleidende opmerkingen*. WPNR 2015/7048, p. 93.
- **TJONG TJIN TAI 2006**
  T.F.E. Tjong Tjin Tai (2006). *Zorgplichten en zorgethiek*. Denventer: Kluwer 2006.
- **TOL 2014**
  F.A.M. Tol (2014). *De inkleuring van het vennootschappelijk belang*. V&O 2014, nummer 9.
- **TOLSMA 2012**
  M.J. Tolsma (2012). *De flex-bv: een overzicht*. LTB maart 2012.
- **VAN VEEN 2015**
  Prof. Mr. W.J.M. van Veen (2015). *Vennootschapsrechtelijke doorwerking, bestuursautonomie en bestuurstaak bij Joint Ventures na 'Cancun'*. Ondernemingsrecht 2015/88.
- **VERDAM 2013**
  Albert F. Verdam (2013). *Het vennootschappelijk belang: méér dan "enlightened shareholder value"*. Ondernemingsrecht 2013/18, afl. 3.
- **VRANKEN 2005**
  Jan Vranken (2005). *Asser Algemeen Deel *** - Burgerlijk Recht*. Kluwer 2005.
- **DE VRIES, NIJNENS & GERRETSEN 2013**
  K.A. de Vries, P.J.A.M. Nijnens & E.L. Gerretsen (2013). *Joint ventures: praktische aspecten in vogelvlucht*. Onderneming en Financiering 2013 (21) 3.

- **VAN WAL EN NIJMAN 2011**
  Dirk Van Wal en Cees Nijman (2011). *Verschillen in Zakendoen Tussen België en Nederland*. BDO.
- **WOLTERS 2009**
  Marc Wolters (2009). *Uitleg van schriftelijke overeenkomsten*. Contracteren maart 2009 | nr. 1.
- **WUISMAN 2015**
  I.S. Wuisman (2015). *Aandeelhoudersovereenkomsten bij de persoonsgebonden BV als samenwerkingsverband*. BW-Krant Jaarboek, Volume 29.

INTERNATIONALE WETGEVING EN DOCUMENTEN

- VN Resolutie 2002/31 over het 'recht op gezondheid en gezondheidszorg'.
- Verdrag van de Verenigde Naties inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen 1979.

EUROPESE WETGEVING EN DOCUMENTEN

- Richtlijn 2000/78.

NATIONALE WETGEVING EN DOCUMENTEN

Frankrijk

- Code de Commerce 2000.

Groot-Brittannië

- Companies Act 2006.
- Limited Liability Partnerships Act 2000.

Nederland

- Burgerlijke Wetboek (met name boek 2).
- Nederlandse Corporate Governance Code.
- Kamerstukken I 2011/12, 31058, E.
- Kamerstukken II 2006/2007, 31058, nr. 3.
- Kamerstukken II 2006/2007, 31058, nr. 6.
- Voorontwerp Wetsvoorstel – Toelichting bij Eerste Tranche – Memorie van Toelichting. *Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid*. 2005.
- Algemene Wet Gelijke Behandeling, 2 maart 1994.
- Structuurwet 1971.

Nederlandse-Antillen

- Boek 2 BW (1 maart 2004).

Verenigde Staten

- Presidential Executive Order Promoting Free Speech and Religious Liberty, 4 mei 2017, Website: https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/05/04/presidential-executive-order-promoting-free-speech-and-religious-liberty.
- Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA), 23 maart 2010, 111–148, 124 Stat. 119 through 124 Stat. 1025.
- The Defense of Marriage Act, Pub.L. 104–199, 110 Stat. 2419, verheven tot wet op September 21, 1996, 1 U.S.C. § 7, 28 U.S.C. § 1738C.
- The Religious Freedom Restoration Act of 1993, Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488 (November 16, 1993), gecodificeerd 42 U.S.C. § 2000bb through 42 U.S.C. § 2000bb-4.
- Model Statutory Close Corporation Supplement, 26 juni 1982.
- Dictionary Act 1871, 1 U.S.C. § 1-8 (2012).
- Amerikaanse Grondwet van 21 Juni, 1788.

Verenigde Staten State Corporate Statutes

- Delaware §342 (Delaware Statute on Corporations, 1996).
- Minnesota §302A (Minnesota Business Corporation Act).
- Minnesota §322C (Revised Uniform Limited Liability Company Act).

JURISPRUDENTIE

Hof van Justitie van de Europese Unie

- Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-188/15 ECLI:EU:C:2017:204.
- Hof van Justitie van de Europese Unie 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203.

Nederlandse Hoge Raad

- HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (HR *Cancun*).
- HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, *NJ* 2013/461 (*VEB c.s./KLM*).
- HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067 m.nt. Doorman (*Inter Access*).
- HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, *NJ* 2010/544 (*ASMI*).
- HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys*).
- HR 23 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3736 (*Trial*).
- HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen Beheer/ NOM*).
- HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, *NJ* 2007/610 (*Versatel I*).
- HR 13 juli 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972 (*ABN Ambro/VEB*), m.nt. F.B.J. Grapperhaus.
- HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/ Roelofsen*).
- HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*).
- HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*SOBI/Hurks II*).
- HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (*Skygate*).

- HR 29 november 1996, NJ 1997/345 (*Chipshol/Landinvest*).
- HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (*Sluis BV*).
- HR 19 februari 1960, NJ 1960/473 (*Aurora*).
- HR 13 november 1959, NJ 1960/472 (*Melchers*).
- HR 1 april 1949, NJ 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*).
- HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*).

Nederlandse Ondernemingskamer

- Gerechtshof Amsterdam (OK) 19 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5611
- Onderzoeksverslag OK, 8 april 2011.

Amerikaanse Supreme Court (op federaal niveau)

- *David A. Zubik et al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.* (2016) 578 U.S. ___ 136 S. Ct. 1557, 194 L. Ed. 2d 696, 2016 U.S. LEXIS 3047, 84 U.S.L.W. 4257, 26 Fla. L. Weekly Fed. S 127.
- *James Obergefell, et al., Petitioners v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* (2015) 576 U.S. ___ 135 S. Ct. 2584; 192 L. Ed. 2d 609; 83 U.S.L.W. 4592; 25 Fla. L. Weekly Fed. S 472; 2015 WL 2473451; 2015 U.S. LEXIS 4250; 2015 BL 204553.
- *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. (2014), 134 S.Ct. 2751, WL 2921709, 2014 U.S. LEXIS 4505, 123 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 621.
- *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013), 133 S.Ct. 2675; 186 L.Ed.2d 808.
- *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), 121 S. Ct. 525; 148 L. Ed. 2d 388; 2000 U.S. LEXIS 8430; 69 U.S.L.W. 4029; 2000 Cal. Daily Op. Service 9879; 2000 Colo. J. C.A.R. 6606; 14 Fla. L. Weekly Fed. S 26.
- *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 110 S. Ct. 1595; 108 L. Ed. 2d 876; 1990 U.S. LEXIS 2021; 58 U.S.L.W. 4433; 52 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 855; 53 Empl. Prac. Dec. (CCH) P39,826; Unemployment Ins. Rep. (CCH) P21,933.

Amerikaanse Supreme Court (op staat niveau)

- *Nixon v. Blackwell*, 626 A.2d 1366, Supreme Court of Delaware 1993.
- *Revlon, Inc. v. Macandrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 *, 1986 Del. LEXIS 1053, 66 A.L.R.4th 157, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P92,525 (Del. 1986).
- *Dodge v. Ford Motor Co.*, 204 Mich. 499, 507, 170 N.W. 668, 684 (1919).

Nederlandse Hof

- Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2014 ECLI:NL:GHAMS:2014:6 (*Zwagerman*).
- Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011 ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ9757 (*Synpact*).
- Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928 (*PCM*).
- Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3680 m.nt. Doorman.

- Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD8033 (*VIBA N.V.*).

Amerikaanse Court of Appeals

- *Conestoga Wood Specialties Corp. v. Burwell* (2013), 30 July 2013, the Third Circuit Court of Appeals, No. 13-1144.
- *Burwell v. Hobby Lobby* (2013), June 27 2013, The Tenth Circuit Court of Appeals, No. 12-6294.
- *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius* (2013), June 27, 2013, The Tenth Circuit Court of Appeals, No. 5:12-CV-01000-HE.

Rechtbank

- Rb. Middelburg 14 april 1998, JOR 2000/25 (*VenV/Sandieson*).

Amerikaanse District Court

- *Equal Employment Opportunity Commission v R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc*., (2016). US District Court Eastern District of Michigan Southern Division, Case No. 14-13710.
- *Perez v. Paragon Contractors* (2014), US District Court for the District of Utah Central Division, Case No. 2:13CV00281-DS.

ANDERE BRONNEN

- Robert Barnes (2017). *Trump picks Colo. appeals court judge Neil Gorsuch for Supreme Court*. The Washington Post. [online] Website: https://www.washingtonpost.com/politics/trump-picks-colo-appeals-court-judge-neil-gorsuch-for-supreme-court/2017/01/31/2b08a226-e55e-11e6-a547-5fb9411d332c_story.html?utm_term=.c865fc4e9854 [Bekeken 31 Mei 2017].
- Pieter Couwenbergh (2017). *Kabinet wilde eind jaren negentig pensioenfondsen al als hoeder BV Nederland*. Fd. [online] Website: https://fd.nl/beurs/1205941/kabinet-wilde-eind-jaren-negentig-pensioenfondsen-al-als-hoeder-bv-nederland [Bekeken 16 Juni 2017].
- Michael DaSilva (2017). *Drake Law Professor Says Supreme Court Justice Nominee Has Paper Trail*. [online] whotv.com. Website: http://whotv.com/2017/01/31/drake-law-professor-says-supreme-court-justice-nominee-has-paper-trail/ [Bekeken 31 Mei 2017].
- HHS.gov. (2017). *Secretary Price Welcomes Opportunity to Reexamine Contraception Mandate*. [online] Website: https://www.hhs.gov/about/news/2017/05/04/secretary-price-welcomes-opportunity-to-reexamine-contraception-mandate.html [Bekeken 1 Juni 2017].
- Ashley Killough & Ted C. Barrett (2017). *Senate GOP triggers nuclear option on Gorsuch*. [online] CNN. Website: http://www.cnn.com/2017/04/06/politics/senate-nuclear-option-neil-gorsuch/index.html [Bekeken 31 May 2017].

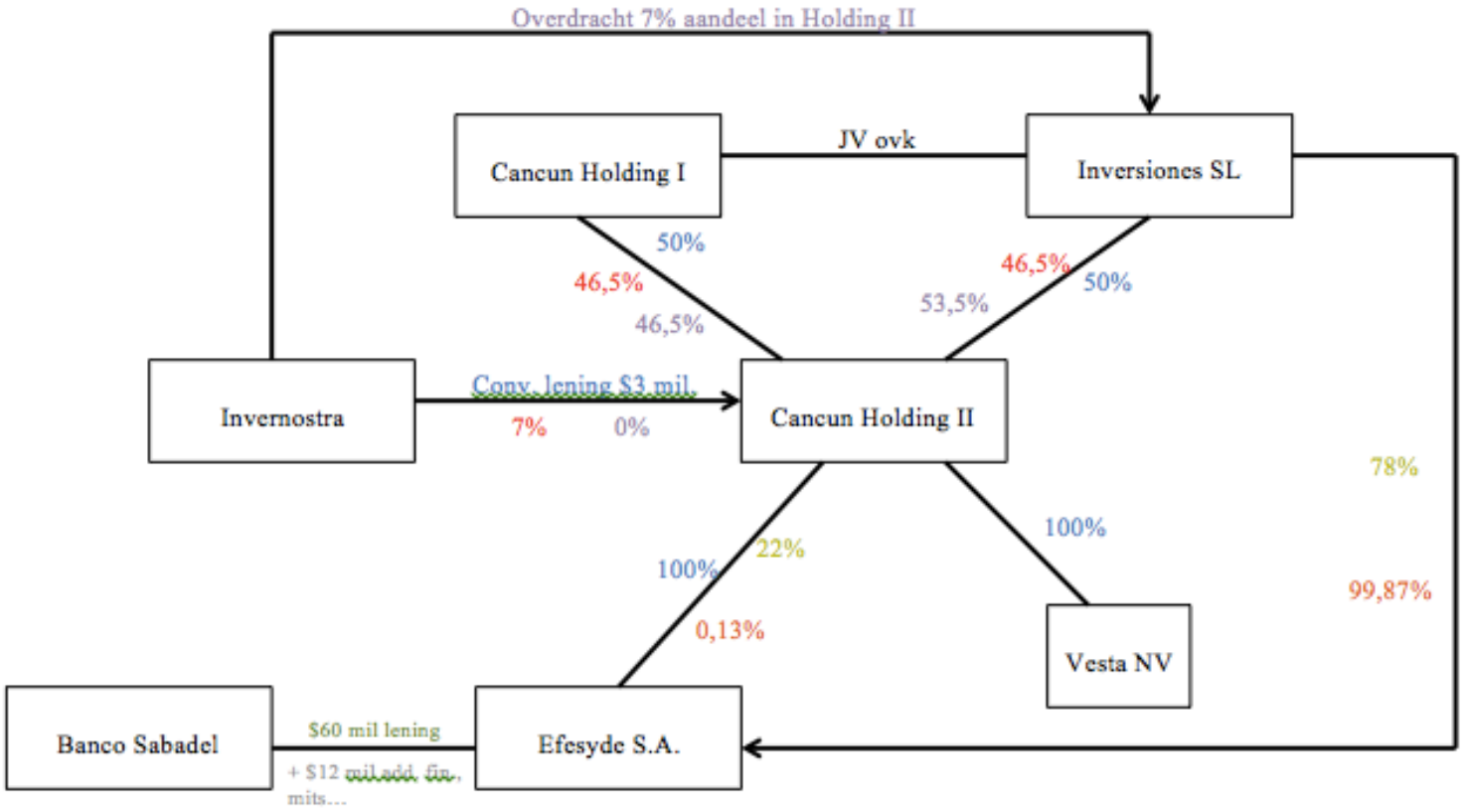
- Senator Patty Murray, *et al.* (2017). *Open Letter to OMB by Senators May 25, 2017.* [online] Website: https://www.help.senate.gov/imo/media/doc/052517%20OMB%20Letter%20Preventive%20Services.pdf [Bekeken 1 Juni 2017].
- Pending EO 12866 Regulatory Review. Reginfo.gov. (2017). *Pending EO 12866 Regulatory Review*. [online] Website: https://www.reginfo.gov/public/do/eoDetails?rrid=127381 [Bekeken 1 Juni 2017].
- Michael Shear (2017). *Trump Will Withdraw U.S. From Paris Climate Agreement*. [online] Nytimes.com. Website: https://www.nytimes.com/2017/06/01/climate/trump-paris-climate-agreement.html [Bekeken 2 Juni 2017].
- Geoffrey R. Stone (2017). *Sorry, Neil Gorsuch. The Supreme Court Seat Was Already Filled*. [online] Time.com. Website: http://time.com/4656196/scotus-neil-gorsuch-geoffrey-stone/ [Bekeken 31 May 2017].
- Treaties.un.org. (2017). *UNTC*. [online] Website: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en [Bekeken 31 Mei 2017].
- Biography.com Editors, (2016). [online] Biography.com. Website: http://www.biography.com/people/ruth-bader-ginsburg-9312041#on-the-supreme-court [Bekeken 12 May 2016].
- Garrett Epps (2016). *Why the U.S. Supreme Court's Issued a Nonsense Ruling on the Obamacare Contraceptive Mandate*. [online] The Atlantic. Website: https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/05/the-supreme-courts-non-sensical-ruling-in-zubik/482967/ [Bekeken 1 Juni 2017].
- Emily Green (2016). *6 Companies Going Green*. [online] U.S. Green Technology. Website: http://usgreentechnology.com/6-companies-going-green/ [Bekeken 2 Juni 2017].
- Gyn&co. (2016). *Anticonceptie, religie en cultuur: een duidelijk verband? - Gyn&co*. [online] Website: http://www.gynandco.be/nl/anticonceptie-religie-en-cultuur-een-duidelijk-verband/ [Bekeken 31 Mei 2017];
- Michael Hiltzik (2016). *The Supreme Court's awful Hobby Lobby decision just spawned a very ugly stepchild*. [online] latimes.com. http://www.latimes.com/business/hiltzik/la-fi-hiltzik-hobby-child-20160819-snap-story.html [Bekeken 17 Sep. 2016].
- Adam Liptak (2016). *Justices Seem Split in Case on Birth Control Mandate*. [online] Nytimes.com. Website: https://www.nytimes.com/2016/03/24/us/politics/supreme-court-case-on-contraceptives-mandate-may-offer-little-closure.html [Bekeken 1 Juni 2017].
- Jill Silos-Rooney (2016). *The 7 Most Liberal Supreme Court Justices in American History*. [online] About.com News & Issues. Website: http://usliberals.about.com/od/liberalpersonalprofiles/fl/The-7-Most-Liberal-Supreme-Court-Justices-in-American-History.htm [Bekeken 12 May 2016].
- Fast Company. (2015). *Never Mind Corporate Responsibility, Companies Can Solve Actual Social Problems*. [online] Website:

https://www.fastcompany.com/3039695/never-mind-corporate-responsibility-companies-can-solve-actual-social-problems [Bekeken 2 Juni 2017].
- HHS.gov. (2015). *Sylvia Mathews Burwell*. [online] Website: http://www.hhs.gov/about/leadership/secretary/sylvia-mathews-burwell/index.html [Bekeken 13 Jul. 2016].
- Elizabeth Slattery (2015). *Is Kennedy Still the Swing Vote on the Supreme Court?*. [online] The Daily Signal. Website: http://dailysignal.com/2015/06/26/is-kennedy-still-the-swing-vote-on-the-supreme-court/ [Bekeken 9 Jul. 2016].
- Jessica Waters (2015). [online] The Huffington Post. Website: http://www.huffingtonpost.com/jessica-waters/blessing-discrimination-when-religious-employers_b_8527816.html [Bekeken 10 Jul. 2016].
- Janet Allon (2014). *10 Blistering Highlights from Justice Ruth Bader Ginsburg's Hobby Lobby Dissent*. [online] Alternet. Website: http://www.alternet.org/civil-liberties/10-blistering-highlights-justice-ruth-bader-ginsburgs-hobby-lobby-dissent [Bekeken 4 May 2016].
- Lisa Bloom (2014). *Why the Hobby Lobby Decision Is a Stunning Setback for Women's Rights*. [online] The Huffington Post. Website: http://www.huffingtonpost.com/lisa-bloom/why-the-hobby-lobby-decis_b_5565115.html [Bekeken 10 Jul. 2016].
- Stephen Brainbridge (2014). *What is a "close corporation" for purposes of the new Hobby Lobby rule*. [online] ProfessorBainbridge.com. http://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2014/07/what-is-a-close-corporation-for-purposes-of-the-new-hobby-lobby-rule.html [Bekeken 1 Sep. 2016].
- Patrick Caldwell (2014). *Why the Supreme Court's Hobby Lobby decision is the new Bush v. Gore*. [online] Mother Jones. Available at: http://www.motherjones.com/politics/2014/06/hobby-lobby-supreme-court-bush-v-gore [Accessed 6 Jul. 2016].
- Michael Hiltzik (2014). *Danger sign: The Supreme Court has already expanded Hobby Lobby decision*. [online] latimes.com. Website: http://www.latimes.com/business/hiltzik/la-fi-mh-expanded-hobby-lobby-20140702-column.html [Bekeken 10 Jul. 2016].
- Dana Liebelson (2014). *The 8 best lines from Ginsburg's dissent on the Hobby Lobby contraception decision*. [online] Mother Jones. Website: http://www.motherjones.com/politics/2014/06/best-lines-hobby-lobby-decision [Bekeken 4 May 2016].
- Kara Loewentheil (2014). *Gender & Sexuality Law Blog » Blog Archive » The Problem With The Notion Of "Closely-Held Corporations" In Hobby Lobby*. [online] Blogs.law.columbia.edu. http://blogs.law.columbia.edu/genderandsexualitylawblog/2014/10/24/the-problem-with-the-notion-of-closely-held-corporations-in-hobby-lobby/ [Bekeken 1 Sep. 2016].

- Pete Newlove (2014). *Hobby Lobby and the Myth of a Christian Corporation | Pete Newlove | Red Letter Christians*. [online] http://www.redletterchristians.org/hobby-lobby-myth-christian-corporation/ [Bekeken 4 Sep. 2016].
- Jeffrey Toobin (2014). On Hobby Lobby, Ginsburg Was Right. [online] Website: http://www.newyorker.com/news/daily-comment/hobby-lobbys-troubling-aftermath [Bekeken 4 May 2016].
- Elizabeth Wydra (2014). *Court helps companies, not humans*. [online] CNN. Website: http://edition.cnn.com/2014/06/30/opinion/wydra-hobby-lobby-wins-court/ [Bekeken 12 Jul. 2016].
- Human Rights Campaign (2014). *HRC Responds to Supreme Court Ruling in Hobby Lobby | Human Rights Campaign*. [online] Human Rights Campaign. Website: http://www.hrc.org/blog/hrc-responds-to-supreme-court-ruling-in-hobby-lobby [Bekeken 12 Jul. 2016].
- Jeffrey Toobin (2014). *On Hobby Lobby, Ginsburg Was Right - The New Yorker*. [online] The New Yorker. Website: http://www.newyorker.com/news/daily-comment/hobby-lobbys-troubling-aftermath [Bekeken 10 Jul. 2016].
- Technical.ly Delaware. (2014). *64% of Fortune 500 firms are Delaware incorporations: here's why - Technical.ly Delaware*. [online] Website: http://technical.ly/delaware/2014/09/23/why-delaware-incorporation/ [Bekeken 24 maart 2017].
- Michael Porter (2013). *Transcript of "The case for letting business solve social problems"*. [online] Ted.com. Website: https://www.ted.com/talks/michael_porter_why_business_can_be_good_at_solving_social_problems/transcript?language=en [Bekeken 2 Juni 2017].
- ProfessorBainbridge.com. (2013). *A Map of Model Business Corporation Act States*. [online] http://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2013/11/a-map-of-model-business-corporation-act-states.html [Bekeken 14 Sep. 2016].
- Richard L. Hasen (2012). *Will Bush v. Gore Save Barack Obama?*. [online] Slate Magazine. Available at: http://www.slate.com/articles/news_and_politics/politics/2012/10/campaign_2012_will_obama_win_ohio_thanks_to_bush_v_gore.html [Accessed 8 Jul. 2016].
- Daniel J. DeNoon (2010). *New Morning-After Pill Ella Wins FDA Approval*. [online] WebMD. Website: http://www.webmd.com/sex/birth-control/news/20100813/new-morning-after-pill-ella-wins-fda-approval [Bekeken 13 Jul. 2016].
- Economist.com (2010). *Shareholders v stakeholders A new idolatry*. [online] Website: http://www.economist.com/node/15954434 [Bekeken 20 Jan. 2017].
- Business Pundit. (2008). *25 Big Companies That Are Going Green*. [online] Website: http://www.businesspundit.com/25-big-companies-that-are-going-green/ [Bekeken 2 Juni 2017].
- PETA. (2000). *McDonald's Stops Worst Abuse of Chickens and Other Farmed Animals*. [online] Website: https://www.peta.org/about-peta/victories/mcdonalds-stops-worst-abuse-chickens-farmed-animals/ [Bekeken 2 Jun. 2017].

- Fda.gov. (n.d.). *What We Do*. [online] Website: http://www.fda.gov/AboutFDA/WhatWeDo/default.htm [Bekeken 13 Jul. 2016].
- Hobby Lobby. (n.d.). *Our Story*. [online] http://www.hobbylobby.com/about-us/our-story [Bekeken 2 Sep. 2016].
- Human Rights Campaign (n.d.). *HRC Story | About Us | Human Rights Campaign*. [online] Human Rights Campaign. Website: http://www.hrc.org/hrc-story [Bekeken 12 Jul. 2016].
- IT, S. (n.d.). *Incorporate in Delaware | incorporate.com*. [online] Incorporate.com. Website: https://www.incorporate.com/incorporate_delaware.html?campaign=google_INC_DE_BR_ppc&invocaID=ppc&utm_campaign=Non-Brand_Incorporate_Delaware_MBR&utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_content=c&utm_term=%2Bincorporate%20%2Bin%20%2Bdelaware_b&gclid=CIagp-DJ79ICFQkxaQodfjwJZA [Bekeken 24 maart 2017].
- Marvel.com. (n.d.). *Mystique - Marvel Universe Wiki: The definitive online source for Marvel super hero bios.*. [online] Website: https://marvel.com/universe/Mystique [Bekeken 6 Juni 2017].
- Ondernemen-frankrijk.nl. (n.d.). *Andere bedrijfsvormen | Ondernemen in Frankrijk*. [online] Website: http://www.ondernemen-frankrijk.nl/uw-bedrijf-in-frankrijk/bedrijfsvormen-en-belastingregimes/meer-bedrijfsvormen/ [Bekeken 26 mei 2017].
- PETA. (n.d.). *People for the Ethical Treatment of Animals (PETA): The animal rights organization*. [online] Website: https://www.peta.org/ [Bekeken 2 Juni 2017].
- Rijksmuseum. (n.d.). *1795-1806 Bataafsche Republiek - Tijdlijn Nederlandse geschiedenis - Rijksstudio - Rijksmuseum*. [online] https://www.rijksmuseum.nl/nl/rijksstudio/tijdlijn-nederlandse-geschiedenis/1795-1806-bataafsche-republiek [Bekeken 11 Sep. 2016].
- Theusconstitution.org. (n.d.). *About | Constitutional Accountability Center*. [online] Website: http://theusconstitution.org/about [Bekeken 12 Jul. 2016].
- Users.skynet.be. (n.d.). *(On)vruchtbaarheidsbehandeling bij de man*. [online] Website: http://users.skynet.be/religie_info_site/Bio-Ethiek/(On)vruchtbaarheidsbehandeling%20bij%20de%20man.html [Bekeken op 31 May 2017].

Bijlage I: Structuur HR *Cancun*



I.SL heeft voor installatie werkzaamheden voor het hotelcomplex $14,5 mil op E.
Vordering moet verdwijnen van balans voor add. financiering (4).

Om aan (4) te voldoen, E geeft voor nominale waarde aandelen uit aan I.SL, die I.SL volstort als verrekening van de vordering.

Weigering add. finaniering BS. I.SL weigert situatie terug te draaien naar (3).

(1) Oktober 2006 – begin situatie. Invernostra heeft een converteerbare lening afgesloten met Cancun Holding II
(2) Juli 2007 – $60 miljoen syndicaat lening van Banco Sabadel aan Efesyde
(3) 18 juni 2009 – na Conversie lening
(4) 22 juni 2009 – 60 mil. opeisbaar indien $14,5 miljoen vordering van Inversiones op Efesyde niet binnen 15 dagen van balans is
(5) 1 juli 2009 – Ook wel 'eerste verwatering' genoemd.
(6) 1 oktober 2009 – Invernostra draagt aandelen in Holding II over aan I.SL.
(7) 3 november 2009 – BAVA van E, alleen I.SL aanwezig. Tweede uitgifte van E aandelen goed gekeurd; als 'tweede verwatering' aangeduid.