

Bestuurdersaansprakelijkheid en internetcriminaliteit in de bioscoop: een spannende film?

Rb. Amsterdam (kanton) 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7881 (CEO-fraude Pathé)

Mr. dr. W. A. Westenbroek *

In deze praktisch-wetenschappelijke bijdrage wordt aan de hand van de CEO-fraude bij Pathé stilgestaan bij het onderscheid tussen de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder en de aansprakelijkheidspositie van de werknemer en de in dat verband gehanteerde terminologie.

1 Inleiding

In dit bijna op zijn einde lopende tweede decennium van de 21ste eeuw is internetcriminaliteit niets nieuws. Iedereen met een bankrekening wordt met regelmaat gewaarschuwd voor zogenoemde phishingmails en nepmails. De Consumentenbond had op zijn website zelfs – ja, echt waar – een ware quiz geplaatst waarmee de consument zijn ‘skills’ kan testen om ‘goede en valse e-mails uit elkaar te houden’. Niet alleen consumenten moeten opletten. Ook bedrijven worden regelmatig aangevallen. Op 11 juli 2015 werd op www.fraudehulpdesk.nl al gewaarschuwd voor zogenoemde CEO-fraude:

‘Internationaal opererende ondernemingen zijn in Nederland sinds afgelopen voorjaar doelwit van een buitenlandse criminele organisatie, die erin slaagt om grote geldbedragen binnen te halen via een listige truc. Daarbij speelt de ceo (chief executive officer) van het bedrijf nietsvermoedend een prominente rol. (...)’

De NRC kopte op 16 juli 2016: ‘Je moet nú 3 miljoen euro overmaken’, met als ondertitel: ‘Een eenvoudig principe vormt de basis van een lucratieve vorm van oplichting: (...) De opmars van de ceo-fraude.’ Ook het AVROTROS-televisieprogramma ‘Opgelicht?!’ kwam op 21 juni 2017 met een ‘Alert’. Het zijn maar een paar voorbeelden. Genoeg waarschuwingen zou men dus denken. Menig krantabonnetje zal begin november 2018 dan ook met enige verbazing hebben gelezen hoe twee inmiddels ontslagen directeuren van bio-

scoopconcern Pathé in de val zijn getrapt en in maart 2018 in enkele dagen tijd een totaalbedrag van meer dan EUR 19 miljoen hebben overgemaakt aan internetcriminelen. Sommige krantenkoppen logen er niet om: ‘Pathé-directie kinderlijk simpel opgelicht’ en ‘Babeltruc kostte Pathé 19 miljoen euro’. De kantonrechter zag op 31 oktober 2018 onvoldoende redenen voor ontslag op staande voet, maar meende wel dat sprake was van verwijtbaar handelen, zodat ontbinding van de arbeidsovereenkomst op zijn plaats was. Wat was er gebeurd en hoe dienen de omstandigheden in deze zaak te worden bezien in het kader van eventuele bestuurdersaansprakelijkheid? In deze praktisch-wetenschappelijke bijdrage zal ik daarop ingaan, waarbij de discussie over de ‘ernstig verwijt’-maatstaaf¹ opnieuw geraakt zal worden.

2 De feiten

Uit de feitenomschrijving in de uitspraak van de kantonrechter en uit verschillende krantenartikelen blijkt het volgende. Pathé Theatres B.V. (hierna: Pathé) is in Nederland marktleider in de exploitatie van bioscopen. Zij had in 2017 een omzet van EUR 209 miljoen en ongeveer 1900 werknemers. Pathé is ook in Frankrijk groot en heeft (uiteindelijk) een Franse moedervennootschap waarvan de aandelen in handen zijn van een familie. De Franse moedervennootschap wordt geleid door CEO X en Y.

Mevrouw [M] was vanaf 2009 tot en met 2016 CEO bij het Havenbedrijf Amsterdam. Op 1 mei 2017 werd zij statutair bestuurder van Pathé in Nederland. Zij bekleedde de functie van Managing Director. De andere hoofdrolspeler is de heer [S]. Hij was van 2006 tot en met 2014 accountant bij KPMG, en vervolgens vanaf 11 november 2015 Finance Director bij

* Mr. dr. W.A. Westenbroek is advocaat bij WestLegal te Amsterdam en verbonden aan de Erasmus School of Law.

1. Zie hierover uitvoerig W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt (diss. Rotterdam; IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Pathé. Eerst was hij dat op interimbasis en per 1 januari 2018 is hij in dienst getreden. Hij was geen statutair directeur maar wel per 1 december 2017 in het handelsregister ingeschreven als een beperkt gevolmachtigde. M en S onderhielden tot maart 2018 geen rechtstreeks contact met X en Y.

Op 8 maart 2018 ontving M een e-mail van iemand die zich voordeed als en de naam gebruikte van X (hierna: de nep-CEO). M werd gevraagd of zij die ochtend al contact had gehad met een specifiek persoon bij KPMG (hierna: de nep-adviseur). Nadat M hem had geantwoord dat dit niet het geval was, werd zij door de nep-CEO gevraagd om hem de bankpositie van Pathé te sturen aan zijn 'veilige' e-mailadres, waarna zij verdere instructies zou krijgen. Zij stuurde vervolgens een screenshot van de bankpositie, waarna de nep-CEO antwoordde:

'We are currently carrying out a financial transaction regarding the acquisition of a foreign corporation based in Dubai. The transaction must remain strictly confidential. No one else must be made aware of it for now in order to give us an advantage over our competitors. I and I alone will notify the affected parties in due time.'

In diezelfde e-mail werd M geïnstrueerd om contact op te nemen met de nep-adviseur via een aangegeven e-mailadres teneinde de bankgegevens van de beweerde contractspartij in de 'financial transaction' te verkrijgen, waarnaar een bedrag van EUR 826.521 moest worden overgemaakt.

Alles moest strikt geheim blijven, zo bleek uit de verdere instructie:

'As a security measure for this type of confidential transaction, we must communicate solely via my personal email so that our discussions remain free of any risk of disclosure and to respect the transaction's norm. It is imperative that no references be made about this file, either orally or by phone, nor speak of this matter with third parties. In accordance with the norms of KPMG, my personal email is to be the sole means of communication.'

M neemt conform de instructie contact op met het opgegeven e-mailadres van de nep-adviseur, waarvan vervolgens de instructie komt om het bedrag van EUR 826.521 over te maken op een rekeningnummer van Towering Stars General Trading LLC in Dubai. M vindt het wel vreemd, zo blijkt uit haar e-mail aan S met de tekst: 'Strange, nietwaar?' S en M besluiten de nep-CEO te berichten dat de instructie duidelijk is, maar dat zij graag nog een 'official notification' ontvangen van Y. Een dag later, op 9 maart 2018, ontvangen S en M vervolgens een e-mail die beweerdelijk afkomstig is van het e-mailadres van Y:

'Hello, as [nep-CEO]'s request, I enclose the confirmation of the acquisition in Dubai. Thank you to do the necessary

while respecting the strictest confidentiality. Find attached the invoice for this payment. Please send the confirmation of the transfer only to Mr. [nep-adviseur]. Regards, [Y].'

Als bijlage bij deze e-mail was een factuur gevoegd van Towering Stars General Trading LLC met daarop als omschrijving vermeld 'Amount for 10% of the acquisition'. Onder de factuur stonden de namen X en Y, met daarbij hun beweerdelijke handtekening. S zou de handtekeningen hebben gecontroleerd en daarna is de betaling uitgevoerd. S is vervolgens van 12 tot en met 18 maart 2018 met vakantie gegaan.

Op 13 maart 2018 bevestigde M aan de nep-adviseur de betaling van een tweede tranche van EUR 2.479.563. Voorafgaand daaraan was opnieuw een factuur ontvangen met de beweerdelijke handtekeningen van X en Y. Diezelfde dag laat M aan de nep-CEO weten dat er onvoldoende geld is om de resterende termijnen te betalen. In verband daarmee stelt zij telefonisch overleg voor. De nep-CEO laat weten dat dit in strijd is met de normen voor geheimhouding. De betreffende e-mail stuurde M door naar S, die kennelijk vanuit zijn vakantieadres reageerde met: 'Wonderlijk proces. Nooit zo meegemaakt.' Maar ook de derde tranche werd vervolgens klaargezet door de ondergeschikte van S, waarbij (met S in cc) ook een aanvraag werd ingediend bij de zogeheten 'cash pool' van het Pathé-concern in Frankrijk omdat het geld opraaakte. Op 16 maart 2018 werd de derde tranche betaald, en op 20 maart 2018 werd de vierde tranche betaald, nadat de cash-poolbetaling net was ontvangen. De nep-CEO mailde vervolgens: 'Perfect I will make the necessary, I come back to you during the day.' M stuurde dit bericht door aan S met het commentaar: 'Ik dacht dat we klaar waren ...' Maar de boeven hadden de smaak te pakken. Op 22 maart 2018 bevestigde de nep-CEO aan M namelijk dat de volledige koopprijs was ontvangen (EUR 8.265.210), maar dat een aanvullend bedrag van EUR 5.826.770 betaald moest worden voor 'communication and development'. En op 26 maart 2018 mailde de nep-CEO dat nog een keer een aanvullend bedrag moest worden overgemaakt in verband met een 'difference of funds', nu ten bedrage van EUR 5.152.354. Op 27 maart 2018, tweeënhalve week na het eerste contact, was ruim EUR 19,2 miljoen overgemaakt. Toen op 28 maart 2018 vanuit Frankrijk vragen kwamen over de grote onttrekkingen uit de cash pool, werd duidelijk dat Pathé slachtoffer was geworden van een zogeheten CEO-fraude en was het geld verdwenen. Op 29 maart 2018 zijn M en S per direct geschorst. Op 13 april 2018 werd M door de algemene vergadering ontslagen. S werd per brief van 26 april 2018 op staande voet ontslagen.

3 De kantonrechter en commentaar

In de procedure bij de kantonrechter vocht S zijn ontslag op staande voet aan. De kantonrechter richtte zich op de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 en 7:678 Burgerlijk Wetboek (BW) en stelde zichzelf de vraag: is hetgeen S heeft gedaan en nagelaten van dien aard dat Pathé het uiterste middel – ontslag op staande voet – mocht

inzetten? De kantonrechter oordeelde dat dit niet het geval is. De daartoe strekkende overwegingen acht ik – maar ik ben dan ook geen arbeidsrechtadvocaat – enigszins ‘mild’. Zo overwoog de kantonrechter dat S de betalingen niet klakkeloos heeft gedaan, maar heeft aangedrongen op bevestiging van de te verrichten betalingen, welke bevestiging ook is gekomen, dat de valse e-mailadressen steeds eindigden op *pathe.com*, dat S heeft gecontroleerd dat iemand met de naam die de nepadviseur gebruikte bij KPMG werkte, en dat hij het bestaan van de begunstigde vennootschap op internet gevonden zou hebben. Is al het voorgaande echter niet juist hetgeen met internetfraude wordt getracht te maskeren? De bevestiging van de te verrichten betalingen kwam nota bene van een vals e-mailadres. Ook de overweging ‘dat het niet voor de hand lag dat S (en M) zich hebben laten verleiden tot de laatste twee grote betalingen, maar dat M met in haar kielzog S zich inmiddels hadden laten overtuigen met de werkelijke X en Y te maken te hebben, zodat niet onbegrijpelijk is dat ook de nadere opdrachten zijn uitgevoerd’, is bepaald mild voor S en M. Is het feit *dat* zij zich hebben laten overtuigen niet juist het verwijt dat hun werd gemaakt? Er zijn nog meer overwegingen waarin de kantonrechter de werknemer in bescherming nam. Zo overwoog de kantonrechter dat een e-mail (die aan S was doorgestuurd) een onjuiste ondertekening bevatte, maar dat dit ‘in de stroom van e-mailcorrespondentie niet hoefde te zijn opgemerkt’. Dat de naam die de handlanger gebruikte alleen was te koppelen aan een KPMG-entiteit in Canada ‘hoefde aan zijn betrokkenheid bij een internationale transactie niet in de weg te staan’. Dat het logo van de beweerde begunstigde vennootschap afweek van het logo dat op internet was gevonden, ‘was niet op het eerste gezicht opvallend’. Het niet checken van handelingen en betalingsomschrijvingen bij anderen binnen de organisatie van Pathé ‘paste binnen de opgelegde geheimhouding’ (van de fraudeurs nota bene). En tegenover het (begrijpelijke) argument van Pathé dat S toch gewoon de telefoon had kunnen oppakken, stelde de kantonrechter: ‘achteraf kan gezegd worden dat het bellen van X de fraude had kunnen voorkomen, maar onderdeel van die fraude waar S zich in mee had laten nemen was nu juist dat er niet telefonisch mocht worden gecommuniceerd’. De overweging van de kantonrechter dat onweersproken is gebleven dat bij Pathé ook grotere bedragen omgingen, zodat betalingen met grote omvang op zichzelf nog geen reden waren voor achterdocht, acht ik overtuigender, maar niet doorslaggevend. Hetzelfde geldt voor de overweging dat verschillende betalingen waren verricht toen S op vakantie was, in welke periode ook de aanvragen uit de cash pool in gang waren gezet.

Wat er van het voorgaande ook zij, naar het oordeel van de kantonrechter had in de laatste fase weliswaar ‘meer oplettendheid mogen worden verwacht’, maar het ontbreken daarvan zou onvoldoende zijn om een dringende reden op te leveren. De kantonrechter schaarde zich achter de conclusie van het door Pathé ingeschakelde recherchebureau:

‘S is op geraffineerde wijze in een val van fraudeurs gelokt. De door Pathé opgesomde “red flags” kunnen met de wijsheid van nu niet over het hoofd worden gezien en evenmin kan er twijfel over zijn wat de conclusie hiervan is als deze nu op een rij worden gezet: er klopt iets niet. Waar het echter om gaat is of S al die “red flags” destijds heeft gezien of had moeten zien en niettemin zijn handelwijze niet heeft aangepast. Dat is onvoldoende gebleken.’

Maar was het nu echt zo geraffineerd? Is dit nu een script voor de volgende spannende film waarin George Clooney met een team van intelligente criminelen op uiterst geraffineerde wijze miljoenen weet te verdienen? Of is dit een verhaal waar menig consument niet zou zijn ingetrapt? De reacties op de krantenkoppen liegen er niet om:

‘Een bestuurskamer is geen kleuterschool. (...), incompetent heet dat, of gewoon dom. (...) in een onderneming wordt je geacht te functioneren. Afhankelijk van de gevolgen hoort het maken van fouten consequenties te hebben, anders is de kans op moral hazard levensgroot.’

En:

‘Wat bij Pathé is gebeurd, (...), is niet te vergeven. Het is bestuurlijke incompetentie van megalomane schaal. Een paar telefoontjes met de hoofdbestuurders van Pathé in Parijs en met collega bestuurders van andere Pathé ondernemingen had dit eenvoudig kunnen voorkomen.’²

Het is moeilijk om het niet eens te zijn met deze constatering. Blindelings vertrouwen op een op zichzelf vrij dubieus betalingsverzoek per e-mail om miljoenen over te maken, waarbij strikte geheimhouding wordt gevraagd en zelfs telefonisch contact met de CEO van de holding wordt verboden, lijkt mij voor een financieel directeur, mede gelet op het tijdperk waarin wij leven en waarin internetcriminaliteit allesbehalve nieuw is, bepaald niet verstandig, terwijl één telefoontje alles had kunnen voorkomen.

Volgens artikel 7:678 lid 2 sub b en k BW kunnen dringende redenen onder andere aanwezig worden geacht wanneer een werknemer (1) ‘in ernstige mate de bekwaamheid of geschiktheid blijkt te missen tot de arbeid waarvoor hij zich heeft verbonden’, en (2) ‘wanneer hij op andere wijze grovelijk de plichten veronachtzaamt, welke de arbeidsovereenkomst hem oplegt’. Is daarvan sprake geweest? Volgens de kantonrechter dus niet. Maar terwijl de kantonrechter een dringende reden niet aanwezig achtte, oordeelde deze wel dat alle hiervoor genoemde omstandigheden verwijtbaar handelen van S opleveren, hetgeen ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt ex artikel 7:671b lid 1 jo. artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Hoe verhoudt het oordeel dat sprake is van verwijtbaar handelen zich met de overweging van de kantonrechter dat S

2. <https://fd.nl/opinie/1278357/bij-blame-cultuur-pathe-zwijgen-mensen-over-hun-fouten-en-op-termijn-is-dat-recept-voor-ondergang>.

op geraffineerde wijze in een val van fraudeurs is gelokt en dat onvoldoende is gebleken dat S alle 'red flags' destijds heeft gezien of had moeten zien? Wordt met deze laatste overweging juist niet gezegd dat S in feite geen verwijt treft? Bovendien is voor ontslag op staande voet wegens een dringende reden helemaal geen verwijtbaarheid vereist, terwijl dat wel is vereist op grond van artikel 7:671b lid 1 jo. artikel 7:669 lid 3 sub e BW.³ Dit alles gezegd hebbende, ik ben geen arbeidsrechtsspecialist en ik ben erg benieuwd hoe deze uitspraak in arbeidsrechtvakbladen zal worden becommentarieerd.

4 Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemer en bestuurder

4.1 Inleiding

De vraag is of dit script nog een vervolg gaat krijgen op het gebied van persoonlijke aansprakelijkheid van S en M. Zou Pathé, althans een verzekeraar, hen kunnen aanspreken voor de schade die Pathé heeft geleden? Ik ben niet bekend met eventuele lopende procedures of met enig voornemen van Pathé om tot aansprakelijkstelling over te gaan en terughoudendheid is dan ook gepast, mede overigens nu deze zaak in feite alleen maar verliezers kent. Dat neemt niet weg dat de zaak aanleiding geeft om nog eens goed te kijken naar het antwoord op de vraag wat het ondernemingsrecht van een bestuurder verwacht en in hoeverre de (aansprakelijkheids)positie van een bestuurder verschilt met die van een werknemer onder het arbeidsrecht. Het aardige van deze onfortuinlijke zaak is namelijk dat we hier te maken hebben met enerzijds een werknemer (S) en anderzijds een statutair bestuurder (M, die vermoedelijk ook werknemer was), die ten aanzien van vrijwel hetzelfde feitencomplex (vrijwel, want S was deels op vakantie) door de vennootschap zouden kunnen worden aangesproken. Vooruitlopend op de hiernavolgende analyse is het leuk om te noemen dat de Hoge Raad in twee zaken die hetzelfde Autobedrijf (Van de Ven) betroffen in 1996 (Roebbers/Van de Ven⁴) en 1997 (Staleman/Van de Ven⁵) een standaardarrest heeft gewezen over de toepasselijke maatstaven voor aansprakelijkheid van een werknemer respectievelijk een bestuurder. In het arbeidsrecht is de schuldmaatstaf 'opzet of bewuste roekeloosheid' vereist om tot aansprakelijkheid te komen. In het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht staat voornamelijk het vereiste van een 'ernstig verwijt' centraal, welke term per 1 januari 2013 is gecodificeerd in artikel 2:9 BW. De vraag is echter in hoeverre de maatstaven verschillen,⁶ en derhalve ook in hoeverre de maatstaf in het

bestuurdersaansprakelijkheidsrecht wel de juiste is. Ik zal daar hierna op ingaan.

4.2 Aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever

De aansprakelijkheid van een werknemer ten opzichte van zijn werkgever voor schade die de werknemer aan de werkgever heeft toegebracht in de uitoefening van zijn werkzaamheden wordt geregeld door artikel 7:661 BW. Dat artikel luidt:

'De werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.'

Hiermee wordt dus afgeweken van de algemeen civielrechtelijke regelingen omtrent schadevergoeding ex artikel 6:74 jo. artikel 6:75 BW (bij wanprestatie) en artikel 6:162 BW (bij onrechtmatige daad).⁷

Mede in het licht van de volgende paragraaf, die handelt over het criterium voor aansprakelijkheid van bestuurders, is het goed om stil te staan bij de term 'opzet of bewuste roekeloosheid' en zijn oorsprong.⁸ Toen de Hoge Raad in 1983 het Debrot-arrest⁹ wees, dat handelde over de aansprakelijkheid van een werknemer jegens een werkgever, bestond nog geen wettelijke bepaling die voorzag in de situatie dat een werknemer schade had toegebracht aan de werkgever. Wel bestond artikel 7A:1638x (oud) BW (thans art. 7:658 BW), dat zag op de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer en dat bepaalde dat de werkgever alleen niet aansprakelijk is als de werknemer 'grove schuld' is te wijten. Voor het begrip 'grove schuld' werd in de rechtspraak ook het begrip 'ernstig verwijt' gehanteerd.¹⁰ De Hoge Raad heeft dit begrip 'ernstig verwijt' in het Debrot-arrest vervolgens

3. Een analyse van de verschillen/overeenkomsten tussen beëindiging ex art. 7:671b lid 1 jo. art. 7:669 lid 3 sub e BW en ontslag op staande voet gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

4. HR 10 mei 1996, NJ 1996/669 m.nt. P.A. Stein (Roebbers/Van de Ven).

5. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven).

6. Zo worden in het arrest Roebbers/Van de Ven de maatstaf 'ernstig verwijt' en de maatstaf 'opzet of bewuste roekeloosheid' door elkaar gebruikt en gelijkgetrokken.

7. De schuldenaar ex art. 6:74 BW zal bijv. moeten instaan voor fouten die een gevolg zijn van een gebrek aan ervarenheid, ook al is hem geen verwijt te maken van het feit dat hij de gedraging, waarin de fout besloten lag, heeft verricht, en al was de fout voor hem niet te voorzien. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/358. De arts die door onervarenheid tekortkomt in zijn zorgverplichting kan jegens de patiënt aansprakelijk zijn op grond van art. 6:162 BW. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/121, R. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 49 en mijn discussie daarover in WPNR 2017/7189 met Timmerman. In de verhouding tussen de werknemer en de werkgever (zoals een arts-werknemer en het ziekenhuis) zal daarvoor daarentegen eerst opzet of bewuste roekeloosheid moeten worden aangetoond.

8. Zie hierover uitvoerig Westenbroek 2017 (diss.), par. 4.2 en 5.2.2.

9. HR 4 februari 1983, NJ 1983/543 m.nt. P.A. Stein (Debrot).

10. HR 27 juni 1975, NJ 1976/81 m.nt. G.J. Scholten (Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek), later herhaald in HR 9 januari 1987, NJ 1987/948 m.nt. P.A. Stein, HR 6 maart 1987, NJ 1987/533, HR 22 maart 1991, NJ 1991/420 en HR 27 maart 1992, NJ 1992/496 m.nt. P.A. Stein (Buigcentrale Nederveen).

gebruikt voor de beoordeling van aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever. Kort na het Debrot-arrest onderkende de wetgever de noodzaak om een wettelijke bepaling op te nemen die betrekking had op de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever:

‘Inderdaad is het bij nader inzien wenselijk om in de regeling betreffende de arbeidsovereenkomst een bepaling in te voegen betreffende het geval dat de werknemer bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan de werkgever toebrengt.’¹¹

Zo werd vervolgens artikel (7A:)1639da (oud) BW (het huidige art. 7:661 BW) geïntroduceerd. Gelet op de in de hiervoor genoemde rechtspraak gehanteerde term ‘ernstig verwijt’, die was gebaseerd op de wettelijke term ‘grote schuld’ en de door de wetgever geïntroduceerde term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, merkte de wetgever daarbij op ‘buiten twijfel te stellen dat tussen beide formuleringen in wezen geen verschil bestaat’ en dat ‘de omschrijving “ernstig verwijt” (...) zeer wel als passend equivalent van “opzet of bewuste roekeloosheid” kan worden gebezigd’.¹²

Vast staat dat het begrip ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ voor de werkgever een zeer hoge drempel opwerpt voor het met succes aansprakelijk stellen van werknemers die hem schade hebben toegebracht.¹³ Bewuste roekeloosheid dient volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds het eerdergenoemde standaardarrest Roebbers/Van de Ven¹⁴ namelijk zo te worden uitgelegd dat hiervan pas sprake is als de werknemer onmiddellijk voorafgaand aan de schadeveroorzakende gedraging zich daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van deze gedraging. Van een gedraging met een ‘roekeloos karakter’ is volgens de Hoge Raad sprake indien de werknemer zich daarvan in verband met de aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het daardoor in het leven geroepen gevaar had behoren te onthouden.¹⁵ Dit brengt de werkgever in een behoorlijk lastige bewijspositie omdat hij moet bewijzen dat het bewustzijn van het gevaar en van de aanmerkelijke kans dat het gevaar wordt verwezenlijkt daadwerkelijk in de geest van de werknemer plaatshad.¹⁶

In het arrest Godfried/Tribulet¹⁷ overwoog de Hoge Raad verder dat

‘ingevolge de regel die sinds 1 januari 1992 in artikel 7A:1639da BW en sinds 1 april 1997 in artikel 7:661 BW is neergelegd, maar voordien reeds als geldend kon worden beschouwd, de werknemer die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst aan de werkgever schade toebrengt (...) te dier zake in beginsel niet jegens de werkgever aansprakelijk is dan in geval van *ernstige verwijtbaarheid of – in de bewoordingen van art. 1639da – van opzet of bewuste roekeloosheid*. Een *dergelijke verwijtbaarheid* dan wel opzet of bewuste roekeloosheid mag, ook als het gaat om tekortkomingen als door Tribulet aan N. verweten, niet bij voorbaat worden aangenomen dan op goede, in de motivering tot uiting te brengen gronden.’ (cursivering WW)

Dat gaat zo ver dat een taxichauffeur die met de auto van zijn werkgever in een uitgefreesd gedeelte van het wegdek terecht is gekomen van een weg die was afgesloten door een wegfzetting voorzien van het verkeersbord ‘afgesloten voor alle verkeer’ met de uitzondering ‘uitgezonderd bestemmingsverkeer’ niet aansprakelijk werd geacht, omdat de werkgever niet kon aantonen dat de chauffeur zich bewust was van het feit dat dit schade zou kunnen veroorzaken.¹⁸ Bewustheid is dus een vereiste en de werkgever moet dat aantonen.

De Hoge Raad is de werkgever in het arrest Dieteren/Engelen¹⁹ nog enigszins tegemoetgekomen door te overwegen dat de werkgever met betrekking tot bewuste roekeloosheid van de werknemer aan zijn stelplicht heeft voldaan, indien hij voldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld (en bewezen) waaruit *naar objectieve maatstaven* kan worden afgeleid dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het veroorzaken van de schade daadwerkelijk bewust is geweest van het roekeloze karakter van zijn gedrag. De werknemer kan de bewuste roekeloosheid evenwel voldoende gemotiveerd betwisten door feiten en omstandigheden te stellen die zouden kunnen ontzenuwen dat van bewustzijn sprake is geweest, en daarmee zou hij zelfs kunnen volstaan door omstandigheden te stellen die tot verminderde oplettendheid kunnen hebben geleid (zoals een hoge werkdruk of het dagenlang gedurende (te) lange tijd werken).

De sterke positie van de werknemer is terug te voeren op de gedachte dat de werknemer als in de regel zwakkere partij een bijzondere bescherming verdient, en dat deze positie van de werknemer in dit opzicht bijvoorbeeld verschilt met die van de bestuurder.²⁰ Een werknemer is immers financieel afhankelijk

11. Kamerstukken II 1987/88, 17896, 8, p. 27.

12. Kamerstukken II 1987/88, 17896, 8, p. 27-28. De in verband met art. 7:661 BW geuite gedachte verwoord in het arrest van Hof’s-Hertogenbosch 22 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2203, dat ‘ernstige verwijtbaarheid’ een lichtere schuldmaatstaf is dan ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, is dus onjuist.

13. B. Schouten, Opzet of bewuste roekeloosheid ex art. 7:661 BW en de behoefte aan een soepeler maatstaf voor werknemersaansprakelijkheid, TAP 2014/205, die ook een heldere uiteenzetting geeft over de begrippen opzet en bewuste roekeloosheid.

14. HR 10 mei 1996, NJ 1996/669 m.nt. P.A. Stein (Roebbers/Van de Ven). Zie ook HR 14 oktober 2005, NJ 2005/539 (City Tax/De Boer).

15. HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 m.nt. Vegter (Maatman/Akzo Nobel).

16. Schouten 2014.

17. HR 9 januari 1998, NJ 1998/440 m.nt. P.A. Stein (Godfried/Tribulet).

18. HR 14 oktober 2005, NJ 2005/539 (City Tax/De Boer). Zie ook HR 10 mei 1996, NJ 1996/669 m.nt. P.A. Stein (Roebbers/Van de Ven).

19. HR 2 december 2005, JAR 2006/15 (Dieteren/Engelen) en de conclusie van A-G Spier.

20. J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij NV en BV (diss. Maastricht; IVOR nr. 19), Deventer: Kluwer 1993, p. 174-175 en 179.

van de werkgever en dient instructies op te volgen van de werkgever. Deze werkgever kan de werknemer bovendien bezwaarlijk onervarenheid of ongeschiktheid voor de functie verwijten wanneer deze de werknemer heeft aangenomen na een gedegen sollicitatieprocedure (zou de werknemer daarin gelogen hebben over zijn ervaring of deskundigheid, dan zou dat in theorie natuurlijk anders kunnen zijn). In het Pathé-script zal de werkgever, gelet op al het voorgaande, dus met goede argumenten moeten komen om tot aansprakelijkheid te concluderen.

4.3 Aansprakelijkheid van de (werknemer-)bestuurder jegens de (werkgever-)rechtspersoon

Is de aansprakelijkheidspositie van de (werknemer-)bestuurder jegens de (werkgever-)rechtspersoon nu anders? Het antwoord op die vraag is in mijn visie positief. Alvorens daar nader op in te gaan, moet kort worden stilgestaan bij de bestuurder die tevens werknemer is, zoals vermoedelijk ook het geval was met mevrouw M uit het Pathé-script.

Een werknemer-bestuurder kan zich ten aanzien van schade die hij heeft veroorzaakt bij de werkgever-rechtspersoon beroepen op artikel 7:661 BW. Opzet of bewuste roekeloosheid is dan dus vereist. Maar omdat hij ook bestuurder is, geldt voor hem daarnaast een aparte aansprakelijkheidsgrondslag die is neergelegd in artikel 2:9 BW.²¹ De werknemer-bestuurder neemt derhalve een dubbelpositie in, enerzijds zijn rechtspersonenrechtelijke positie, anderzijds zijn contractuele positie: hetzij een arbeidsovereenkomst, hetzij een overeenkomst van opdracht.²² Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch overwoog in 1992 dan ook treffend dat de interne aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de rechtspersoon 'niet uitsluitend haar grondslag vindt in wanprestatie of onrechtmatige daad maar moet worden beoordeeld aan de hand van het bepaalde in art. 2:9 BW in samenhang met art. 2:8 BW en met de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht'.²³ Voor een bestuurder gaat het primair om de rechtspersonenrechtelijke betrekking, ongeacht de aard van de contractuele relatie.²⁴ Dat de rechtspersonenrechtelijke betrekking prevaleert, blijkt ook uit de wetsgeschiedenis van een wettelijke bepaling waar men niet meteen aan denkt als het gaat over bestuurdersaansprakelijkheid, namelijk artikel 6:170 BW. Volgens deze bepaling is de werkgever hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die aan een derde is toegebracht door een fout van de werknemer. Artikel 6:170 lid 3 BW bepaalt kort gezegd dat de werknemer in de onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding hoeft

bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid, hetgeen hetzelfde criterium is als artikel 7:661 BW. De laatste volzin van lid 3 luidt echter vrijwel hetzelfde als de hiervoor geciteerde laatste volzin van artikel 7:661 BW: 'Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van hun verhouding, anders voortvloeien'.²⁵ De parlementaire geschiedenis daarbij noemt in dit verband expliciet het voorbeeld van 'het geval dat het gaat om een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.'.²⁶ Logisch, want de facto is deze directeur immers niet echt een 'ondergeschikte' en gaat de gedachte dat hij als in de regel zwakkere partij een bijzondere bescherming verdient niet op. Met andere woorden: wanneer een werknemer tevens bestuurder is en schade veroorzaakt bij een derde die deze schade verhaalt op de rechtspersoon, dan zou deze rechtspersoon onder omstandigheden toch regres kunnen nemen op de bestuurder, terwijl geen sprake hoeft te zijn van opzet of bewuste roekeloosheid. Voorwaarde is daarvoor mijns inziens wel dat het een verwijt betreft dat verband houdt met de bestuursfunctie, en daarmee als onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW kan worden aangemerkt. Maakt een bestuurder die op werkbezoek is zonder opzet of bewuste roekeloosheid bijvoorbeeld een kostbare machine defect bij een van de fabrieken van de rechtspersoon die hij bestuurt of van een derde, dan zal voor hem dus gewoon de aansprakelijkheidsmaatstaf van artikel 7:661 BW respectievelijk de bescherming van artikel 6:170 lid 3 BW gelden. Indien het verwijt aan de bestuurder evenwel betrekking heeft op de vervulling van zijn taak als bestuurder, dan wordt artikel 7:661 BW terzijde gesteld door artikel 2:9 BW,²⁷ althans geeft de laatste volzin van artikel 7:661 lid 1 BW ruimte voor toepassing van de maatstaf uit artikel 2:9 BW, respectievelijk geldt de laatste volzin van artikel 6:170 lid 3 BW.

Uit het voorgaande volgt reeds dat de aansprakelijkheidsmaatstaf van artikel 2:9 BW anders is dan die van artikel 7:661 BW. Om te begrijpen in welke zin deze dan anders is, moet worden gekeken naar de rechts- en wetsgeschiedenis van artikel 2:9 BW. Artikel 2:9 BW is onder meer terug te voeren op het in 1925 ingevoerde artikel 31 Wet op de Coöperatieve Vereniging, dat betrekking had op de aansprakelijkheid van bestuurders van coöperatieve verenigingen.²⁸ Lid 1 daarvan luidde: 'Iedere bestuurder is tegenover de coöperatieve vereniging aansprakelijk wegens tekortkomingen bij de vervulling der hem opgedragen taak.' Lid 2 regelde de hoofdelijke aansprakelijkheid voor een tekortkoming in deze taak. Het veelzeggende lid 3 voegde daaraan toe: 'Voor de toepassing van

21. Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.7.2 met verwijzing naar Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3 en 4, Kamerstukken II 1981/82, 16631, 5, p. 11 en Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 20, waaruit blijkt dat 'onbehoorlijke taakvervulling' zowel binnen als buiten faillissement de rechtsgrond voor aansprakelijkheid vormt van de bestuurder. Zie voorts Westenbroek 2017 (diss.), par. 5.3.5 met diverse verwijzingen naar literatuur.
22. J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, Bestuur en toezicht: taken, verantwoordelijkheden, aansprakelijkheden van bestuurders en commissarissen (R&P nr. 71), Deventer: Kluwer 1994, p. 113-114.
23. Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 1992, NJ 1993/41, r.o. 4.1.5.
24. Glasz, Beckman & Bos 1994, p. 113-114.

25. Met de laatste volzin van art. 7:661 lid 1 BW is dan ook bedoeld aansluiting te zoeken bij art. 6:170 lid 3 BW. Zie T&C Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Deventer: Wolters Kluwer 2015, art. 7:661 BW, aant. 2.
26. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 728 en Kamerstukken II 1975/76, 7729, 6, p. 169.
27. P. van der Vlis, Interne aansprakelijkheid van bestuurders: de functies van art. 2:9 BW, TVVS 1994/157, par. 4.
28. Wet van den 28sten Mei 1925, Stb. Nr. 204, houdende nieuwe wettelijke regeling van de Coöperatieve Vereniging.

het voorgaand lid, wordt de bestuurder geacht kennis te hebben gekregen van al datgene, wat hem bij eene richtige waarneming zijner betrekking niet onbekend gebleven zou zijn.' Deze toevoeging laat zien dat de aansprakelijkheidsmaatstaf geobjectiveerd is: het gaat anders dan bij de werknemer niet om de vraag of de bestuurder zich 'bewust' was (vergelijk 'opzet of bewuste roekeloosheid' van art. 7:661 BW), maar om de vraag of hij zich bewust had moeten zijn.

Artikel 2:9 BW is verder terug te voeren op het in 1929 ingevoerde artikel 47c Wetboek van Koophandel (oud), dat de aansprakelijkheid regelde van bestuurders van de naamloze vennootschap. Visser schreef over deze bepaling dat de bestuurder, bij de aanvaarding van zijn benoeming, verplichtingen op zich neemt 'waarvan wel de eerste en voornaamste is, dat hij zijn taak als bestuurder naar beste krachten en zoals het een goed bestuurder betaamt, vervult'. Verder schreef hij:

'Die behoorlijke taakvervulling brengt (...) mede, dat (...) hij zijn taak heeft te verrichten volgens redelijke eischen van inzicht, zorgvuldigheid en toewijding, dat hij bij de vervulling daarvan handelt, zoals men in de gegeven omstandigheden van een goed bestuurder mag verwachten.'²⁹

Ook hieruit blijkt dat van een geobjectiveerde aansprakelijkheidsmaatstaf sprake is: wat had van de bestuurder verwacht mogen worden?

Artikel 2:9 BW moet voorts worden uitgelegd aan de hand van de wetsgeschiedenis van de in 1987 ingevoerde zogenoemde 'antimisbruik'-bepaling neergelegd in artikel 2:138/248 BW.³⁰ De minister merkte over het in dat verband ingediende wetsontwerp op: 'Het wetsontwerp steunt op de gedachten dat een bestuurder moet instaan voor zijn kwaliteiten als zodanig.'³¹ Hij moet dus 'instaan' voor zijn kwaliteiten. Met andere woorden: mist hij de kwaliteiten die noodzakelijk zijn voor de bestuursfunctie in kwestie en leidt dat tot schade, dan zal hem dat niet van aansprakelijkheid ontheffen. Ook merkte hij op dat het begrip 'misbruik' 'niet te eng moet worden opgevat' en daaronder ook moet worden gerekend 'duidelijk onverantwoordelijk, roekeloos, onzorgvuldig gedrag', waarbij hij ver- volgde:

'Onbekwaamheid van bestuurders is mijns inziens gelijk te stellen met onverantwoordelijkheid in die gevallen waarin de bestuurders duidelijk onder de maat zijn wat betreft

hun kwaliteiten om als bestuurder van een rechtspersoon te fungeren. Bestuurders moeten instaan voor het bezit van die kwaliteiten die nodig zijn om hun functie behoorlijk te vervullen.'³²

Voor de vraag of sprake kan zijn van aansprakelijkheid ex artikel 2:138/248 BW heeft de minister voorts expliciet de volgende instructie gegeven aan de rechter:

'De instructie aan de rechter is dat hij zal moeten letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen en dat hij zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt.'³³

Opnieuw blijkt dat van een geobjectiveerde aansprakelijkheidsmaatstaf sprake is: wat zouden verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk beschouwen?

In de rechtspraak is de objectieve toets die geldt voor de bestuurder ook duidelijk naar voren gekomen. In het arrest Staleman/Van de Ven³⁴ spreekt de Hoge Raad bijvoorbeeld over 'het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'. De Hoge Raad spreekt in de beschikking inzake Laurus, waarnaar in de wetsgeschiedenis bij het huidige artikel 2:9 BW uitdrukkelijk wordt verwezen,³⁵ over 'een taakvervulling die niet in overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen'.³⁶ Meer in het algemeen wordt ook genoemd het handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.³⁷ In het kader van aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement ex artikel 2:138/248 BW spreekt de Hoge Raad voorts bijvoorbeeld van kennelijk onbehoorlijk bestuur 'als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld'.³⁸

29. J.G. Kist & D.L.E. Visser, *Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet. De Naamloze vennootschap volgens de wet van 2 juli 1928*, Stb. No 216 (Supplement op Deel III), Den Haag: Gebr. Belinfante (N.V.) 1929, p. 236.

30. Waaruit blijkt dat de gedragsnorm ('behoorlijke taakvervulling') en de rechtsgrond voor aansprakelijkheid ((kennelijke) 'onbehoorlijke taakvervulling') die zijn neergelegd in art. 2:138/248 BW in feite gelijk zijn aan die van art. 2:9 BW. Zie Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.7.1, 3.7.2 en 3.7.4 met verwijzingen.

31. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 19.

32. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 9, p. 14.

33. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 9, p. 2.

34. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Macijer, JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven).

35. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 9.

36. HR 8 april 2005, NJ 2006/443 m.nt. G. van Solinge, JOR 2005/119 m.nt. M. Brink (Laurus).

37. Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, NJ 1980/71 (Batco); Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1987, NJ 1988/99 m.nt. J.M.M. Macijer; HR 10 januari 1990, NJ 1990/466 m.nt. J.M.M. Macijer (Ogem).

38. HR 8 juni 2001, NJ 2001/454, JOR 2011/171 m.nt. Tekstra (Panmo). Zie ook HR 7 juni 1996, NJ 1996/695 m.nt. J.M.M. Macijer, JOR 1996/69 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Ontvanger/Van Zoolingen) met betrekking tot aansprakelijkheid op grond van art. 36 Invorderingswet.

De literatuur is tot slot ook eenduidig.³⁹ Daarin wordt uiteengezet dat een bestuurder zich in het kader van zijn aansprakelijkheid – anders dan een werknemer – niet kan verschuilen achter onervarenheid of ongeschiktheid voor de functie.⁴⁰ Een bestuurder kan zich niet disculperen met het excuus dat hij naar beste weten heeft gehandeld, maar dat het niveau van kennis en bekwaamheid niet toereikend was. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij geschiktheid bezit,⁴¹ en onbekwaamheid voor de functie kan niet tot disculpatie leiden.⁴² Wie de taak van de bestuurder op zich neemt, staat tot op zekere hoogte ervoor in dat hij de daartoe vereiste bekwaamheden bezit. Mist hij het inzicht of de bekwaamheid die van iemand in zijn positie redelijkerwijs kan worden verwacht, dan zal hij te zijner disculpering daarop geen beroep kunnen doen.⁴³ Een bestuurder dient op een geïnformeerde grondslag en doordachte wijze te handelen.⁴⁴ De bestuurder heeft een bewaarnemersrol voor de rechtspersoon⁴⁵ en de hoedanigheid van bestuurder brengt een zorgplicht met zich waaruit onderzoeksplichten voortvloeien die meebrengen dat een beroep op onwetendheid minder snel verschoonbaar zal worden geacht.⁴⁶

Uit al het voorgaande volgt dat de (aansprakelijkheids)positie van de (werknemer-)bestuurder dus anders is dan die van de werknemer. Het verschil zit erin dat een bestuurder, anders dan de werknemer, niet beschermd wordt bij de afwezigheid van opzet of bewuste roekeloosheid. Deze schuldgradaties spelen dus geen rol in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Assink, Bröring, Timmerman en De Valk merkten in dit verband op

‘dat de bestuurdersaansprakelijkheidsanalyse zich kenmerkt door een objectieve benadering. De grondslagen

voor bestuurdersaansprakelijkheid vereisen – anders dan art. 7:661 BW – niet de aanwezigheid van enige vorm van subjectieve kwade trouw, bijvoorbeeld in de vorm van opzet of bewuste roekeloosheid. Ook wordt bij die grondslagen niet kenbaar uitgegaan van de persoonlijke kwaliteiten van een bestuurder.’⁴⁷

Zij merkten voorts op dat het belang van deze objectieve benadering vooral is dat het de bestuurder dwingt zich bij het aanvaarden van zijn functie af te vragen of hij wel over de vereiste bekwaamheden beschikt om de bestuursfunctie, in de vennootschap waarin hij benoemd wordt, adequaat te kunnen vervullen. Een ander wenselijk gevolg van deze benadering is dat de achteraf toetsende rechter zich niet in allerlei interne mentale processen hoeft te verdiepen die zich in het hoofd van de handelende bestuurder hebben afgespeeld (al dan niet af te leiden uit de omstandigheden van het geval). Dit zou wel vereist zijn als voor aansprakelijkheid van een bestuurder – kort gezegd – subjectieve kwade trouw vereist zou zijn.⁴⁸

Als men al hetgeen hiervoor is uiteengezet, afzet tegen de overweging van de kantonrechter in de zaak tegen werknemer S, dat in de laatste fase weliswaar ‘meer oplettendheid had mogen worden verwacht’, maar het ontbreken daarvan onvoldoende zou zijn om een dringende reden op te leveren, mag S in het kader van een eventuele nog te volgen aansprakelijkstelling meen ik toch enigszins opgelucht zijn met het feit dat hij uitsluitend titulair financieel directeur was en geen statutair directeur. Terwijl bij gebreke van opzet of bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht geen aansprakelijkheid ontstaat, kan in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht een enkele onoplettendheid immers wel tot aansprakelijkheid leiden. De bestuurder wordt bij de beoordeling van zijn eventuele aansprakelijkheid, zoals uit het hiervoor aangehaalde artikel 31 Wet op de Coöperatieve Vereniging reeds bleek, namelijk geacht ‘kennis te hebben gekregen van al datgene, wat hem bij eene richtige waarneming zijner betrekking niet onbekend gebleven zou zijn’. Hij dient daarbij zoals gezegd op een geïnformeerde grondslag en doordachte wijze te handelen. De mate van onoplettendheid die in deze zaak aan de orde was, geeft weinig aanleiding te vermoeden dat een statutair bestuurder het gemakkelijk gaat krijgen in een bestuurdersaansprakelijkheidszaak. De procespositie van S in een eventuele aansprakelijkheidszaak lijkt mij daarom minst genomen gunstiger dan die van zijn collega directeur M, die wél statutair directeur was. Ik ga er overigens van uit dat een concern met de omvang van Pathé adequate bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen heeft afgesloten en dat M daar (anders dan een werknemer) een beroep op toekomt.

39. Zie voor een uiteenzetting W.A. Westenbroek, Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid, *RMThemis* 2016, afl. 4, p. 175-192. Overigens kan ongeschiktheid wel een reden zijn om tot ontbinding/opzegging van de arbeidsovereenkomst over te gaan op grond van art. 7:669 lid 3 sub d BW, maar dat is wat anders dan dat de werknemer aansprakelijk kan worden gehouden voor schade als gevolg van ongeschiktheid. Dat laatste kan dus niet, want daarvoor is opzet of bewuste roekeloosheid vereist.

40. Asser/Maeijer & Dortmund 2-III 1994/321.

41. J.R. Glasz, Aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen, vanuit het vennootschapsrecht gezien, *TVVS* 1986, afl. 4, p. 81 e.v.

42. L.G. Eykman, De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, gezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen, *TVVS* 1986, afl. 4, p. 87 e.v.

43. J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:9 BW, aant. 8.1 en *Rb. Oost-Brabant* 17 juli 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:4257* (Stichting Bureau Jeugdzorg).

44. B.J. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 525.

45. W.A. Westenbroek, De waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht, *MvO* 2018, afl. 3-4, p. 63-75 en W.A. Westenbroek, Het trustkantoor als bestuurder en ‘omgaan’ in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, *ECLI:NL:HR:2018:470*), *O&F* 2018, afl. 3, p. 14-32.

46. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 14.2. Zie voorts HR 6 december 2013, *NJ* 2014/167 m.nt. Van Schilfgaarde (Fortis), r.o. 4.2.1.

47. B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman & S.N. de Valk, Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (IVOR nr. 76), Deventer: Kluwer 2011, p. 31.

48. Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 63.

4.4 Het grotere plaatje vanuit de theorie bezien

De lezer zal zijn opgefallen dat ik de term ‘ernstig verwijt’, die sinds het in 1997 gewezen standaardarrest Staleman/Van de Ven⁴⁹ en de codificatie per 1 januari 2013 in artikel 2:9 BW de facto wordt gehanteerd in het kader van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, in deze bijdrage evenwel niet heb laten terugkomen in de paragraaf die handelt over de aansprakelijkheid van de *bestuurder* ten opzichte van de rechtspersoon (par. 4.3). De term komt echter wel terug in de paragraaf die handelt over de aansprakelijkheid van de *werknemer* ten opzichte van de werkgever (par. 4.2). Ik heb dat bewust gedaan. De term ‘ernstig verwijt’ voegt namelijk niets toe aan de normen voor bestuurdersaansprakelijkheidsrecht die van oudsher uit de wetsgeschiedenis en literatuur blijken, zoals uiteengezet in paragraaf 4.3. In het arbeidsrecht heeft de term echter daadwerkelijk een functie, de term vindt daar ook zijn oorsprong en wordt daarin nog steeds gebruikt, zie bijvoorbeeld artikel 7:653 lid 5, 7:671b lid 8 en 9, 7:673 lid 7, 7:671c lid 3 en 7:681 BW. Zie ook Van Schilfgaarde, die in 2017 schreef:

‘Ik breng in herinnering dat de term “ernstig verwijt” afkomstig is uit het arrest Debrot van 1983. Dat arrest (...) ging niet over bestuurdersaansprakelijkheid maar over de aansprakelijkheid van een “gewone” werknemster (...).’⁵⁰

De term is eind jaren tachtig, begin jaren negentig overgevaaid van het arbeidsrecht naar het ondernemingsrecht in een periode dat het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid zowel in de maatschappij als in de rechtspraak van ondergeschikt belang was en er nog nauwelijks jurisprudentie bestond.⁵¹ In de literatuur werd toen voor de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder door sommigen aansluiting gezocht bij die van de werknemer, waarbij onvoldoende werd onderkend dat de aansprakelijkheidsmaatstaf voor een bestuurder anders is dan voor de werknemer. Vervolgens is de term op een toch enigszins ‘toevallige’ en ogenschijnlijk niet doordachte wijze terechtgekomen in het arrest Staleman/Van de Ven.⁵²

Ik denk dat inmiddels eenieder het erover eens is dat de werknemer en de bestuurder niet gelijk zijn te trekken. Het zou goed zijn om dat ook in de rechtstheorie duidelijker naar voren te brengen door in te zien dat de term ‘ernstig verwijt’ is verknocht aan het arbeidsrecht en niet thuishoort in het ondernemingsrecht. Was dat eerder al ingezien, dan had de bestuurder van Stichting ATAL zich in 2015/2016 de moeite kunnen besparen om tot de Hoge Raad door te procederen met de stelling dat het door de Hoge Raad sinds 1997 (Stale-

man/Van de Ven) in het kader van artikel 2:9 BW gehanteerde begrip ‘ernstig verwijt’ dezelfde betekenis heeft als ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.⁵³ Door het cassatieberoep af te doen met artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) heeft de Hoge Raad overigens bevestigd dat de positie van de bestuurder anders is dan die van de werknemer, hetgeen mij volstrekt juist lijkt. De wijze van afdoening door middel van artikel 81 Wet RO is evenwel moeilijk te rijmen met (1) de hiervoor aangehaalde arresten Roebbers/Van de Ven⁵⁴ uit 1996 en Godfried/Tribulet⁵⁵ uit 1998, waarin de Hoge Raad zelf ook ‘ernstige verwijtbaarheid’ op één lijn plaatst met ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, en (2) het feit dat de wetgever juist buiten twijfel heeft willen stellen dat tussen de formulering ‘ernstig verwijt en opzet of bewuste roekeloosheid in wezen geen verschil bestaat en dat de omschrijving “ernstig verwijt” (...) zeer wel als passend equivalent van “opzet of bewuste roekeloosheid” kan worden gebezigd’.⁵⁶ De afdoening ex artikel 81 Wet RO is voorts moeilijk te rijmen met de taak die de wetgever voor de Hoge Raad in de praktijk heeft weggelegd, en zoals deze juist in artikel 81 Wet RO is vastgelegd, namelijk om de rechtseenheid te bewaken. Dit geldt temeer nu de wetgever uitdrukkelijk overwoog:

‘Bij het bewaken van de rechtseenheid gaat het om de *een-vormige uitleg en toepassing* van de rechter van rechtsregels en rechtsbegrippen, zowel binnen afzonderlijke rechtsgebieden als in samenhang tussen afzonderlijke rechtsgebieden.’⁵⁷ (cursivering WW)

Bij de uitleg van de term ‘ernstig verwijt’ gaat het bovendien om de uitleg die in het kader van hetzelfde rechtsgebied, namelijk het burgerlijk recht, werd en wordt gebruikt. De ene keer weliswaar in het kader van Boek 7 BW en de andere keer in het kader van Boek 2 BW, maar dat neemt niet weg dat sprake is van één BW, dat bestaat uit een gelaagd systeem⁵⁸ met talloze schakelbepalingen. Bovendien laat zowel de rechtspraak als de literatuur zien dat het gebruik van de term juist *het gevolg* is van een in het verleden gemaakte (onjuiste) vergelijking tussen de bestuurder in het ondernemingsrecht en de werknemer in het arbeidsrecht. Het ligt dan niet voor de hand om dezelfde term te gebruiken voor verschillende betekenissen. Maar zelfs als men het arbeidsrecht en het ondernemings-

49. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Macijer, JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven).

50. P. van Schilfgaarde, Van promotor tot promotus, in: B.F. Assink e.a. (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’ (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 36, p. 486.

51. Blanco Fernández 1993, p. 179.

52. Zie Westenbroek 2017 (diss.), par. 4.3, voor een uiteenzetting en behandeling van die literatuur, en par. 4.4, waarin wordt uiteengezet op welke wijze de term in het arrest Staleman/Van de Ven is terechtgekomen.

53. Zie HR 1 april 2016, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (Stichting ATAL) en mijn kritiek op de conclusie van A-G Spier in Westenbroek 2017 (diss.), par. 5.2.2.

54. HR 10 mei 1996, NJ 1996/669 m.nt. P.A. Stein (Roebbers/Van de Ven). In het gehele arrest worden de termen ‘ernstig verwijt’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ ook steeds door elkaar gebruikt, en ook A-G Koopmans overwoog in zijn conclusie bij dit arrest dat er ‘geen beduidend verschil is tussen de beide uitdrukkingen’.

55. HR 9 januari 1998, NJ 1998/440 m.nt. P.A. Stein (Godfried/Tribulet).

56. Zie de eerder aangehaalde Kamerstukken II 1987/88, 17896, 8, p. 27-28 (MvA). Zie hierover Westenbroek 2017 (diss.), hoofdstuk 2, alsmede par. 5.2.2 en p. 212.

57. Wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak), Kamerstukken II 2010/11, 32576, 3, p. 1.

58. P.H.M. Gerver e.a., Pitlo. Het systeem van het Nederlandse privaatrecht, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 13 e.v. en p. 63 e.v.

recht als afzonderlijke rechtsgebieden zou beschouwen, blijft het recht een samenhangend regelgebonden systeem,⁵⁹ en blijft het volgens de wetgever, aldus het voorgaande, van belang dat de rechtseenheid wordt bewaakt met een eenvormige uitleg en toepassing van rechtsregels en rechtsbegrippen.⁶⁰ De conclusie is dan eenvoudig: het begrip ‘ernstig verwijt’ past niet in het ondernemingsrecht en boven op het voorgaande zijn de argumenten daarvoor talrijk.⁶¹

5 Afronding

Ik ben benieuwd of het Pathé-script in de toekomst nog een vervolg zal krijgen in de vorm van een aansprakelijkheidsprocedure. Uit het voorgaande blijkt dat een dergelijke procedure voor de rechtswetenschap overigens ook nog eens waardevol zou kunnen zijn, omdat daarin het verschil tussen de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder ten opzichte van de aansprakelijkheidspositie van de werknemer aan de orde kan komen. Nu menig statutair directeur tevens werknemer zal zijn, en hij in beide hoedanigheden duidelijkheid zou moeten hebben over zijn rechtspositie, lijkt het mij geen overbodige luxe om zich te herbezinnen over het gebruik van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Ik begrijp dat Timmerman het daarmee niet eens is. Hij schaarft zich daarbij achter het feit dat de wetgever de term in 2013 in artikel 2:9 BW heeft gecodificeerd en dat de term inmiddels ‘op een betrekkelijk grote schaal door de wetgever wordt gebruikt’, waarbij hij voor het ontslagrecht zelfs verwijst ‘naar art. 7:673 lid 1 sub b BW, art. 7:673 lid 7 en lid 9 BW en art. 682 lid 1 sub c, lid 2, sub b en lid 3 sub b BW’. Timmerman stelt vervolgens ‘dat de Hoge Raad in 1997 blijkbaar een begrip heeft geïntroduceerd dat de wetgever heeft geïnspireerd’, en ‘vindt het mooi dat wetgever en Hoge Raad elkaar over en weer beïnvloeden’.⁶² Het zijn zalvende woorden, maar de verwijzingen naar arbeidsrechtelijke bepalingen ter onderbouwing van het gebruik van de term in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht zijn gelet op al het voorgaande moeilijk te verdedigen. Timmerman gaat voorts eraan voorbij dat het begrip ‘ernstig verwijt’ in de door hem aangehaalde artikelen juist uiting geeft aan een door de wetgever expliciet bedoelde zeer zware – met opzet of bewuste roekeloosheid te vergelijken – (‘ernstige’) schuldmaatstaf (met als voorbeelden diefstal, bedrog, werkweigering), die niet te vergelijken is met de maatstaf die men op bestuurders van toepassing acht.⁶³ De codifica-

tie in 2013 van de term in artikel 2:9 BW is voorts betrekkelijk ondoordacht geweest en leek alleen maar te zijn ingegeven door de wens van de wetgever ‘om de formulering van art. 2:9 BW te laten aansluiten op de in de literatuur en rechtspraak (Staleman/Van de Ven) gebruikte terminologie’.⁶⁴ In de Tweede Kamer hebben leden van de vaste commissie van Justitie en Veiligheid (van VVD, CDA en SGP) eind 2018 aan de minister gevraagd om in te gaan op de door mij geleverde kritiek op de toepassing van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Zij vroegen de minister in te gaan op de bevindingen in mijn proefschrift van eind 2017 en stelden naar aanleiding van de voornoemde codificatie van de maatstaf in 2013 verschillende vragen over de betekenis en functie van de term ‘ernstig verwijt’.⁶⁵ Het waren terechte vragen, maar de minister heeft de vragen grotendeels ontweken en onbeantwoord gelaten⁶⁶ door te verwijzen naar een evaluatierapport dat onder meer betrekking had op de wijze waarop artikel 2:9 BW per 1 januari 2013 is gewijzigd,⁶⁷ welk rapport tot stand is gekomen onder toezicht van een begeleidingscommissie die werd voorgezeten door Timmerman. Mijn proefschrift uit 2017 is daarin niet meegenomen en de onderzoekers stellen vrij kort dat hun geen onduidelijkheid is gebleken ‘inzake de toepassing van de “ernstig verwijt”-maatstaf’.⁶⁸ Deze conclusie lijkt echter strijdig met de feitelijke bevindingen in het rapport. Het daarin genoemde rechtspraakonderzoek over de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016 zou in totaal immers 33 rechtbankprocedures en 2 hofprocedures hebben opgeleverd,⁶⁹ waarover de onderzoekers stellen dat ‘in 26 procedures art. 2:9 (oud) is toegepast of het niet duidelijk is’.⁷⁰ Blijkt hier niet onduidelijkheid uit? Vreemd is ook dat de onderzoekers stellen: ‘In de vier uitspraken waarin

59. F.B. Bakels, Rode draad rechtsvorming door de Hoge Raad. Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad, AA 2015, afl. 11, p. 938.
60. Westenbroek 2017 (diss.), par. 5.2.2.
61. Zie Westenbroek 2017 (diss.) met bronnen en ook mijn eerder aangehaalde bijdragen in WPNR 2018/7189, MvO 2018, afl. 3-4 en O&F 2018, afl. 3 (met in voetnoot 22 en 25 nog een nadere reactie op het naschrift van Timmerman in WPNR 2018/7189).
62. Zie zijn naschrift in WPNR 2018/7189 in reactie op W.A. Westenbroek, Wat wil deze advocaat-generaal? Over een pragmatische beoefening van het ondernemingsrecht, een terughoudende toetsing en aansluiting op de economische realiteit, WPNR 2018/7189.
63. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 40 en P. Kruij, in: Arbeids-overeenkomst, art. 7:673 BW, aant. 1.1 (online bijgewerkt tot 1 november 2017).

64. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 8-9.
65. Zie Kamerstukken II 2018/19, 34491, 8, p. 3-4.
66. Kamerstukken II 2018/19, 34491, 9, p. 8-11.
67. H.E. Boschma e.a., Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (IVOR nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 102-103 en 108.
68. Er is wel verwezen naar mijn in noot 38 genoemde publicatie in RMThemis 2016. Boschma e.a. 2018, p. 108-109 stellen daarover echter: ‘De onderzoekers wijzen erop dat de voorbeelden van onduidelijke rechterlijke uitspraken die Westenbroek in dit verband aanvoert, dateren van voor de inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv. Uit de rechterlijke uitspraken die nadien zijn gewezen, is de onderzoekers niet gebleken van onduidelijkheid inzake de toepassing van de “ernstig verwijt”-maatstaf. Deze redenering verbaast, nu de onderzoekers zelf (terecht) constateren dat met art. 2:9 (nieuw) BW geen koerswijziging ten opzichte van art. 2:9 (oud) BW is beoogd, en dat ‘het derhalve niet uit [lijkt] te maken of art. 2:9 (nieuw) BW dan wel art. 2:9 (oud) BW wordt toegepast’ (p. 102 en 107). Hieruit moet dan de gevolgtrekking worden gemaakt dat de door mij aangehaalde voorbeelden uit de rechtspraak van voor 2013 nog steeds relevant zijn.
69. In de lijst van onderzochte rechtspraak (p. 154-156) komen de door mij in mijn proefschrift behandelde uitspraken HR 1 april 2016, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (Stichting ATAL), Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, JOR 2014/29 (Goedewaagen), Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, JOR 2015/32, (Meepo) en Rb. Noord-Holland 2 september 2015, JOR 2016/122 (Voetbal Vereniging Young Boys) verder niet terug, hetgeen minst genomen vreemd is, aangezien dat twee additionele hofuitspraken en een Hoge Raad-uitspraak betreft.
70. Boschma e.a. 2018, p. 100 en 154-156.

de vordering op de voet van art. 2:9 (nieuw) BW werd toegevoegd, werd ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur aangenomen, terwijl deze terminologie (‘ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’) in *geen* van de vier uitspraken waarnaar de onderzoekers refereren, wordt gebruikt.⁷¹ De leden van de VVD-fractie vroegen in dit verband of er ook zoiets bestaat als ‘niet-ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’,⁷² maar daar is de minister niet op ingegaan.⁷³ Een kritische blik op de rechtspraaklijst uit het rapport levert voorts de constatering op dat in 19 van de 35 onderzochte zaken terminologie is gebruikt uit artikel 2:248 BW (‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’) en/of uit het arrest HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454 (Panmo), dat betrekking heeft op artikel 2:248 BW en waarin is bepaald dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling sprake is ‘als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo gehandeld zou hebben’. De onderzoekers benoemen dat niet, maar het bevestigt de gegrondheid van de vraag van de CDA-leden in de vaste commissie⁷⁴ over het feit dat in artikel 2:9 en 2:138/248 BW ten onrechte verschillende terminologie wordt gebruikt. Het lijken mij in ieder geval genoeg redenen om niet te concluderen dat ‘niet is gebleken van onduidelijkheid inzake de toepassing van de “ernstig verwijt”-maatstaf. De minister verwees verder naar twee (inmiddels oudere) publicaties, die evenwel geen betrekking hebben op artikel 2:9 BW, maar op aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 6:162 BW (waar de vragen van de vaste commissie van Justitie en Veiligheid dus geen betrekking op hadden).⁷⁵ Overigens wordt de inhoud van die publicaties in de rechtswetenschap weerlegd⁷⁶ en ben ik ook niet meer de enige die (in een proefschrift) betoogt dat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf onduidelijk is en/of niet past. Op 19 maart 2019 promoveert Karapetian op

haar proefschrift *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, waarin zij tot dezelfde conclusie komt.⁷⁷ Terwijl de minister derhalve geen antwoord lijkt te hebben gegeven op de gestelde vragen, lijken de antwoorden die hij *wel* heeft gegeven bovendien geen recht te doen aan de ontwikkelingen in de rechtswetenschap. Ook lijken de antwoorden van de minister voer te geven voor de herleving van een oude discussie tussen Timmerman, Schild, Huizink en Assink, die speelde ten tijde van de invoering van de Wet bestuur en toezicht in 2011, over de functie van de term ‘ernstig verwijt’ en de werking daarvan in artikel 2:9 BW.⁷⁸ Ook ten aanzien van dit script ben ik benieuwd naar het vervolg.

71. Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198 (Aannemersbedrijf BV); Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6045 (HDI-Gerling Verzekeringen NV); Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110 (Bedrijf BV); Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5988 (Eiseres BV).

72. Zie Kamerstukken II 2018/19, 34491, 8, p. 3-4.

73. Was de minister daar wel op ingegaan, dan had deze moeten constateren dat de term een pleonasme is. De minister heeft in 1983/1984 namelijk opgemerkt: ‘In de term “onbehoorlijk” moet vooral het element van “verwijtbaarheid” worden gelezen’ (Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 4).

74. Kamerstukken II 2018/19, 34491, 8, p. 3.

75. P.D. Olden, Koester de maatstaf ‘ernstig verwijt’: beter hebben we niet, *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367 en J. van Bekkum, *Reactie op Mr. W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, Ondernemingsrecht* 2016/24, *Ondernemingsrecht* 2016/98.

76. Zie daarover o.m. Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.5.4.5, 10.5.6 en 10.6.2; W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid: hoe iets is en hoe iets behoort te zijn, Ondernemingsrecht* 2016/99; F.M.J. Verstijlen, *Bestuurdersaansprakelijkheid na Hezemans Air*, in: B.J. Huizink e.a., *Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 21-29; R.P.J.L. Tjittes, *Handelen in hoedanigheid*, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’* (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 26, p. 367-380; S.M. Bartman, *Anders dan het orakel van Delphi*, *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723 en anderen.

77. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Groningen; R&P nr. INSR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 47 en 59.

78. Zie de discussie weergegeven in hoofdstuk 8 van mijn dissertatie. Zie voorts J.B. Huizink, *Artikel 2:9 BW. Enkele observaties*, in: J.B. Huizink e.a. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland? Bestuursstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW*, Deventer: Kluwer 2011, p. 5-15; A.J.P. Schild & L. Timmerman, *Het nieuwe art. 2:9 BW*, uitgelegd voor gewone bestuurders, WPNR 2014/7011, p. 270-274; J.B. Huizink, *Een reactie naar aanleiding van A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW*, uitgelegd voor gewone bestuurders, WPNR 2014/7011, WPNR 2014/7018, p. 270-274; B.F. Assink, *Reactie op de reactie van prof. mr. J.B. Huizink in WPNR (2014) 7018. If it ain’t broke...*, WPNR 2014/7026, p. 656-658; J.B. Huizink, *Naschrift op ‘Een reactie naar aanleiding van A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW*, uitgelegd voor gewone bestuurders, WPNR 2014/7026’, WPNR 2014/7018, p. 659.