

JOR 2013/1 Rechtbank Rotterdam, 01-08-2012 Stichting, Niet-nakoming verplichtingen uit bekrachtigde preconstitutieve rechtshandeling, Overeenkomstige toepassing van art. 2:203 lid 3 BW op stichting: hoofdelijke aansprakelijkheid oprichter voor schade schuldeiser, Stichting binnen één jaar na oprichting gefailleerd, Wettelijk vermoeden van wetenschap niet weerlegd, Vrijwilliger die bestuurder van stichting is, moet prudent handelen, Matiging, Verwijzing naar HR 24 januari 1997, «JOR» 1997/18 (Diva/Meijs)

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 2 artikel 203, BW BOEK 6 artikel 109

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:RBROT:2012:BX3434, JONDR 2012/1382, RO 2012/72

JOR 2013/1, Rechtbank Rotterdam, 01-08-2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX3434, 380821 / HA ZA 11-1474 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Stichting, Niet-nakoming verplichtingen uit bekrachtigde preconstitutieve rechtshandeling, Overeenkomstige toepassing van art. 2:203 lid 3 BW op stichting: hoofdelijke aansprakelijkheid oprichter voor schade schuldeiser, Stichting binnen één jaar na oprichting gefailleerd, Wettelijk vermoeden van wetenschap niet weerlegd, Vrijwilliger die bestuurder van stichting is, moet prudent handelen, Matiging, Verwijzing naar HR 24 januari 1997, «JOR» 1997/18 (Diva/Meijs)

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	01-08-2012
Publicatie	JOR 2013/1 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 1, 2013
Annotator	<ul style="list-style-type: none">• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:RBROT:2012:BX3434
Zaaknummer	380821 / HA ZA 11-1474
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:RBROT:2012:BX3434• RON 2012, 72• JONDR 2012/1382• RO 2012/72
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht

Rechters	• mr. Van Rijen
Partijen	Hape Holding BV te Schiedam, eiseres, advocaat: mr. H.A. Bravenboer, tegen B. Kagenaar te Barendrecht, gedaagde, advocaat: mr. H.C. Aalders-van Vuren.
Regelgeving	• BW Boek 2 - 203lid 3 • BW Boek 6 - 109

Samenvatting

Art. 2:203 lid 3 BW is op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad (24 januari 1997, «JOR» 1997/18 (Diva/Meijs)) ook van toepassing op stichtingen.

De rechtbank heeft vastgesteld dat de huurovereenkomst is ondertekend na de oprichting van de Stichting Restaurant PAN Schiedam (“de stichting”). De stichting is opgericht op 17 augustus 2007. Uitgaande daarvan zou art. 2:203 BW in het onderhavige geval geen rol spelen. Over de essentialia van de huurovereenkomst was echter vóór 17 augustus 2007 overeenstemming bereikt. Onbetwist is dat de huurovereenkomst later door de stichting is bekrachtigd. Oprichter/(middellijk) bestuurder Kagenaar is op grond van art. 2:203 BW dus hoofdelijk aansprakelijk, naast de stichting, voor de schade die verhuurder Hape Holding BV (“Hape”) lijdt, indien hij wist of redelijkerwijs kon weten dat de stichting haar verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst niet zou kunnen nakomen. Nu de stichting is gefailleerd binnen één jaar na haar oprichting, geldt het wettelijke vermoeden dat bij Kagenaar de wetenschap dat de stichting de huurovereenkomst niet zou kunnen nakomen aanwezig was. Tegen dit wettelijk vermoeden is tegenbewijs toegelaten. Kagenaar is niet geslaagd in het tegenbewijs.

De feiten leiden volgens de rechtbank tot het oordeel dat de huurovereenkomst is aangegaan terwijl Kagenaar redelijkerwijs wist, maar in elk geval kon weten, dat de stichting haar verplichtingen jegens Hape niet zou kunnen nakomen. Met zijn handelen heeft Kagenaar wellicht niet opzettelijk schade willen toebrengen, maar heeft hij wel onbehoorlijk gehandeld, waardoor Hape schade heeft ondervonden. Naar het oordeel van de rechtbank treft Kagenaar persoonlijk een voldoende ernstig verwijt. Dat sprake is van onbezoldigde en vrijwillige werkzaamheden in de non-profitsector kan daaraan niet afdoen. Ook van een vrijwilliger die bestuurder van een stichting wordt, mag prudent handelen in het maatschappelijk verkeer worden verwacht.

De rechtbank oordeelt dat betaling van de volledige schadevergoeding voor Kagenaar kennelijk onaanvaardbare gevolgen heeft en matigt daarom de schadevergoeding tot € 10.000.

Uitspraak

(...; *red.*)

2. De feiten

2.1. Hape en Stichting Restaurant PAN Schiedam (hierna: de stichting) zijn kort na 22 oktober 2007 een schriftelijke huurovereenkomst betreffende een bedrijfsruimte in Schiedam aangegaan. De huurovereenkomst is, met terugwerkende kracht, ingegaan op 1 augustus 2007 (per die datum is het gehuurde ook door de stichting in gebruik genomen) en loopt tot en met 1 augustus 2012. De door de stichting verschuldigde huur bedraagt € 4.046,00 per maand, inclusief een voorschot op de

servicekosten. De waarborgsom en de huur over de maand augustus 2007 zijn betaald. De laatste betaling ter zake dateert van 13 februari 2008. Daarna zijn door de stichting geen betalingen meer gedaan aan Hape.

2.2. De stichting is op 17 augustus 2007 opgericht. Bestuurder van de stichting is Stichting NL-advies Sociale Economie. Van deze stichting zijn Kagenaar en de besloten vennootschap I-Creation Development B.V. bestuurders. Van laatstgenoemde vennootschap is de heer H.E. Stenfert Kroese (hierna: Stenfert Kroese) bestuurder.

2.3. Voorheen werd door een dochtervennootschap van Bureau Medelanders B.V. buurtrestaurant PAN geëxploiteerd ingevolge een huurovereenkomst met Hape. Deze vennootschappen zijn op 29 mei 2007 gefailleerd. Het restaurant is op 22 juni 2007 gesloten. De gemeente Schiedam verleende subsidie aan het restaurant met betrekking tot de leerlingwerkplaatsen ten behoeve van langdurig werkloze Nederlandse en allochtone jongeren met een achterstand op de arbeidsmarkt. Ook droeg de gemeente zorg voor de invulling van 14 leerlingwerkplaatsen.

2.4. De gemeente Schiedam heeft bij brief van 26 juli 2007 aan (de aan de stichting gelieerde) Stichting Omij, ter attentie van Stenfert Kroese, onder andere het volgende bericht:

“Naar aanleiding van de gesprekken die tussen u, voormalig Bureau Medelanders en de gemeente Schiedam hebben plaatsgevonden over de voortzetting van het contract tussen de gemeente Schiedam met Bureau Medelanders bevestigen wij de volgende gemaakte afspraken en geformuleerde randvoorwaarden. (...)

2. De gemeente Schiedam kan op dit moment geen toezegging doen over het aantal trajecten dat voortgezet zal worden. De gemeente zal de oud-deelnemers actief benaderen met de vraag of zij vrijwillige het traject willen afronden. De gemeente verwacht dat maximaal 8 deelnemers vanaf de eerste week van september kunnen starten met het vervolg van hun traject.

3. De gemeente Schiedam is bereid om een nieuw contract af te sluiten voor een nieuwe groep deelnemers. Ook hiervoor geldt dat de gemeente op dit moment geen toezeggingen kan doen over het aantal deelnemers. De gemeente zal hiertoe een analyse van het bijstandsbestand maken.”

Ten aanzien van 2) geldt dat uiteindelijk slechts twee deelnemers het vervolgetraject wilden volgen. Op 8 januari 2008 is tussen de gemeente Schiedam en de stichting een overeenkomst gesloten, waarin is bepaald dat binnen de contractduur (7 januari 2008 tot 20 mei 2009) minimaal vijf en maximaal 20 werkzoekenden een traject in het buurtrestaurant zullen doorlopen. De gemeente is er uiteindelijk echter niet in geslaagd om deelnemers naar de stichting toe te geleiden. Hierdoor liep de stichting subsidie mis.

2.5. Per brief van 18 maart 2008 heeft Kagenaar het volgende bericht aan Hape:

“In het verlengde van onze eerdere contacten en uw brief/aanmaning rond de opgelopen huurachterstand wil ik u namens bestuur/directie van NL-Advies het volgende melden.

Wij zijn momenteel in afwachting van een (zeker voor ons forse) afrekening van het Ministerie van Onderwijs (OCW) in Den Haag voor een uitgevoerd onderzoeksproject door NL-Advies.

Ook de komst van enkele leerlingen in het restaurant moet rendement geven.

Mede door dit alles hopen wij op niet al te lange termijn onze verplichtingen na te kunnen komen.

Derhalve vragen wij u enig respijt voor de ontstane huurachterstand.”

2.6. In de brief van 31 maart 2008 namens Hape aan de stichting, ter attentie van Stenfert Kroese en Kagenaar, komt de volgende passage voor:

“Dit impliceert dat indien de Stichting Restaurant PAN Schiedam niet over voldoende geldmiddelen beschikt, u kennelijk namens de Stichting verplichtingen bent aangegaan in de wetenschap dat de Stichting de uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen niet kon nakomen. Indien en voorzover de stichting wel over voldoende middelen beschikt, constateer ik dat u onwillig bent om de huurpenningen te voldoen. In beide gevallen bent u als (middellijk) bestuurder van de Stichting jegens cliënte aansprakelijk voor de schade die zij lijdt door uw onrechtmatig handelen. Indien en voorzover de huurachterstand niet wordt betaald of niet op de Stichting Restaurant PAN Schiedam verhaalbaar mocht blijken te zijn, zal cliënte dan ook niet schromen u in privé daarvoor aansprakelijk te stellen.”

2.7. Blijkens het proces-verbaal van de zitting van 25 april 2008 van de kantonrechter te Schiedam is tussen Hape en de stichting een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen. Deze is namens de stichting ondertekend door Stenfert Kroese. In deze overeenkomst worden onder andere de volgende afspraken gemaakt:

“De huurovereenkomst wordt per heden ontbonden. (...)”

Stichting Restaurant PAN erkent aan huurachterstand tot en met april 2008 een bedrag van € 27.528, waarbij aan waarborgsom een bedrag van € 9.600 is verrekend, (...).

Partijen verklaren reeds thans dat zij over en weer, terzake van deze procedure na uitvoering van het voorgaande, niets meer van elkaar te vorderen hebben.”

2.8. Op 3 juni 2008 is de stichting in staat van faillissement verklaard. Op 1 februari 2010 is dit faillissement opgeheven wegens gebrek aan baten zonder dat aan crediteuren enige uitkering is gedaan.

2.9. In het laatste faillissementsverslag van 1 februari 2010 komt de volgende passage voor:

“Oorzaak faillissement

(...) In september 2007 hebben de heren Kagenaar en Stenfert Kroese overeenstemming bereikt met de curator in het faillissement van Bureau Medelanders omtrent de overname van een subsidieproject onder de naam Cultuur in Bestuur. In het kader van dat project zijn de activiteiten van ondermeer de Stichting Restaurant PAN Schiedam overgenomen. De verwachting was dat de gemeente Schiedam zou zorgdragen voor kandidaten voor de invulling leer-werkervaringsplaatsen en dat in dat kader subsidie aan de Stichting Restaurant PAN Schiedam zou worden verstrekt. Gebleken is echter dat de gemeente Schiedam sinds september 2007 slechts twee kandidaten heeft aangeleverd, waardoor de Stichting Restaurant PAN Schiedam genoodzaakt was kostbare arbeidskrachten in te zetten. Naast het feit dat de exploitatie veel duurder was dan aanvankelijk werd verwacht, viel ook de omzet tegen. Als gevolg hiervan is de Stichting Restaurant PAN Schiedam kort na haar oprichting in financiële moeilijkheden geraakt. De stichting was niet in staat de huur van de bedrijfsruimte langer te voldoen. In april en mei 2008 kon aan de werknemer geen salaris meer worden betaald.”

2.10. Bij brief van 18 februari 2011 is Kagenaar aansprakelijk gesteld door Hape en is hij gesommeerd de onder 3 vermelde bedragen te betalen. Aan deze sommatie heeft hij geen gehoor gegeven.

3. De vordering

3.1. De vorderingen, zoals ingesteld bij dagvaarding, komen erop neer dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, de volgende beslissingen zal nemen:

1. voor recht te verklaren dat Kagenaar jegens Hape op grond van artikel 2:203 lid 3 BW hoofdelijk aansprakelijk is met de stichting en Kagenaar te veroordelen tot betaling van € 36.695,95, te vermeerderen met de wettelijke rente in de zin van artikel 6:119a BW vanaf 19 april 2011 tot de dag van algehele betaling, althans,

2. te verklaren voor recht dat Kagenaar op grond van artikel 6:162 BW onrechtmatig heeft gehandeld jegens Hape en hem te veroordelen tot vergoeding van de door Hape geleden schade, te weten € 29.011,60, te vermeerderen met de wettelijke rente in de zin van artikel 6:119 BW vanaf de datum van het faillissement tot de dag van algehele betaling,

3. met veroordeling van Kagenaar in de kosten van de procedure.

3.2. Bij repliek heeft Hape de eis vermeerderd met een bedrag van € 206,13 ter zake van door haar gemaakte kosten voor tenuitvoerlegging van de vaststellingsovereenkomst.

3.3. Aan deze vorderingen heeft Hape, tegen de achtergrond van de vaststaande feiten, ten grondslag gelegd dat de stichting haar verplichtingen jegens Hape niet is nagekomen en hier geen verhaal voor biedt. Kagenaar is als oprichter/bestuurder van de stichting op grond van artikel 2:203 lid 3 BW hoofdelijk aansprakelijk naast de stichting, nu hij bij het aangaan van de huurovereenkomst wist of redelijkerwijs kon weten dat de stichting haar verplichtingen aan Hape niet zou kunnen nakomen. Omdat de stichting binnen één jaar na haar oprichting is gefailleerd, wordt de wetenschap van Kagenaar dat de stichting haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen vermoed aanwezig te zijn. Kagenaar treft een ernstig persoonlijk verwijt. Subsidiair is Kagenaar aansprakelijk voor de ontstane schade op grond van artikel 6:162 BW.

4. Het verweer

4.1. Kagenaar concludeert dat de rechtbank, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis, de vorderingen van Hape afwijst en haar veroordeelt in de proceskosten.

4.2. Kagenaar heeft, tegen de achtergrond van de vaststaande feiten, de volgende op hoofdpunten weer te geven verweren gevoerd:

a. in de vaststellingsovereenkomst is finale kwijting verleend aan de stichting. Hierop kan ook Kagenaar zich beroepen,

b. artikel 2:203 BW is niet van toepassing omdat de huurovereenkomst op 22 oktober 2007 is ondertekend en dat is dus na de oprichting van de stichting. Indien artikel 2:203 BW wel van toepassing moet worden geacht, heeft te gelden dat het wettelijk bewijsvermoeden omtrent de wetenschap van niet nakoming is weerlegd,

c. de stichting is niet onbezonnen de huurovereenkomst aangegaan en er is dan ook geen grond voor persoonlijke aansprakelijkheid van Kagenaar,

d. als wel aansprakelijkheid wordt aangenomen dan dient de hoogte van de schadevergoeding te worden gematigd,

e. Kagenaar verzet zich tegen uitvoerbaar bij voorraad verklaring van een vonnis waarin hij tot betaling van enig bedrag wordt veroordeeld, althans dient Hape zekerheid te stellen voordat het vonnis ten uitvoer mag worden gelegd.

5. De beoordeling

Vaststellingsovereenkomst

5.1. Het meest verstrekkende verweer van Kagenaar is dat de finale kwijting als vermeld in de vaststellingsovereenkomst ook door hem tegen Hape kan worden ingeroepen. Kagenaar stelt dat uit de vaststellingsovereenkomst volgt dat er finale kwijting is verleend door Hape aan de stichting, onder

bepaalde voorwaarden waaronder de erkenning door de stichting van de huurachterstand tot en met april 2008. Deze erkenning, gelezen in combinatie met de finale kwijting en de ontbinding van de huurovereenkomst, houdt in dat Hape niet langer vorderingsgerechtigd is jegens de stichting wat betreft de als schuldig erkende huurpenningen. Het brengt evenzeer met zich mee dat Hape niet uit andere hoofde mag aanspreken voor betaling van (feitelijk) de huurpenningen, aldus Kagenaar. Hape heeft de stellingen van Kagenaar op dit punt gemotiveerd weersproken.

5.2. De rechtbank volgt Kagenaar niet in deze argumentatie. In de vaststellingsovereenkomst staat niets meer of minder dan dat partijen besluiten de huurovereenkomst te beëindigen (partijen noemen dat ontbinding), dat de huurachterstand tot en met april 2008 bindend wordt vastgesteld op een bepaald bedrag en dat, nadat aan enkele voorwaarden is voldaan, partijen elkaar finale kwijting verlenen. Nergens staat dat Hape afstand doet van haar vorderingsgerechtigdheid betreffende de huurpenningen. Dat de tekst van de vaststellingsovereenkomst geen betalingsverplichting omvat, zoals door Kagenaar aangevoerd, is daartoe in ieder geval onvoldoende. Hetzelfde heeft te gelden voor de stelling van Kagenaar dat het voor partijen glashelder was dat de stichting de vastgestelde huurachterstand na beëindiging van de huurovereenkomst niet meer zou kunnen voldoen. De rechtbank ziet niet in welk eigen belang Hape zou dienen als zij afstand van haar vorderingsrecht zou doen, nu immers de erkenning van de hoogte van de huurachterstand ook betekent dat de stichting erkent dat zij tot en met april 2008 het genot van de gehuurde bedrijfsruimte heeft gehad. Dat zou dan betekenen dat de stichting gedurende het overgrote deel van de tijd gratis de beschikking zou hebben gehad over deze bedrijfsruimte. In dit verband is tevens van belang dat Hape zeer kort na het aangaan van de vaststellingsovereenkomst op grond van het proces-verbaal executoriale beslagen heeft gelegd en vervolgens haar vordering bij de curator heeft ingediend, waaruit blijkt dat Hape de vaststellingsovereenkomst niet in de door Kagenaar gestelde zin heeft begrepen. Dit verweer van Kagenaar kan dan ook niet slagen.

Artikel 2:203 lid 3 BW

5.3. Deze bepaling is op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad ook van toepassing op stichtingen (HR 24 januari 1997, JOR 1997/18, NJ 1997/399).

5.4. Bij gelegenheid van de pleitzitting heeft de rechtbank vastgesteld dat de huurovereenkomst is ondertekend na de oprichting van de stichting. De stichting is opgericht op 17 augustus 2007. Uitgaande daarvan zou artikel 2:203 BW in het onderhavige geval geen rol spelen. Hape voert echter aan dat over de essentialia van de huurovereenkomst reeds eerder overeenstemming was bereikt, getuige het feit dat vanaf 1 augustus 2007 de bedrijfsruimte reeds in gebruik was van de stichting en dat zij op 18 september 2007 een eerste (in de optiek van Hape al te late) betaling van € 3.200,00 heeft voldaan, zijnde de kale huurprijs (exclusief bijkomende kosten).

5.5. De rechtbank overweegt dat de essentialia van de huurovereenkomst betreffen het verschaffen van het gebruik van een zaak door de verhuurder en het verrichten van een tegenprestatie hiervoor door de huurder (artikel 7:201 lid 1 BW). Over het object van het gehuurde bestaat in het onderhavige geval geen misverstand, namelijk het bedrijfsrestaurant waarin restaurant PAN werd geëxploiteerd. Ook de huurprijs is duidelijk, namelijk voormelde kale huurprijs. De huurtermijn vloeit bovendien dwingendrechtelijk voort uit artikel 7:290 BW en bedraagt vijf jaar, temeer nu gesteld noch gebleken is dat partijen hebben beoogd de door de wet onder bijzondere omstandigheden mogelijk gemaakte kortere huurtermijn overeen te komen. De huurovereenkomst is dus al vóór 1 augustus 2007 en dus ook voor 17 augustus 2007 tot stand gekomen. Dat Kagenaar in het door hem overgelegde e-mailbericht van 2 oktober 2007 aan Hape melding maakt van enkele aanpassingen in de tekst van de huurovereenkomst, maakt dat niet anders. Die aanpassingen hebben, anders dan Kagenaar stelt, immers geen betrekking op de essentialia van de huurovereenkomst. Artikel 1.5 en artikel 4.7.2 zijn in de uiteindelijke tekst van de huurovereenkomst niet opgenomen en artikel 7 heeft betrekking op de bijzondere bepalingen.

5.6. Onbetwist is dat de huurovereenkomst later door de stichting, getuige de ondertekende versie, is bekrachtigd. Kagenaar is op grond van artikel 2:203 BW dus hoofdelijk aansprakelijk, naast de stichting, voor de schade die Hape lijdt, indien hij wist of redelijkerwijs kon weten dat de stichting haar verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst niet zou kunnen nakomen. Nu de stichting is

gefaillieerd op 3 juni 2008 – en dus binnen één jaar na haar oprichting – geldt het wettelijke vermoeden dat bij Kagenaar de wetenschap dat de stichting de huurovereenkomst niet zou kunnen nakomen aanwezig was.

5.7. Tegen dit wettelijk vermoeden is tegenbewijs toegelaten en Kagenaar wijst in dit verband op de volgende feiten en vooruitzichten, die in de maand juli 2007 duidelijk werden:

1. het initiatief voor de voortzetting van restaurant PAN kwam van de gemeente Schiedam en Kagenaar behoefde niet te twijfelen aan de intentie van de gemeente om een voldoende kostendekkende leerwerkovereenkomst af te sluiten, hetgeen wordt ondersteund door correspondentie namens de gemeente,
2. er waren concrete plannen voor te organiseren buurtarrangementen die ook inkomsten zouden opleveren, hetgeen wordt ondersteund door correspondentie namens de gemeente,
3. in de voorbereidingsfase heeft de stichting de boeken van Bureau Medelanders bestudeerd en heeft zij een inschatting gemaakt van de te verwachten inkomsten en uitgaven;
4. er waren financiële reserves ingeruimd, bestaande uit een renteloze lening en vrije kredietruimte, hetgeen blijkt uit de notitie van Stenfert Kroese van 26 maart 2008,
5. daarnaast kon worden gerekend op reguliere inkomsten van betalende klanten, zoals eveneens blijkt uit de notitie van Stenfert Kroese.

5.8. De rechtbank overweegt het volgende. Uit de hiervoor onder 2.4 geciteerde brief van de gemeente Schiedam van 26 juli 2007 volgt dat er op dat moment geen zekerheid bestond dat de gemeente Schiedam subsidie zou verstrekken. Oud-deelnemers en nieuwe deelnemers zouden door de gemeente worden benaderd in de hoop dat er leerwerktrajecten zouden worden gestart, in welk kader de gemeente nadrukkelijk geen toezegging heeft willen verstrekken. In het e-mailbericht van Stenfert Kroese aan de gemeente Schiedam van 3 augustus 2007 is vermeld dat “de stichting PAN (...) geen rechten [kan] ontleen aan deze verwachting van de gemeente Schiedam.”. Hape heeft voorts een brief van de verantwoordelijk wethouders aan de gemeenteraad van Schiedam van 4 september 2007 overgelegd, waaruit blijkt dat ook op dat moment van formalisering van afspraken nog geen sprake was. Uit de brief van de wethouder aan de gemeenteraad van Schiedam van 3 oktober 2007 volgt weliswaar dat in het kader van de doorstart van restaurant PAN op 28 september 2007 een overeenkomst is getekend tussen de gemeente en de stichting Omij, maar eveneens blijkt uit die brief dat op dat moment nog geen overeenstemming bestond over de in 2008 door de gemeente in te kopen leer- en werkervaringsplaatsen. Uit de stellingen van Kagenaar volgt dat subsidieverlening door de gemeente essentieel was. Zowel voor het vinden van kandidaten als voor het verlenen van de subsidie was de stichting dus afhankelijk van de gemeente. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat Kagenaar de huurovereenkomst is aangegaan zonder zeker te zijn van deze essentiële inkomstenbron. Dat Kagenaar erop mocht vertrouwen dat die inkomstenbron alsnog (tijdig) ter beschikking zou komen, is onvoldoende gebleken. De correspondentie van de gemeente is in dat kader, ondanks de gebleken intenties van de gemeente, onvoldoende concreet.

5.9. Daar komt bij dat uit de notitie van Stenfert Kroese volgt dat de stichting gedurende het eerste jaar van de exploitatie van het restaurant PAN negatieve bedrijfsresultaten voorzag van € 23.000,00 (4e kwartaal 2007), € 10.000,00 (1e kwartaal 2008), € 6.000,00 (2e kwartaal 2008) en € 2.000,00 (3e kwartaal 2008). Pas in het 4e kwartaal werd een winst van € 2.000,00 verwacht, ervan uitgaande dat er direct leerlingen zouden instromen. Ter pleitzitting heeft Kagenaar verklaard: “De liquiditeit van een “social firm” is erg ingewikkeld in de opstartfase”. Uit het verslag van de curator in het faillissement van Bureau Medelanders blijkt bovendien dat “de marges erg laag zijn” en dat sinds de opening van het restaurant in 2005 alleen maar verliezen zijn geleden. Uit de notitie van Stenfert Kroese volgt verder dat er vreemd kapitaal was aangetrokken, maar dat diende als reserve voor vier stichtingen waarvan de stichting er één was. De financiële reserves konden uiteindelijk ook niet worden aangewend voor betaling van de huur, omdat deze door de niet voorziene personeelskosten in rap tempo verdampten. Verder is van belang dat door Kagenaar niet is gesteld dat Hape ten tijde van het aangaan van de

huurovereenkomst van de hiervoor vermelde stellingen van Kagenaar op de hoogte was. De rechtbank gaat er dus vanuit dat Hape als verhuurder niet op de hoogte was van deze omstandigheden.

5.10. Hetgeen hiervoor onder 5.8 en 5.9 is overwogen leidt tot het oordeel dat de huurovereenkomst per 1 augustus 2007 is aangegaan terwijl Kagenaar redelijkerwijs wist, maar in elk geval kon weten, dat de stichting haar verplichtingen jegens Hape niet zou kunnen nakomen. Dat het faillissement een externe oorzaak heeft en is veroorzaakt omdat de omzet achterbleef bij de verwachtingen, zoals aangevoerd door Kagenaar, is niet in overeenstemming met hetgeen hiervoor is overwogen. Kagenaar is niet geslaagd in het tegenbewijs. De rechtbank gaat voorbij aan het bewijsaanbod dat inhoudt dat Kagenaar en Stenfert Kroese als getuigen kunnen worden gehoord. Gelet op de voormelde door Kagenaar zelf ingebrachte brief van 26 juli 2007 van de gemeente Schiedam en de notitie van Stenfert Kroese is dit bewijsaanbod te weinig gesubstantieerd.

5.11. Met zijn handelen – het aangaan van een langdurige huurverplichting in de hiervoor onder 5.8 en 5.9 genoemde omstandigheden – heeft Kagenaar wellicht niet opzettelijk schade willen toebrengen, maar heeft hij wel onbehoorlijk gehandeld, waardoor Hape schade heeft ondervonden. Naar het oordeel van de rechtbank treft Kagenaar persoonlijk een voldoende ernstig verwijt. Dat sprake is van onbezoldigde en vrijwillige werkzaamheden in de non-profit sector kan daaraan niet afdoen. Ook van een vrijwilliger die bestuurder van een stichting wordt, mag prudent handelen in het maatschappelijk verkeer worden verwacht.

Schadevergoeding

5.12. Het voorgaande brengt mee dat Kagenaar, naast de stichting, hoofdelijk aansprakelijk is voor de schade van Hape als gevolg van het verzuim van de stichting de huurpenningen te betalen. De hoogte van het door Hape gevorderde bedrag (€ 27.528,00 aan huurachterstand, vermeerderd met € 9.167,95 aan vervallen rente tot en met 18 april 2011) is door Kagenaar niet weersproken, zodat daarvan in rechte zal worden uitgegaan.

Matiging

5.13. Op grond van artikel 6:109 BW kan de rechtbank de schadevergoeding matigen, indien zonder matiging sprake zou zijn van kennelijk onaanvaardbare gevolgen. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht.

5.14. Ter zitting heeft Kagenaar verklaard uit ideële motieven vaker als bestuurder van stichtingen op sociaal gebied op te treden. Hij is gepensioneerd en ontvangt naast zijn pensioen geen inkomsten uit dergelijke bestuurderschappen. Hij heeft geen inkomsten ontvangen uit de stichting. Er is geen bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering afgesloten. Gesteld noch gebleken is dat Kagenaar op enigerlei wijze persoonlijk gewin heeft geboekt. Verder is van belang dat gesteld noch gebleken is dat Hape de onderhavige bedrijfsruimte in juli 2007 of in de periode tot april 2008 aan een andere partij zou hebben kunnen verhuren. Vast staat dat uit hoofde van deze huurovereenkomst Hape in elk geval een bedrag heeft ontvangen van in totaal € 14.241,00. Anders dan Hape heeft aangevoerd, ziet de rechtbank geen aanleiding in dit kader rekening te houden met de brief van Kagenaar van 18 maart 2008 (zie hiervoor onder 2.5). Dat Kagenaar in die brief welbewust onjuiste informatie heeft verstrekt om Hape om de tuin te leiden, is niet gebleken. Dat de ontvangst van de in de brief genoemde subsidie zeer onzeker was, zoals door Hape gesteld, is daartoe in elk geval onvoldoende. Uit een e-mail van de gemeente Schiedam van 12 maart 2008 blijkt voorts dat de oproep tot het aanmelden van kandidaten – wegens het uitblijven van geschikte kandidaten – door de gemeente verder was uitgezet in de gemeenten Vlaarding en Maassluis. Gelet op dat bericht is het niet onbegrijpelijk dat Kagenaar, een week na dat bericht, nog niet alle hoop had verloren.

5.15. Gelet op de hiervoor onder 5.14 weergegeven omstandigheden oordeelt de rechtbank dat betaling van volledige schadevergoeding voor Kagenaar kennelijk onaanvaardbare gevolgen heeft. De rechtbank

matigt, gelet op alle omstandigheden van het geval, de schadevergoeding tot € 10.000,00 en zal Kagenaar veroordelen dit bedrag aan Hape te betalen.

5.16. De gevorderde rente is toewijsbaar in de zin van artikel 6:119 BW (en niet in de zin van artikel 6:119a BW), nu het gaat om schadevergoeding en niet om een handelstransactie.

Proceskosten

5.17. Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij dient Kagenaar te worden veroordeeld in de kosten van de procedure. (...; *red.*)

Uitvoerbaarheid bij voorraad

5.18. Conform het verzoek van Kagenaar, waartegen Hape niets heeft ingebracht, zal de rechtbank beslissen dat aan de uitvoerbaarheid bij voorraad de voorwaarde van zekerheidsstelling wordt verbonden als bedoeld in artikel 233 lid 3 Rv. De rechtbank neemt daartoe in aanmerking dat het om een voor een particulier als Kagenaar aanzienlijk bedrag gaat en dat het vanuit die optiek onwenselijk zou zijn, ingeval van een vernietiging van dit vonnis in hoger beroep, als Hape het totale toe te wijzen bedrag niet zou kunnen terugbetalen (wat er ook zij van het daadwerkelijke restitutierisico).

6. De beslissing

De rechtbank:

veroordeelt Kagenaar tot betaling aan Hape van € 10.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente in de zin van artikel 6:119 BW vanaf 19 april 2011 tot aan de dag van algehele betaling;

veroordeelt Kagenaar in de kosten van de procedure (...; *red.*);

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad, onder de voorwaarde dat Hape eerst ten behoeve van Kagenaar door een te goeder naam en faam bekend staande Nederlandse bank een bankgarantie doet stellen ten bedrage van € 14.000,00,

wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

1. In deze uitspraak staat de toepassing van art. 2:203 lid 3 BW centraal. Indien een vennootschap een preconstitutieve rechtshandeling heeft bekrachtigd, maar de daaruit voortvloeiende verplichtingen vervolgens niet nakomt, zijn degenen die namens de vennootschap in oprichting hebben gehandeld, hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de wederpartij daardoor lijdt, indien de namens de vennootschap i.o. handelende personen wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Gaat de vennootschap binnen een jaar na oprichting failliet, dan wordt dergelijke wetenschap vermoed te bestaan.

2. Art. 2:203 lid 3 BW heeft betrekking op de BV. De rechtbank in de onderhavige zaak meent dat lid 3 op grond van het arrest Diva/Meijs (HR 24 januari 1997, «JOR» 1997/18) ook op stichtingen van toepassing is (r.o. 5.3). Dat is echter niet juist. De Hoge Raad heeft in Diva/Meijs bepaald dat *lid 1* van art. 2:203 BW van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen, dus ook op de stichting. Dat betekent dat een stichting slechts gebonden is en rechten kan ontlenen aan preconstitutieve rechtshandelingen indien de stichting die rechtshandelingen na haar oprichting heeft bekrachtigd. Of ook lid 3 van art. 2:203 BW analoog op de stichting van toepassing is, kwam in Diva/Meijs niet aan de orde.

3. Dat de rechtbank in de onderhavige zaak lid 3 niettemin op de stichting toepast, is naar mijn mening echter wel terecht. Lid 3 biedt de derde die met een vennootschap in oprichting handelt de concrete bescherming die hem redelijkerwijs moet toekomen, juist in de onzekere oprichtingsfase. Niet valt in te zien waarom de derde niet eenzelfde bescherming zou moeten toekomen indien hij met een stichting in oprichting handelt, zeker, zoals in het onderhavige geval, met een stichting die na oprichting een commerciële onderneming zal gaan drijven. Vgl. A-G Hartkamp in zijn conclusie bij Diva/Meijs waarin hij bepleit dat leden 2 en 3 ook op andere rechtspersonen van toepassing zouden moeten zijn. Deze opvatting vindt eveneens steun in de literatuur. Reeds vóór Diva/Meijs: R.W.F. Hendriks, *WPNR* 6088,1993 met verwijzing naar Pres. Rb. Utrecht 4 mei 1992, *KG* 1992, 230. Nadien: J.M.M. Maeijer in zijn noot bij Diva/Meijs; C.C.J. Rietschoten, *JBN* 1997/40. Vgl. ook Kantonrechter Leeuwarden, 9 september 2003, «*JOR*» 2004/3. Kritischer zijn Dijk/Van de Ploeg, Kluwer, Deventer 2007, p. 64.

4. Omdat de stichting binnen één jaar na oprichting is gefailleerd, geldt het vermoeden dat Kagenaar, die de huurovereenkomst namens de stichting is aangegaan, wist of redelijkerwijs kon weten dat de stichting haar verplichtingen jegens Hape Holding BV (“Hape”) niet zou kunnen nakomen. Bij die stand is Kagenaar op grond van lid 3 aansprakelijk voor de schade die Hape dientengevolge lijdt. Kagenaar probeert het vermoeden met enkele feiten en vooruitzichten ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst te weerleggen (r.o. 5.7), maar slaagt daarin niet. De rechtbank lijkt Kagenaar vooral te verwijten dat hij de huurovereenkomst is aangegaan zonder zeker te zijn van de gemeentelijke subsidie die naar Kagenaars eigen zeggen essentieel was (r.o. 5.8). Engelsen zeggen soms terecht waarschuwend *never mistake a wish for a certainty*, maar het is de vraag of de rechtbank, gelet op het criterium “wist of redelijkerwijs kon weten”, in dit geval niet te ver gaat door zekerheid omtrent de subsidie te verlangen op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid van Kagenaar. Ter vergelijking: in *Beklamel* (*NJ* 1990, 286, m.nt. Ma) drong crediteur Stimulan aan op toepassing van de voor de bestuurder strengere maatstaf “of [de bestuurder] serieus kon menen”. De Hoge Raad handhaafde echter de ruimere maatstaf “redelijkerwijze behoorde te begrijpen”. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het bewijsvermoeden van art. 2:203 lid 3 BW werd geïntroduceerd als hulpmiddel tegen de gevolgen van lichtvaardige oprichting en malafide bestuur van vennootschappen (Losbl. *Bundel NV en BV, IXs*, art. 93-7). Voor een weerlegging van dat bewijsvermoeden zou daarom voldoende moeten zijn dat Kagenaar aannemelijk maakt dat er noch van lichtvaardige oprichting noch van malafide bestuur sprake was. Van dat laatste is niet gebleken. Was de oprichting dan lichtvaardig? De afspraken die Kagenaar, althans de stichting i.o., met de gemeente maakte, voor zover zij uit het vonnis blijken, komen mij toch tamelijk veelbelovend voor. De gemeente verbond zich om actief op zoek te gaan naar leerlingen en had concrete verwachtingen over hoeveel leerlingen zij zou kunnen vinden. In september 2007 heeft de gemeente aanvullende afspraken met de stichting gemaakt (r.o. 2.4) en toen het aantal leerlingen tegenviel, is de gemeente ook in andere gemeenten op zoek gegaan naar leerlingen (r.o. 5.14). De curator vermeldt in zijn verslag als oorzaak van het faillissement op neutrale toon dat het de verwachting was dat de gemeente zorg zou dragen voor instroom van leerlingen – en dus voor subsidie – maar dat de gemeente hierin niet is geslaagd (r.o. 2.9). Het beeld dat ontstaat, is dat de gemeente zich toch behoorlijk heeft ingespannen om haar eigen verwachtingen – en die van Kagenaar – waar te maken, maar daarin niet is geslaagd omdat de interesse van leerlingen achterbleef. Dat lijkt mij een externe oorzaak van het faillissement (c.q. van het niet-nakomen door de stichting), en dus niet een oorzaak die binnen de invloedssfeer van Kagenaar lag, zoals een lichtvaardige oprichting. Dat de gemeente slechts bereid was om zich aan intenties te verbinden, kan mijns inziens in redelijkheid niet aan Kagenaar worden verweten. Subsidies worden immers zelden onvoorwaardelijk toegezegd. Met het (impliciete) oordeel dat Kagenaar zekerheid omtrent de subsidie had moeten hebben voordat hij de huurovereenkomst aanging, schiet de rechtbank daarom naar mijn mening door. Voorts vermeldt de curator als faillissementsoorzaak dat de omzet tegenviel, naar ik begrijp zonder Kagenaar daarvan een verwijt te maken (r.o. 2.9). Ook dat zou een externe oorzaak van het faillissement kunnen zijn. In het licht van het voormelde meen ik, afgaande op de beperkte feiten, dat de rechtbank in het kader van de weerlegging van het bewijsvermoeden ten minste het bewijsaanbod van Kagenaar had moeten aanvaarden. Dit geldt temeer nu de rechtbank in r.o. 5.14 overweegt dat Kagenaar nog in maart 2008, enkele maanden nadat de huurovereenkomst was aangegaan, hoop mocht hebben op de gemeentelijke subsidie (r.o. 5.14). Ik begrijp dat Kagenaar niet van het vonnis in beroep is gekomen. Het zou interessant zijn geweest om te weten of het hof het strenge oordeel van de rechtbank had gevolgd.

5. De overweging in r.o. 5.11 dat Kagebaar een persoonlijk ernstig verwijt treft, komt enigszins uit de lucht vallen. Het zal een verwijzing naar Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38) zijn. Ik zie echter niet in hoe die maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een derde op grond van artikel 6:162 BW in dezen relevant is omdat de rechtbank de aansprakelijkheid van Kagebaar op artikel 2:203 lid 3 BW baseert.

6. De stichting ging een commercieel avontuur aan. Ik vind het daarom wel ongelukkig dat er voor Kagebaar niet een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering werd afgesloten (r.o. 5.14).

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Loyens & Loeff NV in Amsterdam