

beëindigd. Op 3 februari 2005 wordt surseance van betaling verleend aan de vennootschappen ATR Leasing IV B.V., ATR Leasing V B.V. en ATR Leasing VI B.V. (de 'ATR-vennootschappen'). De OK heeft op 1 november 2005 een onderzoek gelast naar het beleid en de gang van zaken van de ATR-vennootschappen. Het verslag van het onderzoek is op 28 augustus 2007 ter inzage gelegd.

OK: Het feit dat onderzoekers zich niet geheel hebben gehouden aan de richtlijnen uit de publicatie 'Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures', betekent niet dat enig gebrek kan kleven aan het uitgevoerde onderzoek, omdat deze richtlijnen geen officiële status hebben. De financiële administratie van de ATR-vennootschappen was niet naar behoren en niet bijgewerkt. Ook de managementinformatie was niet up-to-date. Geen inzicht kon worden verkregen in de financiële situatie per vennootschap en de vennootschappen werden onvoldoende uit elkaar gehouden. De transacties tussen de verschillende ATR-vennootschappen onderling waren niet transparant en onderlinge afspraken en verplichtingen werden onvoldoende geregistreerd en gedocumenteerd. Ook al bevinden de geconstateerde tekortkomingen zich uitsluitend op het organisatorische formele vlak, bij het bestuur van de ATR-vennootschappen zijn elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap niet in acht genomen. Er is sprake geweest van wanbeleid. Mogelijk hadden de ATR-vennootschappen het hoofd boven water kunnen houden als Prins en De Vlieger niet gearresteerd waren. Tot de conclusie van wanbeleid omdat het van aanvang af onverantwoord was de onderneming van Air Holland voort te zetten, kan derhalve niet worden gekomen.

RO 2008, 64

HOF AMSTERDAM (ONDERNEMINGSKAMER)

10 juni 2008, nr. 1195/2007 OK
(Mr. J.H.M. Willem's, E.F. Faase, M.A. Goslings, drs. C. Izeboud RA, J.G. Bax)
LJN BD3527
ARO 2008, 107

BW art. 2:354, 355, 356

Enqueteprocedure.

Is sprake van wanbeleid bij de ATR-vennootschappen? Wat zijn de gevolgen als een onderzoek niet is verricht conform de 'Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures'?

ATR Leasing exploiteerde luchtvaartactiviteiten onder de handelsnamen Air Holland en Air Exel. ATR Leasing werd feitelijk voornamelijk bestuurd door de heren De Vlieger en Sandmann. Ook financiering van de onderneming geschiedde voornamelijk (met name via de IMCA Groep) door De Vlieger en Sandmann. Begin 2005 is (o.a.) De Vlieger gearresteerd, waarna IMCA de financiële steun aan ATR Leasing heeft

Zie ook:

Hof Amsterdam (OK) 8 december 2006, RO 2007, 16 en JOR 2007/41 (Versatel);

Wenk:

In deze zaak laat de OK zich expliciet uit over de in 2004 door J.M. Blanco Fernández, M. Holtzer en G. van Solinge opgestelde 'Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures', waaraan in ondernemingsrechtkringen veelvuldig wordt gerefereerd, bij gebreke aan een vastomlijnd kader voor de rechten en verplichtingen van onderzoekers in enquêteprocedures (anders dan hetgeen (summier) staat bepaald in art. 2:351 BW en de fragmentarisch in de rechtspraak ontwikkelde beginselen van behoorlijk onderzoek). Reden waarom deze publicatie hoogstwaarschijnlijk in de boekenkast staat van de meeste onderzoekers, advocaten en anderen die zich bezighouden met het enquêterecht. Anders dan menigeen wellicht zou zien, laat de OK zich hier blijken deze uitspraak in het geheel niet op vastleggen. Zij overweegt in klare taal dat als een onderzoek (gedeeltelijk) is verricht in afwijking van de richtlijnen, dit niet

betekent dat aan zo'n onderzoek enig gebrek kleeft, en benadrukt dat deze richtlijnen geen officiële status hebben. Het lijkt dan ook niet waarschijnlijk dat de OK een onderzoek zal gelasten, te verrichten in overeenstemming met de 'Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures', zoals bijvoorbeeld werd verzocht in het (overigens geheel afgewezen) enquêteverzoek bij *Versatel* (zie OK 8 december 2006, RO 2007, 16). Kijkend naar de materiële inhoud van deze zaak, wordt duidelijk dat ook sprake kan zijn van wanbeleid wegens tekortkomingen van uitsluitend organisatorisch formele aard. Gezien de vergaande gevolgen voor bestuurders bij het (organisatorisch formele) 'enkele' niet voeren van een juiste administratie op grond van art. 2:248 jo. 2:10 BW, is weinig verrassend dat zo'n gebrek ook de grondslag voor het oordeel wanbeleid kan zijn.

Stichting Jan Rebel, te Amsterdam, verzoekster, adv. mr. I. Spinath en mr. S.J.H.M. Berendsen, proc. mr. I. Spinath,

- tegen
1. ATR Leasing IV B.V.,
 2. ATR Leasing V B.V.,
 3. ATR Leasing VI B.V., alle te Amsterdam, verweersters, niet verschenen, en tegen
 1. N.P.J. Sandmann, wonende te Bonaire, Nederlandse Antillen, belanghebbende, adv. en proc. mr. R.J. van Agteren,
 2. Mr. W.J.P. Jongepier, te Amsterdam,
 3. Mr. J.J. Knol, te Amstelveen, beiden in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van verweersters, belanghebbenden, adv. en proc. mr. O.R. van Brunschot,
 4. E.W. de Vlieger, te Amsterdam, belanghebbende, adv. mr. R.J.R.M. de Bok, proc. mr. A. van Hees.

Hof:

1. Het verloop van het geding

1.1. Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer in de eerste plaats naar haar beschikkingen in de met deze zaak samenhangende zaak met rekestnummer 986/2005 OK van onderscheidenlijk 1 november 2005, 28 december 2005, 4 december 2006 en 28 augustus 2007.

1.2. Het verslag met de bijlagen van het bij de beschikking van 1 november 2005 bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van verweersters is bij de laatstgenoemde beschikking ter inzage gelegd voor belanghebbenden.

1.3. Verzoekster (hierna Jan Rebel te noemen) heeft bij op 29 oktober 2007 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift de Ondernemingskamer verzocht bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad,

1) vast te stellen dat bij verweersters (gezamen-

lijk de ATR-vennootschappen te noemen en afzonderlijk respectievelijk ATR IV, ATR V en ATR VI) sprake is geweest van wanbeleid in de periode vanaf haar oprichting op 30 december 2002 tot 2 februari 2005, althans in een door de Ondernemingskamer te bepalen periode;

- 2) vast te stellen dat de verantwoordelijkheid voor dit wanbeleid ligt bij H.J. Prins (hierna Prins te noemen), E.W. de Vlieger (hierna De Vlieger te noemen), N.P.J. Sandmann (hierna Sandmann te noemen) en A.C.W. Corver (hierna Corver te noemen), althans vast te stellen bij welke organen en personen de verantwoordelijkheid voor dit wanbeleid ligt;
- 3) te bepalen dat de kosten van de procedure – hoofdelijk – voor rekening van Prins, De Vlieger, Sandmann en Corver komen;
- 4) te bepalen dat de ATR-vennootschappen de kosten van het onderzoek – hoofdelijk – kunnen verhalen op Prins, De Vlieger, Sandmann en Corver.

1.4. Belanghebbende sub 1, Sandmann, heeft bij op 23 november 2007 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven – Jan Rebel niet ontvankelijk te verklaren in haar verzoek, althans dat verzoek af te wijzen, met veroordeling van Jan Rebel in de kosten van het geding.

1.5. Belanghebbenden sub 2 en 3 (hierna de Curatoren te noemen) hebben bij op 3 maart 2008 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen (onder meer op deze zaak betrekking hebbend) verzoekschrift de Ondernemingskamer verzocht het in 1.3 onder 1) weergegeven onderdeel van het verzoek van Jan Rebel toe te wijzen.

1.6. Belanghebbende sub 4, De Vlieger, heeft bij op 6 maart 2008 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift, tevens houdende een zelfstandig verzoek, met producties de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven – bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad,

1) Jan Rebel niet ontvankelijk te verklaren in haar verzoek, althans dat verzoek af te wijzen;

2) een onderzoek te gelasten naar de vraag welke persoon in strijd met artikel 2:353 lid 3 BW en artikel 272 Wetboek van Strafrecht mededelingen heeft gedaan naar aanleiding van het verslag van het onderzoek dat op 28 augustus 2007 ter griffie van de Ondernemingskamer is gedeponereerd, met bepaling dat de kosten van dat onderzoek ten laste komen van de bedoelde persoon en dat De Vlieger de resultaten van dat onderzoek mag gebruiken met het oog op het vorderen van vergoeding op de voet van artikel 6:162 BW van de schade die hij als gevolg van de genoemde mededelingen heeft geleden van de bedoelde persoon.

1.7. Corver heeft bij op 6 maart 2008 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven – Jan Rebel niet ontvankelijk te

verklaren in haar verzoek, althans dat verzoek af te wijzen.

1.8. Jan Rebel heeft bij op 17 maart 2008 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen brief de in 1.3 onder 2), 3) en 4) weergegeven onderdelen van haar verzoek ingetrokken. In die brief heeft zij tevens verzocht het door haar in de zaak met rekestnummer 1190/2007 OK ingediende verweerschrift te beschouwen als aanvulling op haar verzoek in de onderhavige zaak.

1.9. Corver heeft bij op 18 maart 2008 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen brief de Ondernemingskamer doen weten dat hij zich, gelet op de intrekking door Jan Rebel van de in 1.8 vermelde onderdelen van haar verzoek, aan de procedure onttrekt.

1.10. Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 20 maart, alwaar de advocaten de standpunten van de door hen gerepresenteerde partijen nader hebben toegelicht, wat mr. Spinath en mr. Berendsen betreft aan de hand van aan de Ondernemingskamer overgelegde pleitnotities.

2 De vaststaande feiten

2.1. Wat de vaststaande feiten betreft verwijst de Ondernemingskamer allereerst naar hetgeen dien-aangaande is vermeld in 2.1 tot en met 2.21 in haar hiervoor genoemde beschikking van 1 november 2005, alwaar (in 2.1) per abuis is vermeld dat de onderneming van Air Holland I B.V. 'omstreeks 1 januari 2003', in plaats van 'omstreeks 1 januari 2004', aan de ATR-vennootschappen is overgedragen. Aan die feiten kan nu het volgende worden toegevoegd.

2.2. Het bij de beschikking van 1 november 2005 bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de ATR-vennootschappen is verricht door P.J.M. Beerepoot RA en mr. A.E. Driessen, daartoe aangewezen bij de genoemde beschikking van 28 december 2005. Hun onderzoeksverslag, met twee bijlagen, (hierna het Verslag te noemen) is op 28 augustus 2007 ter griffie van de Ondernemingskamer ter inzage van belanghebbenden gelegd.

2.3. Onder het hoofd '5. Conclusies' staat in het Verslag onder meer het volgende vermeld:

Onderzoekers stellen voorop dat zij de indruk hebben niet de volledige waarheid te hebben achterhaald over al hetgeen vooraf ging aan de surseance van de ATR vennootschappen. Bij sommige van de gehoorde personen leek een zekere terughoudendheid te bespeuren om volledige opening van zaken te geven. (...) Niettemin menen onderzoekers dat zij een redelijk beeld hebben gekregen en dat de onderstaande conclusies gerechtvaardigd zijn.

5.1 (...)

5.2 Inspectie Luchtvaart Verkeer en Waterstaat

De IVW heeft in de hele geschiedenis van Air Holland en Holland Exel [de handelsnaam van ATR VI, die de daadwerkelijke luchtvaartactiviteiten verrichtte; Ondernemingskamer] een grote rol gespeeld. De dienst heeft

kennelijk steeds willen meewerken en het niet tot haar taak gerekend om zeer kritisch te zijn ten aanzien van de financiële positie van de verschillende betrokken partijen. (...) Politiek werd het belangrijk geacht dat er voldoende concurrentie zou zijn op de Nederlandse luchtcharter markt. Mede daardoor was het mogelijk dat Air Holland in zeer korte tijd, onder verschillende eigenaren en verschillende namen, driemaal in grote problemen kwam. Daarbij kwam dat de IVW onjuist werd voorgelicht door Holland Exel. Bij de aanvraag van de benodigde vergunningen werden financiële stukken overgelegd, die weliswaar voorzien waren van een verklaring van Deloit[t]e & Touche, maar die geen rekening hielden met de vordering van ca. €4 miljoen die al was ontstaan op Air Holland I [die toen de luchtvaartactiviteiten voor rekening en risico van Holland Exel verrichtte; Ondernemingskamer] in de tijd dat doorgevoegen werd op de vergunningen van Air Holland, welke vordering van den beginne als oninbaar moest worden beschouwd, noch met de vrij snel teruglopende bevoorschotting van de tour-operators. Met geen woord wordt gerept over het voornemen ook middellange afstands-vluchten te gaan uitvoeren, een lijndienst op Curaçao te openen en te komen tot integratie van Air Exel [Air Exel Netherlands B.V., in 2.3 van de beschikking van 1 november 2005 per abuis Exel Netherlands B.V. genoemd; Ondernemingskamer] en Holland Exel.

5.3 De ATR vennootschappen

In het navolgende zal voornamelijk worden gedoeld op ATR VI B.V. waarin het vliegbedrijf werd uitgeoefend. De ATR vennootschappen moeten echter als een geheel worden gezien. De splitsing over 3 vennootschappen (...) is voor de overzichtelijkheid een nadeel gebleken. (...) De rekening courant die tussen alle betrokken vennootschappen moest worden bijgehouden werd niet of onvoldoende bijgehouden, zodat per vennootschap geen volledig inzicht in de financiële situatie kon worden verkregen.

(...) De gehele Exel Aviation onderneming was een 2-mans operatie met Sandmann als de man op de Antillen en [D]e Vlieger als de man in Nederland. Beiden zijn/waren mensen uit de wereld van het onroerend goed die geen kennis of ervaring van de luchtvaart meebrachten. (...)

Zowel Holland Exel als AEN [Air Exel Netherlands B.V.; Ondernemingskamer] waren ondernemingen met winstpotentie mits goed geleid. (...) Het was onverantwoord zowel Holland Exel als AEN te belasten met de financiering van het Antillen netwerk. (...) De gehele Antillen operatie werd daarom een molensteen om de nek van zowel Holland Exel als AEN.

Het lijkt onderzoekers dat de 3 verschillende operaties, long-haul charter - regionaal Europees netwerk en inter-insulair Antilliaans

netwerk – niet complementair zijn. Alle 3 operaties zijn/waren betrekkelijk kleinschalig met weinig mogelijkheden tot cost-sharing. Dit gegeven legde reeds bij aanvang een aanzienlijke financiële en operationele druk op de gehele onderneming. De betrokkenen hebben verzuimd de strategie te laten toetsen door een organisatieadvies bureau met kennis van de luchtvaart. (...)

De verschillende ondernemingen lijken te zijn geleid als een onroerend goed project: verwerven, in de steigers zetten, opknappen en vervolgens doorverkopen. Voor het leiden van een luchtvaartonderneming zijn andere management technieken vereist.

De operationele leiding van zowel AEN als Holland Exel was in handen van slechts 1 persoon. Deze had bijgevolg onvoldoende tijd om de integratie en samenvoeging van bijvoorbeeld de administratieve afdelingen van Holland Exel, AEN en [DCE (Dutch Caribbean Exel N.V., een ten behoeve van de lijndienst Amsterdam-Curaçao opgerichte vennootschap, waarvan alle aandelen werden gehouden door ATR V); Ondernemingskamer] te leiden. Hier toe had de ondernemingsleiding zich behoren te laten bijstaan door een team van externe deskundigen van bijvoorbeeld een van de grote accountantskantoren.

De personele bezetting van Holland Exel liet te wensen over. (...) Binnen de leiding was (...) onvoldoende luchtvaartkennis aanwezig. (...)

De informatie systemen en de bemanning van de administratieve afdelingen waren ondermaats. Voor het opzetten van een deugdelijk informatiesysteem had de ondernemingsleiding zich ook behoren te laten bijstaan door externe deskundigen die ongetwijfeld rekening zouden hebben gehouden met de navolgende overwegingen.

De typologie van de onderneming vereist dat o.m. de navolgende indicatoren pro-actief gevolgd worden: bezettingsgraad, bagage per stoel, brandstofverbruik, brandstofprijzen en vaste en variabele kosten in verhouding tot omzet. (...) Aangezien de bezettingsgraad en vliegtuighuur contractueel vastlag behoefde er dus per vlucht slechts gestuurd te worden op dekking van de brandstofkosten, de personeelskosten en overige algemene kosten in de gecontracteerde verkoopprijs per stoel. De brandstofkosten zijn een functie van brandstofprijzen en verbruik. Het verbruik is, gegeven het type motor, een functie van belading per stoel, luchtweerstand en vluchtroute. Indien men werkt met vaste indicatoren weet men reeds voor iedere vlucht (round-trip) of er voldoende dekking in de stoelprijs wordt gerealiseerd, m.a.w. of deze vlucht winstgevend zal zijn. Niets wijst er op dat dergelijke indicatoren (yard-sticks) intern waren ontwikkeld.

Bij vervanging dienen originele door de fabriek geautoriseerde en/of voorgeschreven onderde-

len te worden gebruikt. Het niet naleven van deze richtlijn kan leiden tot het verlies van het luchtwaardigheidscertificaat voor het betrokken vliegtuig. Originele onderdelen zijn aanzienlijk duurder dan surrogaten en op kleinere vliegvelden veelal niet uit voorraad leverbaar. In voorkomende gevallen dienen deze onderdelen vanuit de thuisbasis of van elders te worden ingevlogen hetgeen leidt tot vertragingen. Passagiers werden in dergelijke gevallen zoveel mogelijk op kosten van Holland Exel overgeboekt op vluchten van concurrerende maatschappijen. Met dit alles werd onvoldoende rekening gehouden in de begrotingen of zelfs genegeerd.

Voor de ATR vennootschappen geldt hetzelfde als hiervoor gesteld ten aanzien van Air Holland I: van het begin af aan was er onvoldoende kapitaal en kennis om succes te kunnen garanderen. Bij het aanvragen van de benodigde vergunningen is aan de IVW een onjuiste voorstelling van zaken gegeven. Of dit bewust gebeurde of door onvoldoende inzicht in de eigen situatie, hebben onderzoekers niet kunnen vaststellen. Waarschijnlijk is de tijd[s]-druk mede een oorzaak geweest. In de financiële rapportage aan de IVW is geen rekening gehouden met de teruglopende bevoorschotting door TUI [TUI Nederland N.V., een reorganisatie en een van de twee grootste klanten van ATR VI waarmee aanvankelijk Air Holland I contracten had afgesloten ten behoeve van charteractiviteiten en welke contracten door Holland Exel waren overgenomen; Ondernemingskamer] en Thomas Cook [Thomas Cook Nederland B.V., de andere reorganisatie en klant als zojuist bedoeld; Ondernemingskamer], noch met de reeds bestaande en hoogstwaarschijnlijk oninbare vordering van €4 miljoen op Air Holland I (...), noch met de uit de contracten blijvende verplichting een vordering van TUI en Thomas Cook van €2 miljoen op Air Holland I over te nemen, welke vordering ongetwijfeld op nul zou moeten worden gewaardeerd (...). Daarbij kwam nog de omstandigheid dat de risico's van stijging van de brandstof prijzen niet, althans onvoldoende, waren afgedekt, ook al was hier van verschillende zijden wel op aangedrongen. De luchtvervoer overeenkomsten die ATR sloot met TUI en Thomas Cook legden uitdrukkelijk het risico voor hogere brandstof prijzen bij ATR. De verklaring van Prins voor het niet indekken van het risico, namelijk dat ATR mee mocht liften op de arrangementen die KLM had gesloten voor de aanschaf van brandstof, cq dat de brandstof prijzen ook konden dalen, getuigt ons inziens van naïviteit.

De zogenaamde normalisering van de resultaten over 2004 die later door het management werd gegeven, is dan ook naar het oordeel van onderzoekers onjuist en lijkt meer bedoeld om het falen van het management te excuseren of

te verhullen. Een prudent management had met alle daarin aangevoerde zaken (zoals stijging van brandstof prijzen, onderhoud aan vliegtuigen, vertraging bij de ombouw van vliegtuigen en dergelijke) rekening dienen te houden.

De administratie van de ATR vennootschappen was er onvoldoende op ingericht om voldoende informatie over het reilen en zeilen van het bedrijf te verkrijgen, zoals bijvoorbeeld een resultaat per vlucht. Zo bleek het in januari 2005 onmogelijk voldoende betrouwbare informatie te verstrekken aan Sandmann, om deze ertoe te bewegen een nieuwe kapitaal injectie in de onderneming te doen. Aangezien de voorgenomen integratie van Holland Exel in de Exel Aviation Group niet gelukt is dan wel niet of onvoldoende van de grond is gekomen, bleven de administratieve afdelingen van Holland Exel structureel onderbemand en kon niet worden geïnvesteerd in de continuïteit van een kwalitatief adequaat intern informatiesysteem. Het management (directie, administratie, vluchtleiding etc.) was onvoldoende gekwalificeerd om leiding te geven aan een bedrijf als dat van de ATR vennootschappen. Geen van de leidinggevenden is dan ook door TUI na de overname in hun positie gehandhaafd.

Kennelijk werd door de leiding (en ook door derden zoals TUI en Thomas Cook en leveranciers) steeds vertrouwd op de kapitaalcrachtigheid van de (indirecte) aandeelhouders van ATR en wel met name van de De Vlieger Groep, zonder op enige wijze een verplichting tot bijspringen vast te leggen. Mede daardoor was ATR onvoldoende kritisch over de eigen performance. (...)

In alle voor een onderneming belangrijke management-aspecten - strategie, structuur, personele bezetting, kennis van zaken, informatievoorziening en financiering - was onvoldoende voorzien. Naar het oordeel van de onderzoekers had de ondernemingsleiding op al deze aspecten adequate correctieve actie behoren te nemen.

(...)

2.4. Onder het hoofd '6. Samenvatting' staat in het Verslag onder meer het volgende vermeld:

Samenvattend menen wij dat de oorzaken van het mislukken van Holland Exel vooral gezocht moeten worden in de volgende omstandigheden:

1. Van het begin af aan beschikte Holland Exel over te weinig kapitaal. Eigen vermogen hadden de vennootschappen vrijwel niet. De vooruitbetalingen van TUI en Thomas Cook waren reeds gebruikt voordat Holland Exel werkelijk zelf ging vliegen, door het financieren van de vorderingen op Air Holland I. Bovendien moesten deze voorschotten vrij snel worden terugbetaald. Het was wishful thinking en naïef te geloven dat de benodigde gelden voor die terugbetaling in korte tijd zouden kunnen worden verdiend.

2. Er werd door het management (...) te veel op gerekend dat de IMCA Groep dan wel De Vlieger en/of Sandmann bij zouden springen, terwijl er voor dezen geen enkele juridische verplichting bestond om dit te doen. (...)

3. De belangen van De Vlieger en Sandmann liepen niet parallel. Toen het mis ging, streefde Sandmann andere belangen na dan alleen het overeind houden van Holland Exel.

4. De administratieve organisatie bij de ATR vennootschappen was zwak. Het management had onvoldoende inzicht in de financiële situatie en heeft er onvoldoende aan gedaan om deze organisatie te verbeteren, bijvoorbeeld door het aantrekken van beter gekwalificeerd personeel dan wel een consultancy firma die daarbij had kunnen assisteren. Ook het management zelf was niet voldoende gekwalificeerd om dit luchtvaart bedrijf te leiden.

5. De verschillende vennootschappen werden onvoldoende uit elkaar gehouden, zodat geen inzicht bestond in de financiële situatie van die vennootschappen. Dit gold zowel voor de ATR vennootschappen als voor de vennootschappen die onder Air Exel ressorteerden.

6. De arrestatie van De Vlieger en Prins heeft zonder twijfel ook een negatieve invloed gehad. Over de noodzakelijkheid van die arrestatie op dat moment kan gerechtvaardigde twijfel bestaan. Of het uitblijven van die arrestatie de redding van Holland Exel zou hebben betekend, betwijfelen onderzoekers overigens ook.

7. Het niet tijdig indekken van de risico's van stijging van de brandstof prijzen kan het management worden aangerekend, vooral waar hiervoor van verschillende kanten wel werd gewaarschuwd.

8. De benodigde vergunningen werden door IVW verstrekt, zonder voldoende controle op de levensvatbaarheid van Holland Exel. Daarbij heeft zeker een rol gespeeld dat de IVW onjuist en onvolledig werd voorgelicht. (...)

3 De gronden van de beslissing

3.1. Sandmann en De Vlieger hebben aangevoerd dat Jan Rebel niet ontvankelijk verklaard dient te worden in haar verzoek, omdat zij onvoldoende duidelijk heeft gesteld welke de gronden zijn van het wanbeleid dat zij vastgesteld wenst te zien.

3.2. De Ondernemingskamer verwerpt dit be-
toog. Het verzoekschrift maakt, althans met betrekking tot het deel van het verzoek dat thans nog aan de orde is, op voldoende wijze duidelijk op welke gronden Jan Rebel meent dat bij de ATR-vennootschappen sprake is geweest van wanbeleid. Dit vindt ook zijn bevestiging in de verweerschriften van genoemde belanghebbenden. Dat Sandman en De Vlieger niet zouden hebben geweten waartegen zij zich (wat betreft vorenbedoeld onderdeel van het verzoek) dienden te verweren, blijkt uit die stukken geenszins. Van schending van artikel 278 Rv. is dan ook geen

sprake. Jan Rebel is dan ook ontvankelijk in haar verzoek.

3.3. Gelet op hetgeen hiervoor in 1.6 is vermeld, is nog slechts aan de orde de vraag of binnen de ATR-vennootschappen sprake is geweest van wanbeleid en, zo ja, gedurende welke periode.

3.4. Jan Rebel heeft – zakelijk weergegeven – ter schraging van haar verzoek, steeds onder verwijzing naar het Verslag, het volgende aangevoerd:

(i) de financiële administratie van de ATR-vennootschappen werd niet naar behoren gevoerd en was niet bijgewerkt en de managementrapportage was niet up-to-date;

(ii) de transacties tussen de ATR-vennootschappen onderling waren onzakelijk en niet transparant en de afspraken en verplichtingen tussen haar (of met aan haar gelieerde partijen) werden niet naar behoren geregistreerd en gedocumenteerd;

(iii) er heeft geen adequaat business plan aan (het starten van) de door de ATR-vennootschappen gedreven ondernemingen ten grondslag gelegen en ook het aan IVW gepresenteerde business plan met resultatenprognose over 2004 en 2005 was misleidend althans onvolledig;

(iv) de ATR-vennootschappen beschikten over onvoldoende kapitaal; over de financiële situatie van de ATR-vennootschappen werd tegenover derden stelselmatig een onjuist beeld gepresenteerd;

(v) de risico's van de stijging van de brandstofprijzen werd ten onrechte niet afgedekt;

(vi) de belangen van de (indirecte) aandeelhouders De Vlieger en Sandmann liepen niet parallel.

3.5. De Ondernemingskamer overweegt dienaangaande als volgt.

3.6. De Vlieger heeft een aantal bezwaren tegen het door de onderzoekers uitgevoerde onderzoek aangevoerd, zich daarbij beroepend op de publicatie 'Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures' van de hand van J.M. Blanco Fernández, M. Holtzer en G. van Solinge. Aan een aantal van de door genoemde schrijvers geformuleerde richtlijnen hebben de onderzoekers zich niet gehouden, aldus De Vlieger. Dit enkele feit kan echter niet tot de conclusie leiden dat enig gebrek zou kleven aan het door de onderzoekers uitgevoerde onderzoek, reeds omdat de bewuste richtlijnen geen officiële status hebben. Hetgeen De Vlieger in dit verband heeft aangevoerd acht de Ondernemingskamer ook los daarvan onvoldoende om tot dat oordeel te geraken. Zo kan het onder omstandigheden zinnig zijn dat de onderzoeker(s) partijen voor de aanvang van het onderzoek in de gelegenheid stelt (stellen) om over de inrichting van het onderzoek opmerkingen te maken, maar als dit niet gebeurd is (zoals kennelijk in het onderhavige geval), betekent dat nog niet dat het onderzoek gebrekkig is geweest. En zo geldt ook dat het enkele feit dat niet van alle gesprekken die onderzoekers hebben gevoerd een verslag is opgemaakt, althans een verslag dat

aan betrokkene voor commentaar is gezonden, niet tot die conclusie kan leiden.

Waar De Vlieger heeft aangevoerd dat D. van der Werff (het hoofd planning, hierna Van der Werff te noemen) en D. Smith (het hoofd administratie die onder Van der Werff fungeerde, hierna Smith te noemen) geen verslag hebben ontvangen van het met hen gevoerde gesprek en dat volgens hen hetgeen in het Verslag staat met betrekking tot hun verklaringen niet klopt, moet worden vastgesteld dat De Vlieger in gebreke is gebleven die stelling met enig bewijsstuk aannemelijk te maken. Meer in het algemeen is de Ondernemingskamer van oordeel dat het Verslag een voldoende inzicht geeft in het onderwerp van het onderzoek, ook voor zover dit de administratie, de rekening-courantverhoudingen en de brandstofhedge betreft, zulks zeker indien in beschouwing wordt genomen dat de onderzoekers bij hun gesprekspartners niet steeds, zoals hiervoor is opgemerkt, de bereidheid aantreffen tot het geven van volledige openheid van zaken. Ook met betrekking tot de wijze waarop het onderzoek en het Verslag tot stand zijn gekomen zijn de Ondernemingskamer geen gebreken gebleken die zouden maken dat het Verslag niet bruikbaar zou zijn. Voor zover Sandmann mogelijk op een enkele feitelijke onjuistheid in het Verslag heeft gewezen, blijkt uit het navolgende dat die feiten voor deze beslissing niet relevant zijn.

3.7. Met betrekking tot de in 3.4. sub (i) vermelde grond overweegt de Ondernemingskamer als volgt.

3.8. In het Verslag valt te lezen dat het de bedoeling was dat de ATR-vennootschappen (in het Verslag tezamen ook Holland Exel genoemd) volledig geïntegreerd zouden worden met Air Exel Netherlands B.V. (hierna Air Exel te noemen) en dat in dat kader ook de administraties van de ATR-vennootschappen en Air Exel zouden worden samengevoegd in Maastricht, waar Air Exel gevestigd was (Verslag sub 3.6). Die integratie is echter niet van de grond gekomen: de administratie van de ATR-vennootschappen bleef in Amsterdam en had weinig contact met de administratie van Air Exel in Maastricht. Dit laatste is door De Vlieger noch Sandmann betwist. De Vlieger heeft slechts gerept van de hiervoor bedoelde bedoeling, waaraan hij heeft toegevoegd 'Om deze reden is in 2004 niet veel geïnvesteerd in het opzetten van een kostbare administratie in Amsterdam'. Sandmann heeft over deze materie geen opmerking gemaakt. Dit betekent dat voor de kwaliteit van de (financiële) administratie van de ATR-vennootschappen slechts de kwaliteit van de administratie van de ATR-vennootschappen van belang is en met name niet de kwaliteit van die van Air Exel in Maastricht. De Vlieger miskent zulks waar hij de ervaring roemt van Gibbs, werkzaam voor Air Exel. De Ondernemingskamer verwijst in dit verband ook naar de volgende passage in het Verslag (pagina 4, onderaan):

Er fungeerde binnen Holland Exel in formele

zin geen controller of financial analyst voor de toekomst- en proactief gerichte analyse van de bedrijfsactiviteiten. In de praktijk nam het hoofd planning D. v.d Werff deze functie, al naar gelang de informatiebehoefte van Prins, min of meer op afroep waar. V.d. Werff was hoofdzakelijk verantwoordelijk voor de budgettering, het opstellen van liquiditeiten prognoses en resultaten-overzichten en rapporteerde aan Prins en L.J.A. Paulussen RA de controller van Air Exel te Maastricht (Prins had naar eigen zeggen het voornemen de heer Paulussen te benoemen tot controller van de Exel Aviation Group). Onder v.d. Werff fungeerde D. Smith als hoofd administratie met 3 vaste medewerkers. Smith rapporteerde aan Prins, Paulussen, v.d. Werff en Runge. Zowel Paulussen en v.d. Werff als Smith waren overgekomen van Air Holland waar zij waren ingehuurd als interim-managers. Geen van allen had ervaring in de luchtvaart.

De enkele stelling van De Vlieger dat Van der Werff en Smith ervaring hadden in de luchtvaart (zonder overigens te betwisten dat zij destijds door Air Holland waren ingehuurd als interim-managers), is onvoldoende om het Verslag niet ook op dit punt te volgen.

3.9. In de hiervoor in 2.3 deels geciteerde conclusies van het Verslag valt met betrekking tot de kwaliteit van de administratie van de ATR-vennootschappen en de managementrapportage, onder 5.3, te lezen dat de informatiesystemen alsook de bezetting van de administratieve afdelingen ondermaats waren, dat voor een onderneming als die van de ATR-vennootschappen is vereist dat de aldaar genoemde vaste indicatoren 'pro-actief' worden gevolgd teneinde te voorzien of vluchten (in het bijzonder qua bezettingsgraad) winstgevend zullen zijn, maar dat klaarblijkelijk met die indicatoren bij de ATR-vennootschappen niet werd gewerkt en deze evenmin waren ontwikkeld en dat, meer in het algemeen, de administratie van de ATR-vennootschappen er onvoldoende op was ingericht om voldoende en adequate informatie over het reilen en zeilen van de onderneming te verkrijgen. Een ander vindt naar het oordeel van de Ondernemingskamer ruim voldoende steun in de aan de conclusies voorafgaande hoofdstukken 3.5 tot en met 3.7 van het Verslag. Dit geldt evenzo voor hetgeen in de samenvatting van het Verslag onder 4 is opgenomen. Hetgeen De Vlieger in zijn verweerschrift op dit vlak nog heeft opgemerkt kan daar niet aan afdoen. Het door hem overgelegde organogram reeds niet omdat dit ook volgens hem slechts beschrijft hoe 'de interne organisatie van ATR zou worden vormgegeven in combinatie met de organisatie van de overige tot de "Exel Aviation Group" behorende vennootschappen', van welke vormgeving het dus niet is gekomen. De Vlieger heeft voorts in dit verband verwezen naar het verzoekschrift van Prins in een andere zaak, maar dat verzoekschrift is ingetrokken en kan dus geen rol meer spelen. Voor zover

De Vlieger heeft verwezen naar een in die procedure door Prins over te leggen verklaring van de hand van Van der Werff en Smith geldt dat een zodanige verklaring in de onderhavige procedure (noch overigens in de ingetrokken procedure) is overgelegd. Om die reden kunnen ook de door De Vlieger geciteerde passages uit het verzoekschrift van Prins, waarin steeds sprake is van 'volgens Van der Werf en Smit' (met wie, naar de Ondernemingskamer aanneemt, bedoeld zal zijn: Van der Werff en Smith) geen gewicht in de schaal leggen. De stelling van De Vlieger dat in het Verslag niet te lezen valt dat uit de administratie van de ATR-vennootschappen niet al haar rechten en verplichtingen konden worden afgeleid is onjuist, zoals onder meer blijkt uit het Verslag sub 3.7, laatste alinea. In het verweerschrift van Sandmann valt ook een bevestiging van dit gegeven te lezen, waar hij heeft gesteld dat het – toen hem eind 2004 werd gevraagd financieel bij te springen, hetgeen hij in januari 2005 heeft gedaan – niet mogelijk bleek hem van duidelijke informatie (onder meer omtrent het liquiditeitstekort) te voorzien. De (impliciete) klacht van De Vlieger dat de onderzoekers niet de volledige administratie van de ATR-vennootschappen hebben onderzocht gaat evenmin op, nu voor het verkrijgen van een goed inzicht in de kwaliteit van een administratie niet nodig is de volledige administratie (in dit geval: van de ATR-vennootschappen) te onderzoeken. Ten slotte heeft De Vlieger in dit verband aandacht gevraagd voor 'de haast waarmee ATR werd geconfronteerd na de doorstart van de onderneming van Air Holland I'. Wat daarvan zij en ofschoon de Ondernemingskamer begrip heeft voor de ongetwijfeld bestaande hectiek en sense of urgency rondom een dergelijke doorstart, die omstandigheid kan niet een rechtvaardiging zijn voor het ook na een bepaalde (korte) 'aanlooptijd' nog niet op orde hebben van de administratie van een onderneming als de onderhavige.

3.10. Sandmann heeft terzake geen relevant verweer gevoerd. Hij heeft daarentegen op het hiervoor in 3.9 besproken punt de stellingen van Jan Rebel slechts bevestigd.

3.11. Het overwogene in 3.8 tot en met 3.10 leidt de Ondernemingskamer tot de conclusie dat als vaststaand kan worden aangenomen dat de financiële administratie van de ATR-vennootschappen niet naar behoren werd gevoerd en niet was bijgewerkt en dat de managementinformatie niet up-to-date was.

3.12. Met betrekking tot de in 3.4 sub (ii) vermelde grond overweegt de Ondernemingskamer als volgt.

3.13. Zoals Jan Rebel terecht heeft aangevoerd, hangt deze grond nauw samen met de zojuist behandelde. Het feit dat, zoals zojuist werd overwogen, de eerste grond met juistheid is aangevoerd, vormt daarom al een aanwijzing voor de juistheid van deze (tweede) grond. Daarnaast wijst de Ondernemingskamer op de volgende passages in het Verslag (pagina's 12 en 17):

Vanwege de structuur van de onderneming, waarbij het personeel, de technische dienst en het vliegbedrijf in 3 aparte vennootschappen waren ondergebracht, behoorde er voor alle 3 vennootschappen een Jaarrekening te worden opgemaakt en al dan niet in verkorte vorm bij het Handelsregister te worden gedeponeerd. Over 2003 is dit wel gebeurd, zij het dat het depot te laat, op 23 februari 2005, plaats vond. Over 2004 hebben wij slechts een summere, gecombineerde jaarrekening gezien.

en
[Er] werd al snel overgeschakeld naar een maandelijks rapportering van de resultatenrekening waarin de resultaten waren samengevoegd en geconsolideerd van ATR IV, ATR V en ATR VI. (...) Analyse van de maandelijks resultaten werd verricht door [Van der Werff], die zijn bevindingen in een vrije vorm rapporteerde aan Prins.

en
Voor de exploitatie van de lijndienst werden tickets verkocht in Nederland en op de Antillen. Op de Antillen werd de ticketverkoop verzorgd door DCE [de 100%-dochter van ATR VI die was opgericht om de lijndienst Amsterdam- Curaçao uit te voeren; Ondernemingskamer] en in Nederland door Holland Exel. (...)

De informatie benodigd voor de controle op de volledigheid van de opbrengsten-verantwoording was (...) verspreid over verschillende locaties, Maastricht (ticket-reserveringssysteem), Amsterdam, Curaçao en Bonaire. (...)

Holland Exel belast[t]e DCE voor de verhuur van het vliegtuig en voor ten behoeve van DCE aangekochte brandstof.(...) Er vond geen afstemming plaats tussen de administratie van DCE en de administratie van Holland Exel. Deze afstemming was ook niet mogelijk.

Op de Antillen was de administratie van DCE geheel verweven met de administratie van DEE [een op Bonaire gevestigde, onder de vlag van Air Exel opererende vennootschap, eigendom van het Eilandengebied Bonaire onderscheidenlijk Sandmann; Ondernemingskamer]. (...) [E]en splitsing van baten naar rechthebbenden, DCE dan wel DEE (is) niet mogelijk (...) anders dan door schatting. Dit geldt zowel voor de baten van DCE als voor de kosten van DCE.

Een en ander biedt naar het oordeel van de Ondernemingskamer voldoende grondslag voor de hiervoor in 2.3 geciteerde conclusie van het Verslag, dat de ATR-vennootschappen als één geheel werden gezien en dat per vennootschap geen volledig inzicht in de financiële situatie kon worden verkregen. Hetzelfde geldt voor hetgeen in de samenvatting van het Verslag onder 5 wordt opgemerkt, dat de verschillende vennootschappen onvoldoende uit elkaar werden gehouden, zodat geen inzicht bestond in de financiële situatie van die vennootschappen, en dat dit zowel voor de ATR-vennootschappen gold als voor de vennootschappen die onder Air Exel ressorteerden.

3.14. Wat De Vlieger op dit punt heeft aangevoerd kan aan het vorenstaande niet afdoen. Hij heeft zich ook hier beroepen op verklaringen van Van der Werff, Smith en Prins. Dat beroep kan niet slagen, om redenen als hiervoor in 3.9 reeds genoemd. Sandmann heeft terzake geen relevant verweer gevoerd.

3.15. Op grond van het overwogene in 3.13 en 3.14 is de Ondernemingskamer van oordeel dat als vaststaand kan worden aangenomen dat de transacties tussen de ATR-vennootschappen onderling niet transparant waren en dat de afspraken en verplichtingen tussen haar niet naar behoren werden geregistreerd en gedocumenteerd. Dit laatste geldt ook voor de afspraken en verplichtingen tussen DCE (een 100%-dochtervennootschap van ATR VI) en DEE, een geheel los van de ATR-vennootschappen staande vennootschap. Voor de vaststelling dat transacties tussen de ATR-vennootschappen onderling dan wel met DEE op onzakelijke voorwaarden plaatsvonden biedt het Verslag onvoldoende basis.

3.16. De vaststellingen in 3.11 en 3.15 leiden de Ondernemingskamer tot het oordeel dat bij het besturen van de ATR-vennootschappen elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap niet in acht zijn genomen, ook al bevinden de geconstateerde tekortkomingen zich uitsluitend (zoals ook volgt uit hetgeen hierna in 3.18 en 3.19 wordt overwogen) op het organisatorisch formele vlak. In zoverre is dan ook sprake geweest van wanbeleid. Vanaf wanneer precies geoordeeld moet worden dat daarvan sprake is geweest valt moeilijk te bepalen, gezien ook de omstandigheden waaronder de activiteiten van de ATR-vennootschappen werden gestart, maar in ieder geval vanaf het begin van het tweede kwartaal van 2004 had een en ander op orde dienen te zijn. De Ondernemingskamer stelt de periode waarin (in ieder geval) van wanbeleid sprake is geweest mitsdien vast op 1 april 2004 tot 3 februari 2005, de dag waarop aan de ATR-vennootschappen surseance van betaling werd verleend.

3.17. De overige door Jan Rebel aangevoerde gronden kunnen niet (mede) leiden tot het oordeel dat sprake is geweest van wanbeleid van de ATR-vennootschappen. De Ondernemingskamer licht dit toe als volgt.

3.18. De hiervoor in 3.4. sub (iii) en (iv) aangevoerde gronden komen er in feite op neer dat het onverantwoord was (en daarom van wanbeleid getuigt) dat de ATR-vennootschappen de onderneming van Air Holland hebben voortgezet. Hoewel het Verslag inderdaad de nodige argumenten geeft die stelling als juist te betitelen, kan niet worden uitgesloten – en de onderzoekers doen dat ook niet – dat de ATR-vennootschappen het hoofd boven water zouden hebben kunnen houden als Prins en De Vlieger eind 2004/begin 2005 niet gearresteerd zouden zijn (arrestaties waarvan achteraf niet is gebleken dat zij gerechtvaardigd zijn geweest). Zo staat vast dat de door De Vlieger de facto gecontroleerde vennootschap

IMCA Group B.V. (hierna IMCA te noemen) tot de arrestatie van De Vlieger in januari 2005 substantiële financiële steun aan en ten behoeve van de ATR-vennootschappen verleende en kan ervan worden uitgegaan dat aan die steun als gevolg van die arrestatie een einde kwam. Immers, volgens het Verslag 'verboden' de financiers van IMCA vanaf dat moment die steun voort te zetten en (zoals is overwogen in 2.6 van de beschikking van 1 november 2005) zijn de aandelen van IMCA gecertificeerd als gevolg waarvan de zeggenschap van De Vlieger is beëindigd. Het moge zo zijn dat die steun niet juridisch afdwingbaar was, zoals uit het Verslag valt op te maken, maar dat doet er niet aan af dat die tot aan meerbedoelde arrestatie feitelijk wél werd gegeven en dat daarop tot dat moment - kennelijk terecht - zowel intern, door de leiding van de ATR-vennootschappen, als extern, door TUI, Thomas Cook en leveranciers, steeds werd vertrouwd. Om die reden kan niet worden uitgesloten dat meerbedoelde steun, zonder arrestatie van De Vlieger, gecontinueerd zou zijn en kan evenmin worden uitgesloten dat de ATR-vennootschappen daarmee het hoofd wél, althans gedurende een (aanmerkelijk) langere periode dan thans, boven water zouden hebben kunnen houden en wellicht te eniger tijd tot een winstgevende exploitatie van de luchtvaartmaatschappij zouden hebben kunnen komen. De Ondernemingskamer neemt daarbij in aanmerking dat, - ook - volgens de onderzoekers, mits goed geleid Holland Exel winstpotentie had. De arrestaties van De Vlieger en Prins zijn vanzelfsprekend ook overigens nadelig geweest voor de voortgang van de activiteiten van de ATR-vennootschappen. Tot de conclusie dat sprake was van wanbeleid omdat het van aanvang af onverantwoord was de onderneming van Air Holland voort te zetten, kan gelet op het vorenstaande niet worden gekomen.

3.19. Wat betreft de kwestie van het afdekken van de risico's van stijging van de brandstofprijzen (de hiervoor in 3.4 sub (v) vermelde grond) geldt dat door De Vlieger onweersproken is gesteld dat dit risico in zoverre beperkt was dat bij verlenging van de charterovereenkomsten met TUI en Thomas Cook (per 1 november 2004) de eventuele verhoging van brandstofprijzen aan hen doorbelast kon worden. Dan nog kan weliswaar worden aangevoerd dat het onverstandig is dit risico (gedurende het eerste jaar van de bewuste samenwerking) niet af te dekken en zelf te nemen, maar dat is (zo al juist, dan toch in elk geval) onvoldoende om te kunnen oordelen dat terzake van wanbeleid moet worden gesproken. Het feit, ten slotte, dat de belangen van De Vlieger en Sandmann uiteindelijk - 'tjoen het misging', aldus het Verslag - niet meer synchroon bleken te lopen, zal vermoedelijk wel aan de ondergang van de ATR-vennootschappen hebben bijgedragen, maar wanbeleid van die vennootschappen kan het (uiteindelijk) uiteenlopen van de belangen van twee van haar (indirecte) aandeelhouders moeilijk worden genoemd.

3.20. Het zelfstandige verzoek van De Vlieger ten slotte zal worden afgewezen, nu dit rechtsgrond ontbeert.

3.21. Het vorenstaande leidt tot de volgende beslissing. De Ondernemingskamer acht termen aanwezig de kosten van het geding tussen partijen te compenseren zoals hierna te vermelden.

5 De beslissing

De Ondernemingskamer:

verstaat dat sprake is geweest van wanbeleid van ATR Leasing IV B.V., ATR Leasing V B.V. en ATR Leasing VI B.V., alle gevestigd te Amsterdam, in de hiervoor in 3.11, 3.15 en 3.16 weergegeven zin, zulks in de periode vanaf 1 april 2004 tot 3 februari 2005;

wijst af het door Stichting Jan Rebel meer of anders verzochte;

wijst af het zelfstandige verzoek van Erik Wim de Vlieger;

compenseert de kosten van het geding tussen partijen aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt.