

Burgerlijke zaken over 2023

Registratienummers: CUR2022H00008/-H00009/-H00010/-H00011/-H00012/-H00013

Uitspraak: 12 september 2023

## GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE

van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en  
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

### V O N N I S

in de zaken van:

1. [A],  
wonende te (...),
2. [B],  
wonende te (...),
3. [C],  
wonende te (...),
4. de besloten vennootschap **PARMAN INTERNATIONAL B.V.**,  
gevestigd te Curaçao,  
oorspronkelijk gedaagden,  
thans appellanten in principaal appel,  
tevens geïntimeerden in voorwaardelijk incidenteel appel,  
gemachtigden: mrs. M.F. Murray en K.A. Doekhi,
5. [D],  
wonende te (...),  
oorspronkelijk gedaagde,  
thans appellante in principaal appel,  
tevens geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel appel,  
gemachtigden: mrs. R.F. van den Heuvel, R.B. van Hees, N.G. Blokland en M.F. Willems,
6. [E],  
wonende (...),  
oorspronkelijk gedaagde,  
thans appellant in principaal appel,  
tevens geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel appel,  
gemachtigden: mrs. J.A. de Baar en U. van Bemmelen,

tegen

1. de naamloze vennootschap **ENNIA CARIBE HOLDING N.V.**,
2. de naamloze vennootschap **ENNIA CARIBE LEVEN N.V.**,
3. de naamloze vennootschap **ENNIA CARIBE SCHADE N.V.**,
4. de naamloze vennootschap **ENNIA CARIBE ZORG N.V.**,

5. de besloten vennootschap **EC INVESTMENTS B.V.**,  
alle gevestigd te Curaçao,  
oorspronkelijk eiseressen,  
thans geïntimeerden in principaal appel,  
tevens appellanten in voorwaardelijk incidenteel appel,  
gemachtigden: mrs. S.M. Altena, K.D. Keizer en M.D. van den Brink.

*De aanduiding van partijen in het vonnis*

Partijen zullen hierna (ook) als volgt worden aangeduid:

- [A] als [A];
- [B] als [B];
- [C] als [C];
- Parman International B.V. als Parman International;
- [A], [B], [C] en Parman International tezamen als [F];
- [D] als [D];
- [E] als [E];
- Ennia Caribe Holding N.V. als Ennia Holding;
- Ennia Caribe Leven N.V. als Ennia Leven;
- Ennia Caribe Schade N.V. als Ennia Schade;
- Ennia Caribe Zorg N.V. als Ennia Zorg;
- EC Investments B.V. als Ennia Investments;
- Ennia Leven, Ennia Schade en Ennia Zorg gezamenlijk als de verzekeraars;
- Ennia Holding, Ennia Leven, Ennia Schade, Ennia Zorg en Ennia Investments gezamenlijk als Ennia c.s.

*De indeling van het vonnis*

1. Het verloop van de procedure
2. De zaak in het kort
3. De feiten
4. Het geschil
5. De bevoegdheid van het Gerecht en het Hof
6. Het toepasselijke recht
7. Algemene inleiding van de beoordeling
8. Algemene uitgangspunten voor de beoordeling
9. Groepsaansprakelijkheid
10. De investeringen in S&S en *oil rigs*
11. Mullet Bay en (dividend)uitkeringen
12. De gestelde excessieve uitgaven:
  - a. Donaties
  - b. Kosten adviseurs PwC Houston, [G] en [H]
  - c. 'Spookpersoneel'
  - d. Commissarisvergoedingen
  - e. Reis-/verblijf-/representatiekosten
  - f. NetJets
  - g. Resorts Caribe
  - h. Tussenconclusie

13. Slotsom
14. Beslissing

1. Het verloop van de procedure in hoger beroep

1.1. Bij op 7 januari 2022 ingekomen akte van appel zijn [A], [B], [C] en Parman International in hoger beroep gekomen van de tussen partijen gewezen en uitgesproken tussenvonnissen van 14 september 2020, 26 oktober 2020, 18 januari 2021 en het eindvonnis van 29 november 2021 van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao (hierna: het Gerecht). Bij op 7 januari 2022 ingekomen akte van appel is [E] in hoger beroep gekomen van het vonnis van 29 november 2021. Bij op 10 januari 2022 ingekomen akte van appel is [D] in hoger beroep gekomen van dat vonnis.

1.2. Bij vier op 18 februari 2022 ingekomen memories van grieven, met producties, hebben respectievelijk [A], Parman International, [B] en [C] en [E] grieven tegen het vonnis van 29 november 2021 aangevoerd en toegelicht. Bij op 21 februari 2022 ingekomen memorie van grieven, met producties, heeft [D] grieven tegen dat vonnis aangevoerd en toegelicht. Hun respectieve conclusies strekken ertoe dat het Hof het vonnis zal vernietigen en de vorderingen van Ennia c.s. alsnog zal afwijzen, met beslissing over de proceskosten in beide instanties.

1.3. Bij op 6 april 2022 ingekomen memorie van antwoord, met producties, heeft Ennia c.s. de grieven bestreden en voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld. Haar conclusie strekt ertoe dat het Hof in principaal appel het bestreden vonnis zal bekrachtigen, althans, voor zover de voorwaarde waaronder het incidenteel appel is ingesteld wordt vervuld, alsnog de vorderingen van Ennia c.s. zal toewijzen conform de akte van Ennia c.s. van 30 september 2021, gecorrigeerd bij akte van 11 oktober 2021, met beslissing over de proceskosten in principaal en incidenteel appel.

1.4. Bij op 17 juni 2022 ingekomen memorie van antwoord in incidenteel appel heeft [E] de grieven in incidenteel appel bestreden. Bij op 20 juni 2022 ingekomen memories van antwoord in incidenteel appel hebben [A] en Parman International de grieven in incidenteel appel bestreden. Bij op 20 juni 2022 ingekomen memorie van antwoord in incidenteel appel, met productie, hebben [B] en [C] de grieven in incidenteel appel bestreden. Bij op 20 juni 2022 ingekomen memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties, heeft [D] de grieven in incidenteel appel bestreden. Hun conclusies strekken ertoe dat het hof het vonnis, voor zover in incidenteel appel bestreden, zal bekrachtigen, met beslissing over de proceskosten in incidenteel appel.

1.5. Op de daarvoor bepaalde dagen (13, 14 en 16 maart 2023) zijn pleidooien gehouden, onder overlegging van pleitnotities. Behalve de hiervoor vermelde advocaten zijn als toegelaten gemachtigden ex artikel 28b Procesreglement Gemeenschappelijk Hof van Justitie nog aanwezig geweest: aan de kant van [A] L. Gibson, aan de kant van [D] S. Kirpalani en aan de kant van Ennia c.s. mrs. D. Horeman, S. Kool en L. de Vries. Van het verhandelde ter zitting is proces-verbaal opgemaakt. De voorafgaand aan de terechtzitting door partijen aan het Hof gezonden stukken zijn in het proces-verbaal vermeld en aan de gedingstukken toegevoegd, met dien verstande dat in aanvulling op de in het proces-verbaal vermelde producties de akte van Ennia c.s. van 22 november 2022, met producties 343-352 eveneens aan de

gedingstukken is toegevoegd. De reacties van partijen op het proces-verbaal heeft het Hof ontvangen en in het dossier gevoegd. Indien nodig gaat het Hof op die reacties hierna in.

1.6. Vonnis is gevraagd en nader bepaald op vandaag.

## 2. De zaak in het kort

De Ennia-groep (hierna ook: Ennia) is een groep rechtspersonen waarvan Ennia c.s. deel uitmaakt. Tot Ennia c.s. behoren drie vennootschappen die een verzekeringsbedrijf uitoefenen, te weten Ennia Leven, Ennia Schade en Ennia Zorg. Sedert juli 2018 is de noodregeling ten aanzien van Ennia c.s. van kracht. De Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna ook: Centrale Bank) is belast met de uitvoering daarvan en heeft deze procedure geïnitieerd. Het gaat in deze zaak om vorderingen van Ennia c.s. tot het betalen van schadevergoeding tot een bedrag van meer dan NAf 1,1 miljard. Ennia c.s. verwijt de aandeelhouder en voormalige bestuurders en commissarissen onrechtmatig jegens haar te hebben gehandeld. In de kern komt het verwijt van Ennia c.s. erop neer dat sinds de overname van de Ennia-groep eind 2005/begin 2006 door Parman International, waarvan [A] bestuurder/groootaandeelhouder is, de Ennia-groep niet is geleid in overeenstemming met het bijzondere karakter van verzekeringsmaatschappijen en de daarbij behorende toezichtregelgeving. Daarbij zijn er volgens Ennia c.s. onterecht grote uitgaven gedaan zoals (dividend)uitkeringen, donaties, salarissen en bonussen en is haar onterecht beleggingswinst onthouden. Het gevolg daarvan is volgens Ennia c.s. dat het vermogen van de vennootschappen in de Ennia-groep zodanig gering is dat er een groot solvabiliteitstekort bestaat, met risico's voor de polishouders van met name Ennia Leven. Ennia c.s. beoogt met deze procedure het door haar gestelde solvabiliteitsprobleem op te lossen.

## 3. De feiten

### *Vooraf*

3.1.1. Het Gerecht heeft onder 2 (2.2 tot en met 2.103) de feiten vastgesteld die het Gerecht voor de beoordeling relevante achtte. Tegen die feitenvaststelling hebben [D] (grief 1), [B] en [C] (grief 1, randnummer 38 onder a tot en met q) en [E] (grief 1) enkele grieven gericht. Grief 1(a) van [B] en [C] betreft niet de feitenvaststelling maar klaagt erover dat in het bestreden eindvonnis onder 1.1 de pleitaantekeningen niet bij de processtukken zijn vermeld. Zoals [B] en [C] ook zelf al opmerken maakt het onder 1.1 genoemde proces-verbaal van de zitting ervan melding dat pleitnota's zijn overgelegd (en welke passages niet zijn voorgedragen). Het Gerecht was voorts niet gehouden naderhand gemaakte opmerkingen op het proces-verbaal met zoveel woorden in het vonnis te bespreken indien het Gerecht daartoe geen aanleiding zag. Voor zover de hiervoor genoemde grieven van [D], [B] en [C] en [E] tegen de feitenvaststelling strekken tot correctie en deze correctie door Ennia c.s. niet wordt bestreden (de klacht van [D] omtrent haar positie bij Parman Capital, de grieven I (c), (d), (e), (g) van [B] en [C]) zal het Hof hierna de gecorrigeerde feiten vermelden (onder 3.6, 3.9, 3.15 - en, in verband daarmee, 3.80 en 3.81 - en 3.30). Tevens zal het Hof naar aanleiding van de grief van [E] - waarover hierna verder - en grief I h, i, j, l, m van [B] en [C] op enkele

plaatsen de feiten uitbreiden of aanvullen (in 3.33, 3.37, 3.39, 3.42 – het citaat in 3.42 zal ook overigens nader worden aangevuld – en 3.46). Voorts zal het Hof zelf de citaten onder 3.30 en 3.84 aanvullen, een feit in 3.2 en in en na 3.85 toevoegen en in een enkel geval nog een wijziging van ondergeschikt belang aanbrengen. Waar de grieven eerst een nadere bespreking vergen, geldt het volgende.

3.1.2. Grief I(b) van [C] en [B] houdt in dat de cijfers over de aantallen polishouders en de door Ennia c.s. bediende percentages van de verzekeringsmarkt die het Gerecht onder 2.2 heeft opgenomen, op niets zijn gebaseerd. Uit de memorie van antwoord van Ennia c.s. en het proces-verbaal van de zitting in eerste aanleg komt naar voren dat de genoemde aantallen zijn gebaseerd op het antwoord dat Ennia c.s. ter zitting heeft gegeven op een vraag van het Gerecht. In haar memorie van antwoord heeft Ennia c.s. preciezere aantallen genoemd (per 2018). De gegevens omtrent het marktaandeel zijn reeds in het inleidend verzoekschrift genoemd. Deze cijfers zijn niet gemotiveerd door [C] en [B] betwist, hoewel zij daar vanwege hun toenmalige positie bij Ennia c.s. toe in staat moeten worden geacht. Het Hof zal de door Ennia c.s. in haar memorie van antwoord vermelde aantallen opnemen in 3.2 en de percentages ongewijzigd laten. Anders dan [C] en [B] betogen, zijn deze cijfers van belang om een beeld te krijgen van het belang van Ennia c.s. als verzekeraar binnen Curaçao, Sint Maarten, Aruba en Bonaire.

3.1.3. Grief I (e) van [C] en [B] betreft 2.18. Zij maken bezwaar tegen de formulering dat de investeringen met geldmiddelen van de verzekeraars werden gedaan. Het Hof zal een iets andere formulering kiezen. Grief I (f) gaat over 2.20 waar de besluiten van de raden van commissarissen van Ennia Holding en Banco di Caribe worden genoemd waarbij investeringsbeslissingen worden goedgekeurd. Het Hof zal de formulering meer afstemmen op de letterlijke tekst van de besluiten. De discussie of Mullet Bay een investering of kapitaalbreng betreft, speelt daarbij geen rol. Grief I(h) komt hierna, in samenhang met grief I van [E], aan de orde.

3.1.4. Met grief 1 klaagt [E] erover dat het Gerecht de producties 263 en 264 van Ennia c.s. in eerste aanleg niet bij de feiten heeft vermeld. Productie 263 betreft een brief van 27 januari 2012 van de Centrale Bank aan Ennia Leven, productie 264 een *Draft Examination Report* over Ennia Leven over 2010 en januari 2011. Uit deze stukken volgt dat de Bank de intercompany-vorderingen in beginsel als ‘*non-admissible assets*’ beschouwde maar ze op basis van verstrekte financiële gegevens over 2010 voor dat jaar op de balans toeliet. Het Hof zal, ook naar aanleiding van grief I (h) van [C] en [B], onder 3.33 de vermelding van de inhoud van het onderzoeksrapport van 20 april 2012 aanvullen met de verwijzing daarin naar de brief van 27 januari 2012. Ook overigens zal de vermelding van de inhoud nog iets worden uitgebreid.

3.1.5. Grief I (k) van [C] en [B] houdt in dat, anders dan het Gerecht in 2.40 vaststelde, de *General Valuation Guidelines* niet voorschreven dat intercompany-vorderingen in beginsel niet langer meegenomen konden worden. Volgens hen was dit wel het geval, maar tot een bepaalde hoogte. Het Hof zal 2.40 nuanceren. Grief I (n) betoogt dat in 2.52 ontbreekt dat de rechter in New York de toegang tot de rekeningen voorwaardelijk heeft gegeven. Bij de producties waarnaar [C] en [B] verwijzen ontbreken de *discretionary relief orders* zelf. Uit de overgelegde stukken valt op te maken dat de rechter in New York een aantal *undertakings* voor Ennia c.s. en de Centrale Bank

heeft opgenomen. Het Hof zal niet treden in de precieze betekenis hiervan. In het kader van de onderhavige procedure is voldoende dat blijft staan dat de toegang tot de rekeningen is toegestaan. Grief I (o) geeft een visie weer over de conclusie die volgens [C] en [B] op basis van het daar vermelde feit zou moeten worden getrokken en betreft niet het feit zelf. Grief I (p) acht onder 2.75 tot en met 2.85, waar de gang van zaken rond Mullet Bay wordt weergegeven, de feitenvaststelling van het Gerecht onvolledig. De in dit onderdeel van de grief bedoelde verkoop van een deel van het Mullet Bay perceel behoeft echter een bredere context en de genoemde interesse van de Melia-groep is niet onomstreden. Zo nodig zullen deze punten bij de inhoudelijke bespreking verder aan de orde komen. Van het onder (q) vermelde bewijsaanbod heeft het Hof nota genomen.

3.1.6. [D] klaagt er met haar grief I (randnummers 3.4 en 3.5) over dat zij onder 2.6 ten onrechte als aandeelhouder en bestuurder van Parman Capital staat vermeld en zij voert aan dat zij alleen niet-uitvoerend bestuurder was bij Parman International en S&S. Het Hof zal, zoals reeds vermeld, de vermelding als aandeelhouder en bestuurder van Parman Capital corrigeren. De vermelding van haar bestuurschap bij Parman International en S&S is feitelijk correct. Voor het overige betreft grief I (3.1 e.v.) grotendeels niet zozeer de feiten zelf (ten aanzien waarvan [D] deels stelt dat die zich buiten de periode van haar commissariaat dan wel buiten haar gezichtsveld hebben afgespeeld), maar de betekenis die daaraan (in haar geval) zou moeten worden toegekend. Naar aanleiding van haar klacht dat onder 2.86 het volledige artikel 12 uit de statuten van Ennia Holding zou moeten worden geciteerd, zal het citaat worden aangevuld. Met betrekking tot de vergoedingen en bonussen aan de commissarissen (grief onder 3.28 e.v.) betwist [D] bij gebrek aan wetenschap dat de onder 2.97 en 2.98 opgesomde vergoedingen daadwerkelijk zijn overeengekomen met of betaald zijn aan de daar vermelde commissarissen. Dat de vergoedingen zijn overeengekomen, heeft het Gerecht niet vastgesteld. Haar stelling dat de vergoedingen zijn betaald, heeft Ennia c.s. in haar laatste akte van 13-16 maart onder 6 en 7, onder overlegging van een aantal bescheiden, nader toegelicht en zij heeft bedragen gecorrigeerd en verminderd. Het Hof zal de gecorrigeerde bedragen bij de feiten vermelden en aan de feitenvaststelling toevoegen dat dit de bedragen zijn 'volgens opgave van Ennia c.s.'. Zo nodig wordt in een later stadium nader inhoudelijk op de hoogte van de betaalde vergoedingen ingegaan. In 3.96 zal naar aanleiding van de grief van [D] onder 3.29 het woord "(standaard)" worden geschrapt. De door [D] vermelde vergaderfrequentie (grief onder 3.32) is door Ennia c.s. niet betwist, zodat het Hof dit in 3.99 zal aanpassen.

3.1.7. Naar aanleiding van de memories van antwoord in incidenteel appel van [A], Parman International, [C] en [B], [E] en [D] heeft Ennia c.s. de gestelde betalingen ter zake van dividenduitkeringen, donaties, betalingen aan niet voor Ennia werkzame adviseurs en personen en NetJets in haar laatste akte nader toegelicht en daarbij bescheiden overgelegd en haar vordering naar aanleiding van een aantal correcties verminderd. Tegen toelating van de producties 335H alsmede 335A-G van Ennia c.s. heeft [D] ter zitting van het Hof op 13 maart 2023 bezwaar gemaakt. Het Hof heeft daarop beslist dat de producties zullen worden toegelaten en dat nader zal worden beslist op het materiële bezwaar. Namens [A], Parman International, [C] en [B] is verzocht gelegenheid te krijgen voor nadere uitlating over de akte. Ook hiervoor geldt dat het Hof zo nodig later nader zal ingaan op een en ander. Bij de feitenvaststelling

(onder 3.90, 3.95, 3.97, 3.98) zal het Hof de (deels aangepaste) bedragen vermelden en toevoegen 'volgens opgave van Ennia c.s.'.

3.1.8. Ten slotte hebben Parman International, [C] en [B] en [D] in het kader van hun verweer tegen grief 13 in het incidenteel appel (Resorts Caribe) de feiten onder 2.100 en 2.101 betwist. Zoals zal volgen uit rechtsoverweging 12.74 beoordeelt het Hof deze kwestie alleen in relatie tot [A] en [E]. De vermelde feiten zullen ongewijzigd blijven.

3.1.9. Het Hof stelt aldus de volgende feiten vast. Daarbij neemt het Hof de onderverdeling van het Gerecht over en houdt, na het nummer '3' van de onderhavige rubriek, dezelfde nummering aan als het Gerecht. Waar een feit is toegevoegd (na 3.85) heeft het Hof een sub-nummer toegevoegd aan het voorgaande nummer.

Zoals het Gerecht voorop heeft gesteld, zijn de feiten onderverdeeld in:

- feiten met betrekking tot de bij de procedure betrokken partijen en entiteiten;
- feiten met betrekking tot de situatie bij Ennia c.s. vanaf de overname door [A] in 2005/2006 tot na het uitspreken van de noodregeling;
- feiten met betrekking tot de afzonderlijke door Ennia c.s. aan gedaagden (thans appellanten) verweten gedragingen.

*Feiten met betrekking tot de bij de procedure (indirect) betrokken partijen en entiteiten*

3.2. De Ennia-groep, waarvan Ennia c.s. deel uitmaakt, bestond naast haar uit Banco di Caribe N.V. (hierna: Banco di Caribe) en een aantal groepsmaatschappijen. De aandelen in Banco di Caribe zijn in 2021 aan een derde verkocht en overgedragen. Ennia Leven, Ennia Zorg en Ennia Schade vormen samen de verzekeraars. Ennia Leven had ten tijde van het uitspreken van de noodregeling in 2018 (zie hierna onder 3.50) 27.450 polishouders; Ennia Schade had toen 59.655 polishouders. In 2018 bedienden de verzekeraars 50% van de verzekeringsmarkt in Curaçao, Sint Maarten, Aruba en Bonaire en 80% van de private pensioenmarkt in Curaçao. De aandelen van de verzekeraars en Ennia Investments zijn in handen van Ennia Holding en die van Banco di Caribe waren dat tot in 2021.

3.3. Op basis van de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (LTV) staan de verzekeraars onder toezicht van (voorheen) de Bank Nederlandse Antillen en (thans) de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna in beide gevallen: de Centrale Bank).

3.4. De vennootschappen waaruit Ennia c.s. bestaat zijn (klein)dochtervennootschappen van Parman International. De aandeelhouders van Parman International zijn blijkens het aandeelhoudersregister van 31 december 2017 onder meer [A] (77,1%), [D] (15,9%) en [B] (1%).

3.5. [A] is onder meer grootaandeelhouder van Parman International en van Parman Capital Group LLC (hierna: Parman Capital). In de periode 15 december 2005 tot 8 oktober 2012 was hij tevens bestuurder van beide vennootschappen. [A] was van 25 januari 2006 tot 4 juli 2018 voorzitter van de raad van commissarissen van Ennia Holding en voorzitter van het *investment committee* van Ennia Holding. [A] is daarnaast grootaandeelhouder en bestuurder van SunResorts Ltd N.V. (hierna: SunResorts). Het

belangrijkste actief van SunResorts betreft Mullet Bay, een (voormalig) resort op Sint Maarten. Sinds 23 november 2005 is [A] tevens voorzitter van het bestuur en van het *executive committee* van [I] (hierna: S&S). [A] is sinds 21 juli 2006 bestuurder van Resorts Caribe B.V. (hierna: Resorts Caribe).

[A]:		
Entiteit	Functie(s)	Periode
Parman Capital	bestuurder grootaandeelhouder	15/12/2005 – 08/10/2012 vanaf overname Ennia – heden
Parman International	bestuurder grootaandeelhouder	15/12/2005 – 08/10/2012 vanaf overname Ennia – heden
Ennia Holding	voorzitter RvC voorzitter <i>investment committee</i>	25/01/2006 – 04/07/2018 19/05/2006 – 04/07/2018
Ennia Investments	Bestuurder	20/07/2006 – 27/04/2007
S&S	voorzitter bestuur voorzitter <i>executive committee</i>	23/11/2005 – heden 23/11/2005 – heden
SunResorts	bestuurder grootaandeelhouder	vanaf overname Ennia – heden
Resorts Caribe	Bestuurder	21/07/2006 – heden

3.6. [D] is aandeelhouder en sinds 15 december 2005 bestuurder van Parman International. In de periode 20 mei 2009 tot 4 juli 2018 was zij commissaris van Ennia Holding. Daarnaast is zij bestuurder van S&S.

[D]:		
Entiteit	Functie(s)	Periode
Parman International	bestuurder aandeelhouder	15/12/2005 – heden vanaf overname Ennia – heden
Ennia Holding	Commissaris	20/05/2009 – 04/07/2018
S&S	Bestuurder	vanaf overname Ennia – heden

3.7. [B] is CFO bij Parman Capital. Sinds 7 juli 2005 is hij bestuurder van Parman International. In de periode 9 februari 2011 tot april 2018 was hij bestuurder van Ennia Holding en lid van het *investment committee*. Tevens was [B] in de periode van 4 mei 2017 tot 4 juli 2018 bestuurder van Ennia Investments en van 26 maart 2011 tot 4 juli 2018 bestuurder van de verzekeraars. Daarnaast is hij onder meer bestuurder van Resorts Caribe.

[B]:		
Entiteit	Functie(s)	Periode
Parman Capital	chief financial officer (CFO)	vanaf overname Ennia-heden
Parman International	bestuurder aandeelhouder	07/07/2005 – heden vanaf overname Ennia-heden



Ennia Holding	bestuurder lid <i>investment committee</i>	09/02/2011 - 04/2018 19/05/2006 - 04/07/2018
Ennia Investments	Bestuurder	04/05/2017 - 04/07/2018
Ennia Zorg	Bestuurder	26/03/2011 - 04/07/2018
Ennia Leven	Bestuurder	26/03/2011 - 04/07/2018
Ennia Schade	Bestuurder	26/03/2011 - 04/07/2018
Resorts Caribe	Bestuurder	21/07/2006 - heden

3.8. [E] is in twee perioden werkzaam geweest bij Ennia c.s. Van 14 maart 2005 tot 16 juni 2008 en van 25 juni 2009 tot 30 april 2011 was hij bestuurder (CEO) van Ennia Holding en de verzekeraars en lid van het *investment committee*. Daarnaast was hij van 20 juli 2006 tot 1 mei 2009 bestuurder van Ennia Investments en van 31 juli 2006 tot 1 februari 2011 van Resorts Caribe.

[E]:		
<b>Entiteit</b>	<b>Functie(s)</b>	<b>Periode</b>
Ennia Holding	Bestuurder lid <i>investment committee</i>	14/03/2005 - 16/06/2008 25/06/2009 - 30/04/2011 14/03/2005 - 16/06/2008 25/06/2009 - 30/04/2011
Ennia Investments	Bestuurder	20/07/2006 - 01/05/2009
Ennia Zorg	Bestuurder	14/03/2005 - 16/06/2008 25/06/2009 - 30/04/2011
Ennia Leven	Bestuurder	14/03/2005 - 16/06/2008 25/06/2009 - 30/04/2011
Ennia Schade	Bestuurder	14/03/2005 - 16/06/2008 25/06/2009 - 30/04/2011
Resorts Caribe	Bestuurder	31/07/2006 - 01/02/2011

3.9. [C] heeft in maart 2011 de functie van CEO overgenomen van [E]. Van 9 februari 2011 tot 4 juli 2018 was hij bestuurder van Ennia Holding en lid van het *investment committee*. Van 26 maart 2011 tot 4 juli 2018 was hij bestuurder van de verzekeraars en van 1 februari 2012 tot 4 juli 2018 bestuurder van Ennia Investments. Ook is hij bestuurder van Resorts Caribe.

[C]:		
<b>Entiteit</b>	<b>Functie(s)</b>	<b>Periode</b>
Ennia Holding	bestuurder lid <i>investment committee</i>	09/02/2011 - 04/07/2018 09/02/2011 - 04/07/2018
Ennia Investments	Bestuurder	01/02/2012 - 04/07/2018
Ennia Zorg	Bestuurder	26/03/2011 - 04/07/2018
Ennia Leven	Bestuurder	26/03/2011 - 04/07/2018
Ennia Schade	Bestuurder	26/03/2011 - 04/07/2018
Resorts Caribe	Bestuurder	19/08/2011 - heden

*Feiten met betrekking tot de situatie bij Ennia c.s. vanaf de overname door [A] in 2005/2006 tot na het uitspreken van de noodregeling*

3.10. Tot de overname van Ennia door [A] waren de aandelen van Ennia Holding grotendeels in handen van Delta Lloyd Antillen N.V. (hierna: Delta Lloyd). Ennia Holding hield (indirect) alle aandelen in de verzekeraars. De verzekeraars beschikten over een vergunning en stonden onder toezicht van de Centrale Bank. In dat kader dienden zij jaarlijks inzicht te geven in hun financiële positie. De aandelen in Banco di Caribe waren in handen van een aantal personen.

3.11. Op 20 mei 2005 is tussen Delta Lloyd en [A] een overeenkomst gesloten inzake de koop van Ennia Holding door [A]. In de koopovereenkomst staat (in artikel 10.1):

As from Completion, Purchaser will procure that the solvency of the Group Companies will be and remain to the satisfaction of the competent Governmental Bodies.

3.12. Op 20 december 2005 is 50,1% van de aandelen in Banco di Caribe geleverd aan Parman International. Tijdens een buitengewone aandeelhoudersvergadering van Banco di Caribe op 20 december 2005 is door [A] onder meer het volgende meegedeeld:

In order to grow and expand it is the intention of the Parman Group to invest one hundred million guilders in the Bank, in tranches, subject to the decision of the management and in accordance with the articles of incorporation.

3.13. De aandelen in Ennia Holding zijn op 5 januari 2006 door Delta Lloyd geleverd aan Banco di Caribe.

3.14. 25 januari 2006 heeft een buitengewone aandeelhoudersvergadering plaatsgevonden van Ennia Holding. Tijdens deze vergadering heeft [A] aangegeven een kapitaalinjectie te willen doen van NAf 100 miljoen door middel van het verhogen van het aandelenkapitaal van Ennia Holding. De aandeelhouders hebben tijdens deze vergadering ingestemd met deze verhoging van het aandelenkapitaal.

3.15. Op 22 december 2005 en in december 2006 is door Parman International kapitaal ingebracht in Banco di Caribe. Parman International heeft dit gedaan in de vorm van aandelen in SunResorts voor een (papieren) waarde van NAf 98,5 miljoen. Na deze inbreng en de daarmee samenhangende uitgifte van aandelen in Banco di Caribe hield Parman International 79,88% van de aandelen in Banco di Caribe. Vervolgens heeft Banco di Caribe voor een (papieren) waarde van NAf 100 miljoen aandelen SunResorts aan Ennia Investments geleverd. Het ging daarbij in totaal om een belang van 22,5% in SunResorts.

3.16. [A] is na de overname van Banco di Caribe en Ennia Holding benoemd tot voorzitter van de raad van commissarissen van zowel Banco di Caribe als Ennia Holding, waarbij in januari 2006 door de raad van commissarissen aan [A] de bevoegdheid is gegeven tot het doen van (alle) investeringen ten behoeve van Banco di Caribe.

3.17. Op 19 mei 2006 is door de raad van commissarissen van Ennia Holding besloten tot het instellen van een *investment committee*. [A] is benoemd tot voorzitter. Het *investment committee* kreeg van de raad van commissarissen de bevoegdheid tot het

nemen van besluiten ter zake van investeringen van Ennia Holding en de verzekeraars.

3.18. Op 20 juli 2006 is Ennia Investments (als dochtermaatschappij van Ennia Holding) opgericht. Ennia Investments werd verantwoordelijk voor alle investeringen van Ennia c.s. De voor de overname van Ennia c.s. bestaande beleggingsportefeuille werd gewijzigd, waarbij bestaande beleggingen werden geliquideerd en nieuwe investeringen werden gedaan. Deze investeringen vonden plaats vanuit Ennia Investments met geldmiddelen die waren geleend van de verzekeraars, waardoor intercompany-vorderingen ontstonden tussen de verzekeraars en Ennia Investments (dan wel Ennia Holding).

3.19. De Centrale Bank heeft bij brief van 22 augustus 2006 aan Banco di Caribe (destijds de moedermaatschappij van Ennia c.s.) bericht dat tekortkomingen zijn geconstateerd, waaronder een solvabiliteitstekort. In deze brief worden de investeringen in S&S en SunResorts genoemd.

3.20. Bij besluit van de raad van commissarissen van Ennia Holding van 19 februari 2007 zijn de tot op dat moment genomen investeringsbeslissingen goedgekeurd. Het gaat daarbij onder meer om investeringen in S&S en Resorts Caribe. Eveneens op 19 februari 2007 is een goedkeuringsbesluit genomen door de raad van commissarissen van Banco di Caribe met betrekking tot de investeringen in S&S.

3.21. Resorts Caribe is op 21 juli 2006 opgericht door Parman International en heeft een deel van Mullet Bay in eigendom verkregen (ongeveer 49.000 m<sup>2</sup>).

3.22. Op 24 juli 2008 is door de Centrale Bank een onderzoeksrapport uitgebracht ten aanzien van Ennia Leven over de periode december 2006 tot mei 2008. Daarin is opgenomen dat de investeringen die door Ennia Holding en Ennia Investments zijn gedaan, niet kunnen worden meegenomen bij de beoordeling van de solvabiliteit van Ennia Leven.

3.23. Bij brief van de Centrale Bank aan Ennia Schade van 23 september 2008 wordt door de Centrale Bank aangegeven dat onderzoek is gedaan naar Ennia Schade. In de brief staat verder:

Based on our examination we wish to inform you that Ennia Caribe Schade N.V. is in compliance with our rules and regulations. Since the acquisition of Ennia by the Parman Group, the management of the company has recorded impressive progress. Thanks to the investments decisions made by the group and additional capital infusion the company is now not only solvent but in a much stronger position.

Een brief met dezelfde inhoud is toegezonden aan Ennia Zorg.

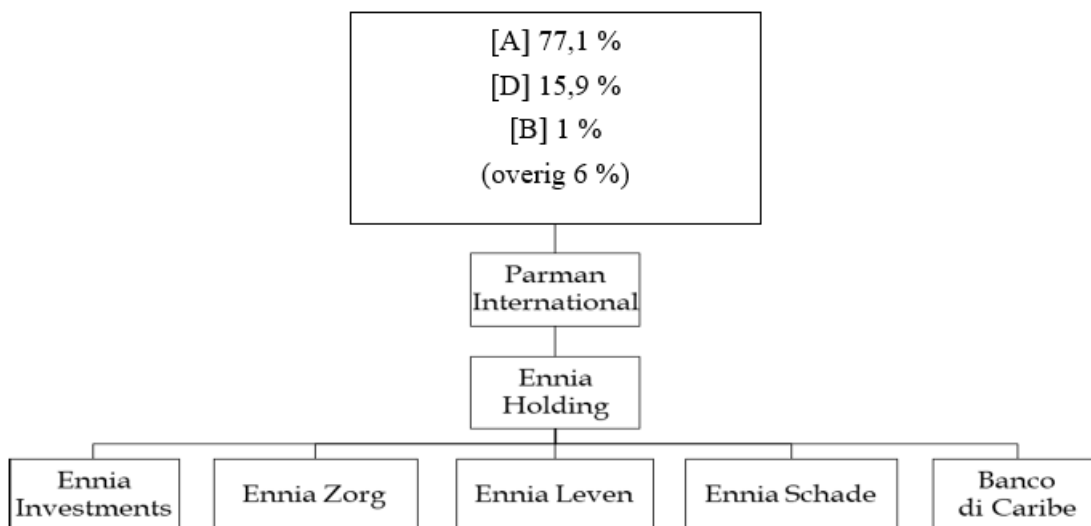
3.24. De vennootschapsstructuur van Banco di Caribe en Ennia is op verzoek van de Centrale Bank gewijzigd. In een brief van 11 maart 2009, gericht aan Banco di Caribe staat onder meer:

From a supervisory perspective it is imperative to increase the transparency within the [Banco di Caribe]-group. Therefore you should restructure [Banco di Caribe]- group by separating the banking entities, the insurance entities, and the non- banking/insurance entities from each other. This means that [Ennia Holding] is no longer allowed to be a subsidiary of [Banco di Caribe] (...).

The capital of the (immediate) parent company of the separated entities must at all times

equal the sum of the capital of all its immediate subsidiaries. Furthermore, all supervised subsidiaries must be adequately capitalized and meet all our supervisory guidelines at all times. (...)

3.25. De structuur is vervolgens gewijzigd in die zin, dat Ennia Holding de moedermaatschappij werd met de verzekeraars en Banco di Caribe als dochtermaatschappijen. Tevens is Ennia Investments als dochtermaatschappij van Ennia Holding opgenomen in de vennootschapsstructuur. Onderstaand is de vennootschapsstructuur (in beperkte vorm) schematisch weergegeven.



3.26. In een memo van 10 februari 2010 van jurist [J] (hierna: [J]), legal counsel bij Ennia c.s., gericht aan de directie van Ennia, staat onder meer het volgende:

Aansluitend op mijn eerdere berichten c.q. meldingen treft u hieronder een, niet limitatieve, opsomming aan van door mij geconstateerde kwesties die strijdig zijn met vigerende regelgeving en/of dringend om aandacht vragen.

(...)

In de praktijk besluit de RvC van [Ennia Holding], waarbij de directie van de [Ennia Leven] en [Ennia Schade] worden geïnformeerd en geïnstrueerd om besluiten uit te voeren. Mij is bekend dat de directie meermaals heeft geprobeerd deze problematiek met de RvC van [Ennia Schade], [Ennia Zorg] en [Ennia Leven] bespreekbaar te maken.

(...)

In confesso is dat op dagbasis er overleg is tussen de voorzitter van de directie en de aandeelhouder, waarbij daarna bepaalde beslissingen transacties worden genomen. Vanuit prudentieel oogpunt is een dergelijk frequent overleg ongewenst.

(...)

Melding van de Centrale Bank (...) dat ENNIA in grote mate, zo niet hoofdzakelijk, in strijd handelt met vigerende compliance wetgeving.

(...)

Beleggingen zijn door de RvC van de holding (?) aan een aantal personen gedelegeerd. De legaliteit van dat besluit is m.i. dubieus en moet aangepast worden. Bovendien is ook hier sprake van conflicterende belangen, nu het niet om gelden van de vennootschap gaat, doch om gelden van derden (polishouders). De toezichtwetgeving en de *Guidance notes* van de centrale bank vereisen prudente beleggingen. Er is reden te veronderstellen dat de belegging van de huidige vermogenswaarden van de polishouders niet de kwalificatie prudent verdient (zie de notitie van Spigthoff blz. 3).

(...)

Veel transacties missen mijns inziens de statutair vereiste goedkeuring van de directie en worden toch uitgevoerd. Zo ook donaties, leningen en betalingen aan derden. (...)

3.27. Per e-mail van 8 juli 2010 heeft de interne actuaaris van de verzekeraars, [K], aan het bestuur te kennen gegeven zich zorgen te maken over de structuur van aansturing bij Ennia Leven en het bestaande concentratierisico wat betreft de investeringen. Hij schrijft onder meer:

(...)

Ennia Leven Aruba is op orde (...)

Ennia Leven zelf niet: te groot aandeel in Land op SXM en [S&S] waarbij S&S ook nog eens een CCC rating heeft. De interest op de verstrekte leningen wordt niet betaald. (...) er moet wel op dit vlak ingegrepen worden: terugbrengen van het concentratierisico (dus verkoop gedeelte SXM en S&S), betalen van de interesten en alles onder control van het leven bedrijf. En uiteraard moet de solvabiliteit van [Ennia Leven] aangevuld worden. (...)

3.28. Naar aanleiding van een daarop volgend overleg is door de bestuurders van de verzekeraars op 13 oktober 2010 een besluit vastgelegd waarin onder meer is opgenomen dat de intercompany-vorderingen niet verder mogen toenemen, dat de overeengekomen rente zal worden betaald en dat het concentratierisico zal worden teruggedrongen.

3.29. Bij memo van 24 november 2010 heeft [J] onder meer het volgende bericht:

In mijn hoedanigheid van Legal Counsel heb ik een (beperkt) onderzoek gedaan naar de gang van de gang van zaken binnen ENNIA.

Centraal in mijn onderzoek stond de vraag of de rechten van verzekerden bij ENNIA (Leven dan wel Zorg) voldoende gewaarborgd zijn.

Mijn bevindingen geven mijns inziens aanleiding om te spreken van een zeer ernstige, zorgelijke en alarmerende situatie. Hieronder een opsomming van een aantal vastgestelde feiten.

1. Ruim 70% van het belegd vermogen van ENNIA Leven is als lening verstrekt aan [Ennia Investments], c.q. aan de Parmangroep gerelateerde waarden. Er is geen sprake van enige mate van zekerheid. Naar verluidt zou [Ennia Investments] de gelden hebben benut om te participeren in onroerend goed ondernemingen gelieerd aan de Parmangroep en effecten in [I]. Van de laatste onderneming is twijfelachtig wat de waarde is.
2. De rentebetalingen op de leningen vindt niet plaats en er is een deficit van 62 mio.
3. Vrijgeevige substantiële donaties zonder enig aanwijsbaar doel voor de samenleving waarin ENNIA opereert of voor ENNIA.
4. Betaling van substantiële kosten die niet ENNIA gerelateerd zijn.
5. Twijfelachtige leningen, waaronder 19 mio aan EVDA zonder dat zekerheid is verstrekt. Inmiddels blijkt ook dat van terugbetaling geen sprake is en enige actie vanuit ENNIA uitblijft.
6. Voorstellen voor Interim-dividend (en mogelijk uitbetaling) van USD 2,5, respectievelijk 1,5 MIO, in een situatie waarbij bekend is dat vanwege de schade door Tomas het geconsolideerd resultaat marginaal of zelfs negatief zal zijn.
7. Het niet inkopen van adequate herverzekering.

Het beeld is ontstaan van zeer dominante functionarissen van Parman International c.q. van de voorzitter van de RvC die financiële transacties zonder enige baat voor ENNIA initiëren, waarbij de directie zonder slag of stoot volgt. Volwaar een zeer verontrustende ontwikkeling. Gezien de ernst van de door mij geschetste situatie wens ik op korte termijn, in ieder geval nog voor 1 december 2010 de kwestie met de gehele directie te bespreken teneinde vast te stellen of er een herstelplan bestaat, en zo ja, welke garanties

zijn ingebouwd om de rechten van de polishouders te garanderen. (...)

3.30. Op 18 januari 2011 heeft een overleg plaatsgevonden waarbij de bestuurders van Ennia c.s. ([L], [E], [M], [N] en [O]), [B] en [A] aanwezig waren. In het door [E] opgemaakte verslag van dit overleg staat onder meer:

Tevens wilde [A] ook zijn visie op de organisatie en de gewenste aansturingcultuur duidelijk maken. (...) In zijn optiek is de directie van ENNIA middle management in zijn onderneming. Hij was dan ook zeer verbolgen over het feit dat de directie besluiten had genomen. (...) Het management werd geacht uit te voeren (...)

De uitkomst van de meeting was dat:

- De heer [A] uitermate duidelijk aangaf zelf de beleggingsbeslissingen te zullen blijven nemen, en dat wij daar als statutaire directie geen enkele rol in spelen.
- De noodzaak tot het afbouwen van de posities in IC leningen door hem niet werd onderschreven.

[E] heeft vanaf eind januari 2011 geen werkzaamheden meer verricht bij Ennia c.s. en is in april 2011 formeel uit dienst getreden.

3.31. In de hierop volgende periode zijn door zowel interne als externe toezicht-houders (kritische) opmerkingen geplaatst over de wijze waarop en door wie binnen Ennia c.s. beslissingen worden genomen, over de intercompany-vorderingen en onderliggende investeringen (S&S en Mullet Bay) en over de solvabiliteit.

3.32. In een rapport van 10 maart 2011 van de externe actuaire van Ennia c.s., Buck Consultants, staat onder meer:

As agreed in our meeting of March 4, 2011 at the office of KPMG in Willemstad, Curacao, we hereby provide you with our findings regarding the Liability Adequacy Test (hereafter: LAT) of [Ennia Leven] as per December 31, 2010. We acknowledge that the deficit resulting from the LAT for [Ennia Leven] is NAF 40 to 60 million. The cause for this deficit is the mismatch in assets and insurance liabilities of [Ennia Leven]. In our belief surplus or deficit of the LAT is the outcome of a management decision process. We therefore perceive the following current situation.

**Current situation**

1. Too small amount (approximately NAF 200 million) has been invested in fixed income assets with a duration of more than 5 years.
2. High concentration of assets. More than NAF 650 million of the assets in only two investments (S&S bonds NAF 139 million, S&S share NAF 218 million and Sun Resorts NAF 321 million).
3. Investment focus is primarily on group level and structured from a fiscal point of view. Too little attention for the specific requirements of a life insurer.
4. No clear and simple structure for loans to [Ennia Holding] and/or [Ennia Investments] within the loan portfolio of [Ennia Leven].
5. NAF 75 million of (yet) unpaid interest by [Ennia Investments] and [Ennia Holding] to [Ennia Leven].
6. NAF 73 million of intercompany balances between [Ennia Leven] and [Ennia Holding]
7. NAF 90 million of shares (CITI), which are by nature not yielding a fixed income
8. No defined and applied strategic [Ennia Leven] investment policy.

3.33. De Centrale Bank heeft in april 2012 een onderzoeksrapport uitgebracht over Ennia Leven over de periode 2010-2012. In dit rapport wordt door de Centrale Bank geconcludeerd dat de investeringen van Ennia Leven in strijd zijn met het (eigen) beleggingsbeleid en de beginselen van prudente beleggingen. In het rapport staat

onder meer:

During our review of the investment plan we determined that [Ennia Leven] does not comply with the investment mix indicated in the plan, specifically the allocation of fixed income securities. The plan mentions a bandwidth of 5-10 % for investments in loans of affiliates. We determined however, that [Ennia Leven] had invested 81% of the fixed income securities, in loans of affiliates. The granting of these loans by [Ennia Leven] to an affiliated company are in the bank's opinion in conflict with its own investment plan and prudent investments practices and exposes [Ennia Leven] to an unacceptable level of concentration risk.

The Bank is in process of finalizing its valuation guidelines which should be used for the completion of the ARAS filings in the future. In this guideline:

- Loans granted to affiliates are subject to admissibility by the Bank. If any combination of loans to affiliates exceeds greater of 10% of all other admissible assets or 25% of the previous year's Net Equity Unassigned that is reported in ARAS File 106, Line 8, then the excess must be reported and deducted as an excess loan.
- Investments with a rating of BBB (S&P) or BAA (Moody's) or higher can be reported as admissible assets.

Daarnaast is in het rapport opgenomen dat sprake is van een onacceptabel groot concentratierisico. Vermeld wordt voorts dat de Centrale Bank van Ennia Leven onder meer een ALM studie verlangde en een door de raad van commissarissen goedgekeurd investeringsplan voor de jaren 2011-2016 en toepassing in het vervolg van de genoemde 'guidelines' met betrekking tot leningen in toekomstige ARAS-filings. Onder 'Subsequent event' wordt melding gemaakt van een bijeenkomst waarin de Centrale Bank inzicht heeft gekregen in de financiële gegevens van Ennia Holding en Ennia Investments over 2010 en een brief van 27 januari 2012 van de Centrale Bank aan Ennia Leven, waarin staat dat de leningen op basis van de verstrekte informatie op de balans worden toegelaten, maar dat jaarlijks over toelating zal worden besloten. Onder 'Solvency' wordt, onder verwijzing naar de brief van 27 januari 2012 vermeld dat toelating van de daar besproken leningen 'results in a positive solvency position of ECL as of December 31, 2010.'

Over de belegging door Ennia c.s. in obligaties van S&S, die 58% van het totaal van Ennia's investeringen betreffen, stelt de Centrale Bank dat S&S een CCC (S&P) rating heeft. De Centrale Bank vervolgt dan:

Based on the provisions in article 34 of the Insurance Supervision Ordinance the Bank disapproves the reporting of these investments on [Ennia Leven]'s balance sheet as assets to cover the technical provisions. Only investments with at least a rating of BBB (S&P) or BAA (Moody's) will be allowed to be reported as admissible assets in future ARAS filings.

Over de rol van [A] bij Ennia c.s. stelt de Centrale Bank dat zij afkeurend staat tegenover het feit dat [A] zowel meerderheidsaandeelhouder is van Ennia Leven als voorzitter van de raad van commissarissen en het *investment committee* van Ennia Investments.

3.34. Eind 2012 heeft Ennia Investments twee nieuwe entiteiten opgericht, die organisatorisch onder Ennia Investments kwamen te hangen, te weten EC International Cy Ltd op Cyprus en EC Investments International S.a.r.l. in Luxemburg (hierna: ECII), die laatste met een US Branch in de Verenigde Staten.

3.35. Bij brief van 23 december 2013 heeft de Centrale Bank aan Ennia Schade bericht dat de financiële cijfers over 2012 zijn ontvangen en dat er nog een aantal vragen is. Verder staat in de brief onder meer:

(...) Finally we refer you to the Valuation Guidelines developed by the Bank which were presented to the sector in December of 2011 and subsequently discussed with the sector which contains guidelines as to how assets reported in the ARAS filings should be valued.

We also refer you to article 34 paragraph 2 of the National Ordinance Insurance Supervision (N.G. 1990, nr. 77) which stipulates that the technical provision reported by an insurance company must be fully covered by assets and that the Bank can object to the nature and appraisal of the assets, whereupon the insurer shall take steps to meet the Bank's requirements. (...) It concerns in particular the affiliated loans and receivables reported by [Ennia Schade] on its balance sheet.

(...)

3.36. In reactie op de brief van de Centrale Bank van 23 december 2013 heeft [C] namens Ennia Schade in een brief gedateerd 30 december 2013 onder meer het volgende geschreven:

We are aware of the several drafts of the Valuation Guidelines and the possible impact on [Ennia Schade] once the guidelines are formally issued. We are also aware that we need to take steps between now and issuance of the final Valuation Guidelines to meet the revised solvency requirements. In the meantime we are in compliance with the solvency requirements as confirmed in your letter dated August 14, 2013.

3.37. In een brief van de Centrale Bank aan Ennia Leven van 10 maart 2014 staat onder meer dat er geen additionele leningen door Ennia Leven aan Ennia Holding of Ennia Investments mogen worden verstrekt en dat de bestaande leningen op hun vervaldatum niet mogen worden verlengd. Verder is opnieuw vastgesteld dat de activa op de balans van Ennia Investments grotendeels uit beleggingen in S&S en SunResorts bestaan en dat ook daar het concentratierisico aanwezig is. In dat kader wordt verzocht de jaarrekeningen van de betreffende vennootschappen te overleggen. Voor wat betreft de op de 2012 balans van Ennia Leven gerapporteerde leningen aan Ennia Investments gold dat de Bank deze accepteerde ter dekking van de technische voorzieningen.

3.38. Bij brief van 5 januari 2015 bericht de Centrale Bank aan Ennia Leven onder meer:

De bank heeft u herhaaldelijk erop geattendeerd dat de concentratie van beleggingen van [Ennia Leven] bij de geaffilieerde entiteiten niet acceptabel is voor de Bank. De Bank heeft er bij u op aangedrongen om stappen te ondernemen teneinde te komen tot een situatie waarbij het concentratierisico tot een minimum wordt teruggebracht. (...) In tegenstelling tot uw bevestiging (...) blijkt uit de jaarrekening van 2013 van [Ennia Investments] dat de leningsovereenkomst met [Ennia Investments] voor het bedrag van NAF 565.259.725 (vertegenwoordigt 43% van de totale activa per 31 december 2013 van [Ennia Leven]) met 23 jaren is verlengd. (...) De Bank tolereert dit niet en benadrukt dat de verlenging van deze overeenkomst (...) niet acceptabel is voor de Bank. (...)



In onze brief van 10 maart 2014 hebben wij u voor het laatst aangegeven dat de Bank de op de 2013 balans van [Ennia Leven] te rapporteren leningen aan geaffilieerde entiteiten/vordering op geaffilieerde entiteiten zal beoordelen. De Bank had u geïnstrueerd om hiervoor de jaarrekeningen 2013 van [Ennia Investments], [S&S], SunResorts Ltd en [Ennia Holding] uiterlijk 1 juli 2014 aan de Bank te verstrekken.

De consequenties van het niet nakomen hiervan heeft de Bank verschillende keren aan u medegedeeld, namelijk dat de Bank niet zal toelaten ("non-admissible") dat deze leningen op de balans van [Ennia Investments] worden gerapporteerd. Ook aan deze instructie heeft u geen gehoor gegeven. (...)

Vervolgens geeft de Centrale Bank aan Ennia Leven opnieuw een aantal instructies.

3.39. Bij brief van 25 juni 2015 van de Centrale Bank aan de verzekeraars wordt herhaald dat de huidige beleggingen van Ennia naar de mening van de Bank een onacceptabel hoog concentratierisico vormen, wordt vastgesteld dat niet aan de instructies wordt voldaan – de intercompany-vorderingen werden niet afgebouwd – en worden de instructies herhaald. Voor het boekjaar 2013 werd slechts het bedrag aan intercompany-vorderingen zoals gerapporteerd per eind 2012 als toegestane activa aangemerkt.

3.40. In september 2015 heeft de Centrale Bank de solvabiliteitsvereisten gewijzigd. De gewijzigde regels zijn opgenomen in de *General insurance annual statement composition and valuation guidelines non-life insurance aras v 2.7*. respectievelijk *Life insurance annual statement composition and valuation guidelines* (hierna: *General Valuation Guidelines*). Daarin staat onder meer:

This guide sets forth a compilation of the accounting practices and procedures prescribed by the Bank relative to the Annual Statement (respectively to the Statement and SA Statement) submitted by the licenses insurance companies transacting business in or from Curacao and Sint Maarten.

Gelet op de gewijzigde richtlijnen konden intercompany-vorderingen in beginsel nog maar beperkt worden meegenomen bij de berekening van de solvabiliteitsratio.

3.41. In de brief van 6 oktober 2015 van de Centrale Bank aan de verzekeraars wordt benoemd dat sprake is van een solvabiliteitstekort doordat nog steeds sprake is van een toename van het aantal niet toegestane beleggingen en vorderingen op geaffilieerde entiteiten, die door de Centrale Bank als niet toegestane activa worden aangemerkt.

3.42. De Centrale Bank schrijft in een brief van 4 augustus 2016 gericht aan de verzekeraars onder meer:

(...) Gebaseerd op de evaluatie van de door Ennia voorgestelde maatregelen en ter waarborging van de verplichtingen jegens de polishouders dringt de Bank erop aan dat Ennia de volgende punten tot uitvoering brengt: (...)

1. Alle (voorgenomen) aandelentransacties tussen [Ennia Leven] en [SunResorts] (SR) en [ECII] dienen teruggedraaid te worden (...).

2. Verdere toename van leningen aan en vorderingen op geaffilieerde entiteiten van Ennia zijn vanaf heden niet meer toegestaan. De bestaande leningen aan en vorderingen op geaffilieerde entiteiten dienen door Ennia binnen een periode van maximaal 3 jaar te worden afgelost c.q. gereduceerd tot hoogstens het toegestane niveau bepaald volgens de 'admissability test' zoals opgenomen in de waarderingsgrondslagen van de Bank. (...).
3. De aandelen (in het kapitaal) van SR (welke Sint Maartense vennootschap het terrein te Mullet Bay, Sint Maarten, in eigendom heeft) en de gewone en preferente aandelen van [S&S] dienen verpand te worden aan [Ennia Leven]. (...).
4. [Ennia Leven] draagt zorg voor een recente waardebeoordeling van het terrein te Mullet Bay, Sint Maarten en van de aandelen S&S.
5. [Ennia Leven] dient uiterlijk eind april van elk jaar de gecontroleerde jaarrekening van het afgelopen boekjaar van [Ennia Holding], [Ennia Investments], SR en S&S aan de Bank over te leggen.
6. [Ennia Leven] dient het ernaar toe te leiden dat het terrein te Mullet Bay, Sint Maarten, of de aandelen in het kapitaal van SR en de gewone en preferente aandelen van S&S binnen een termijn van maximaal 3 jaar na datum van deze brief worden verkocht c.q. dat de gerelateerde vorderingen zijn afgelost. De verkoopopbrengst c.q. ontvangen aflossingsbedragen zullen door Ennia volledig worden aangewend voor de aankoop van door de Bank toegestane beleggingen zoals bepaald in de waarderingsgrondslagen. [Ennia Leven] dient in verband hiermee uiterlijk 1 september 2016 de Bank een plan van aanpak te doen toekomen (...).

Punt 7 houdt in dat Ennia Leven erop dient toe te zien dat geen wijzigingen in het onderpand plaatsvinden die tot uitholling of waardevermindering leiden en punt 8 bepaalt dat voor zover verkoop niet binnen drie jaar gerealiseerd kan worden Ennia Leven ervoor moet zorgdragen dat de beleggingen in en vorderingen op geaffilieerde entiteiten via andere middelen worden afgelost. Punt 9 bevat dan vervolgens een aantal te nemen stappen om de liquiditeitspositie van Ennia te versterken. In punt 10 ten slotte wordt Ennia Leven opgelegd maandelijks te rapporteren over de voortgang van de eerdergenoemde punten. Vervolgens staat in de brief:

De Bank is van oordeel dat uitvoering van bovengenoemde punten noodzakelijk is teneinde Ennia binnen afzienbare termijn en langs beheerste weg te loodsen naar een situatie die in overeenstemming is met de van toepassing zijnde criteria.

3.43. In een brief van de Centrale Bank van 22 september 2016 gericht aan de verzekeraars herhaalt de Centrale Bank bovengenoemde punten en geeft daarbij aan wat de status is. Vervolgens staat in deze brief:

Voorts is de Bank van mening dat Ennia, gezien de per datum van dit schrijven nog openstaande punten, onvoldoende gevolg heeft gegeven aan haar aanwijzingen. In het licht hiervan acht de Bank de maatregel op grond van artikel 31 lid 3, sub a van de Ltv (zoals gewijzigd) noodzakelijk. (...)

3.44. Bij brief van de Centrale Bank van 29 september 2016 heeft de Centrale Bank Ennia Leven aangezegd dat met ingang van 1 oktober 2016 de maatregel als bedoeld in artikel 31 lid 3 sub a LTV van kracht wordt. In de brief staat verder:

Het vorenstaande impliceert dat met ingang van dat tijdstip de directie van Ennia haar bevoegdheden slechts mag uitoefenen na goedkeuring van de door de Bank aangewezen personen.

Er worden door de Centrale Bank twee personen (als stille curatoren) benoemd.

3.45. Op 11 november 2016 heeft accountant [P] (hierna: [P]) een e-mail gestuurd aan [A], cc aan [C], [B] en RvC-leden [Q] en [S]. [P] is in maart 2016 aangetreden als lid van de raad van commissarissen van Ennia Holding. In de e-mail staat onder meer:

(...)

It is not a pleasure or an honor to be part of this at all. It is a daily headache and it is very damaging for my reputation. I do not need all this and I do not want it. I am about to offer you my resignation right now unless we would be able to solve the majority of the problems on very short notice.

(...)

We are having whistleblowers, major issues with all the supervising Central Banks, rulings by the Central Banks, major issues with the external auditor, very unhappy local management that is spending a lot of time fighting all these issues instead of being busy doing business and making money etc etc.

(...)

What I want us to do to solve this situation is:

- We give local KPMG everything that they ask for and have them finalize the 2015 accounts before the end of the year. I know they can do it. Please let us handle this.
- We give the supervising Central Banks what they ask for and we prevent that they will be imposing an emergency ruling on us. Please let us handle this.
- You find another way to finance S&S (bank loans, another unitholder, increase your personal investment or whatever) and make S&S (or another party) repay or take over one serie of perpetual units within a couple of weeks from now or preferably sooner. This investment in S&S is by far the biggest problem that we have to solve in order to return to a normal situation for an Insurance company and a bank. Please do that without further delay. We have to show our good intentions.
- As long as we have a stake in S&S, local management has to receive monthly financial updates from them. (Balance sheets, profit and loss statements and statements of shareholders equity). Up to now local management has not the faintest idea how our most important investment of NAf 500 million is performing and neither do we. That is absolutely absurd. Please let us have the most recent financial information from them today or tomorrow.
- Hopefully not, but in case the Ennia Companies would not meet the solvency requirements (after impairments) the company needs additional funding. Hopefully you can arrange for that if necessary.

(...)

3.46. Op 16 november 2016 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de Centrale Bank en Ennia Leven. Namens Ennia Leven waren daarbij aanwezig [M] en [P]. Onder agendapunt 6 (positie tot dusver van de Raad van Commissarissen over de huidige situatie) staat in de notulen van dit overleg vermeld:

[[P]] geeft een toelichting over zijn betrokkenheid bij ENNIA. Hij deelt mede dat de procedure voor zijn benoeming in maart is gestart maar dat hij pas sinds 20 september betrokken is. Hij stelt erg geschrokken te zijn hoe ENNIA en BDC er

voor staan. Er hebben volgens hem vreemde beleggingen plaatsgevonden, [A] laat mensen dingen doen die ze niet willen. Hij vraagt zich af hoe dit mogelijk is. Al het vermogen is belegd in 2 assets, tegen alle fatsoensnormen in hoewel destijds niet in strijd met regelgeving. Hij vraagt zich af waarom hij niet is tegengehouden door het bestuur en de RvC?

[[P]] geeft aan helemaal geen commissaris te willen zijn. Als het mis gaat, wie zijn er dan aansprakelijk? Er wordt veel gesproken over Mullet Bay, maar dat is volgens hem niet het echte probleem. S&S is het echte probleem (...)

3.47. [P] heeft eind november 2016 zijn ontslag als commissaris ingediend.

3.48. Op 22 juni 2018 is een overeenkomst opgesteld. In deze overeenkomst, getekend door [L] en [B] namens Ennia Investments en [A] namens S&S, staat onder meer:

This Investment Management Agreement (...) is by and between [Ennia Investments] and [S&S] (the "IM"). The parties hereto agree as follows: (...)

7. [S&S] will accept and manage the investment of US\$ 250 million, of which US\$ 100 million of [Ennia Investments] funds be transferred now and the balance at later dates.
8. [S&S] guarantees a return on investment of funds deposited with it of 6.5% per annum from the date of the receipt of each tranche by [S&S], such guaranteed return to be payable semi-annually.
9. (...)

Vanuit Ennia Investments is diezelfde dag het bedrag van USD 100 miljoen overgemaakt naar S&S.

3.49. Op 3 juli 2018 heeft de Centrale Bank de vergunning van de verzekeraars ingetrokken. Het verzoek van de verzekeraars tot schorsing van het besluit tot intrekking is door het Gerecht afgewezen.

3.50. Bij beschikking van het Gerecht van 4 juli 2018 (ECLI:NL:OGECAC:2018:160) is op verzoek van de Centrale Bank de noodregeling als bedoeld in artikel 60 LTV uitgesproken ten aanzien van Ennia c.s. De Centrale Bank is gemachtigd conform het bepaalde in artikel 60 lid 2 LTV ten aanzien van alle onder de noodregeling geplaatste vennootschappen. De machtiging betreft de vereffening van het geheel of een gedeelte van de portefeuille van de verzekeraar, overdracht van alle of van een deel van de rechten en plichten uit of krachtens overeenkomsten van verzekering, of herstructurering van het bedrijf van de verzekeraar. De machtiging strekt mede tot vereffening van het vermogen van de onderneming van de verzekeraar.

3.51. Op 5 juli 2018, na het uitspreken van de noodregeling, is het (onder 3.48 bedoelde) bedrag van USD 100 miljoen (terug)geboekt aan Ennia Leven. De helft van dit bedrag is overgemaakt vanuit S&S, de andere helft vanuit een privérekening van [A].

3.52. Op 25 september 2018 heeft de Centrale Bank in New York een

zogenoemde *Chapter 15* procedure aanhangig gemaakt, waarbij is verzocht de noodregeling te erkennen in de Verenigde Staten. Daartegen heeft Parman International op 24 oktober 2018 een *Objection* ingediend. Op 20 december 2018 is door de rechtbank in New York geoordeeld dat de noodregeling wordt erkend. Op 29 januari 2019 is door de rechtbank in New York op verzoek van de Centrale Bank een voorziening toegekend om beschikking te krijgen over activa van Ennia c.s. in de Verenigde Staten op rekeningen bij de Merrill Lynch bank.

3.53. Op 31 januari 2019 is door het Gerecht vonnis in kort geding gewezen in een zaak tussen Parman International en de Centrale Bank (ECLI:NL:OGEAC:2019:15). Kort samengevat heeft Parman International in deze zaak gevorderd de Centrale Bank te bevelen de noodregeling in te trekken en de al genomen maatregelen en besluiten te schorsen en de Centrale Bank te bevelen om met Parman International in overleg te treden met als doel een voor alle partijen acceptabele herstructurering van Ennia overeen te komen. De vorderingen van Parman International zijn afgewezen. In het vonnis is onder meer geoordeeld:

4.19. Al het voorgaande brengt het Gerecht tot de conclusie dat niet aannemelijk is dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat [de Centrale Bank] onrechtmatig heeft gehandeld door over te gaan tot indiening van het verzoek ex artikel 60 lid 1 LTV. Ook is niet aannemelijk dat de bodemrechter oordelend op een rechtsmiddel, (...) tot het oordeel zal komen dat de noodregeling niet moet worden uitgesproken. De situatie is, samenvattend, immers aldus dat Verzekeraars al lange tijd niet voldoen aan de geldende regels op het gebied van solvabiliteit, dat hierin geen verbetering is opgetreden ondanks instructies van [de Centrale Bank], dat een laatste plan is geblokkeerd door de (uiteindelijke) aandeelhouder en dat in plaats daarvan juist een substantieel bedrag uit de groep wordt gehaald. In die omstandigheden is aannemelijk dat (ook) een bodemrechter tot het oordeel zal komen dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers ingrijpen door de toezichthouder vordert en dat dit ingrijpen in de vorm van de noodregeling moet plaatsvinden. (...)

4.24. Het gerecht komt al met al tot het voorlopige oordeel dat de Ennia-vennootschappen gezamenlijk als “verzekeraar” in de zin van de LTV moeten worden beschouwd. [De Centrale Bank] was dus bevoegd om ook ten aanzien van [Ennia Holding] en [Ennia Investments] om toepassing van de noodregeling te verzoeken. (...)

3.54. Op 9 oktober 2019 is tussen ECII en Ennia Investments een overeenkomst van cessie gesloten, waarin is opgenomen dat ECII haar in de periode 2005-2018 ontstane vorderingen op - onder meer - de directe en indirecte aandeelhouders van Ennia Holding cedeert aan Ennia Investments. Op 19 maart 2021 is een soortgelijke overeenkomst van cessie gesloten tussen Energy Equipment International Ltd (hierna Energy Equipment) en Ennia Investments.

*Feiten met betrekking tot de afzonderlijk door Ennia c.s. aan gedaagden verweten gedragingen*

S&S

*Verwijten Ennia c.s.: de investering bracht te grote (concentratie)risico's met zich, er hebben voor Ennia c.s. ongunstige transacties en conversies plaatsgevonden en Ennia c.s. heeft ten onrechte niet volledig mee gedeeld in de winst*

3.55. S&S Inc is een Amerikaanse onderneming die zich richt op de olie- en gasindustrie. S&S Inc produceert en distribueert apparatuur voor deze industrie. Tussen S&S Inc en [A] zijn op 27 september 2005 en 24 oktober 2005 twee overeenkomsten tot stand gekomen ter zake van de koop van alle activa van S&S Inc voor een bedrag van USD 277 miljoen. In dat verband is op 29 november 2005 S&S opgericht door [A]. De *operating agreement* van S&S dateert van 23 januari 2006.

3.56. [A] is vanaf de oprichting van S&S tot en met de verkoop van S&S de voorzitter van het bestuur en het *executive committee* van S&S geweest. Aandeelhouders van S&S waren Parman Capital en (verschillende entiteiten van) Ennia, waaronder BdC Investments B.V. (hierna: BdC Investments). [A] is grootaandeelhouder van Parman Capital. In januari 2006 heeft de raad van commissarissen van Banco di Caribe aan [A] de vrijheid verleend om ter zake van alle investeringen alle besluiten te nemen. Op 19 mei 2006 heeft de raad van commissarissen van Ennia Holding een vergelijkbare bevoegdheid gegeven aan het *investment committee* van Ennia Holding.

3.57. De koopprijs van USD 277 miljoen voor de activa van S&S Inc is voldaan door het aantrekken door [A] van vreemd vermogen van USD 250 miljoen (een lening en kredietfaciliteit bij JP Morgan Chase) en de inbreng van eigen vermogen van USD 70 miljoen. Van deze USD 70 miljoen is USD 5 miljoen (7,1%) ingebracht door Parman Capital tegen uitgifte van 5.000 '*common shares*' in S&S met een nominale waarde van USD 1.000 per aandeel. De *common shares* boden stemrecht en winstrecht. USD 65 miljoen (92,9%) is ingebracht door BdC Investments, tegen uitgifte van 6.500 '*preferred shares, non convertible*' in S&S met een nominale waarde van USD 10.000 per aandeel. De *preferred shares* boden recht op een tot 8% per jaar gemaximeerd rendement. Aan de aandelen was geen stemrecht of winstrecht verbonden.

3.58. Op 17 oktober 2006 heeft BdC Investments 6.000 *preferred shares* in S&S overgedragen aan Ennia Investments tegen betaling van USD 60 miljoen. De betaling is ten laste gekomen van Ennia Leven. In dat kader zijn door Ennia Leven spaardeposito's ter waarde van USD 62 miljoen opgezegd.

3.59. Op 9 november 2006 zijn de 500 door BdC Investments en de 6.000 door Ennia Investments gehouden *preferred shares* geconverteerd naar 1.667 *common shares*. Na deze conversie was het aandelenbelang van BdC Investments en Ennia Investments in S&S gezamenlijk 25%. Het aandelenbelang van Parman Capital in S&S beliep toen 75%. De door Parman Capital gehouden *common shares* waren

aangeduid als *Class B common shares*. Deze aandelen gaven tien stemrechten per aandeel en konden uitsluitend door bepaalde in de statuten aangewezen personen worden gehouden, onder wie [A], zijn vrouw en zijn nakomelingen in rechte lijn, evenals trusts en rechtspersonen in eigendom van deze personen. De *common shares* van Bdc Investments en Ennia Investments hadden één stemrecht per aandeel.

3.60. Op 5 september 2007 heeft een splitsing plaatsgevonden van de common shares in S&S. De aandelenverhoudingen zijn daardoor niet gewijzigd. Na splitsing hielden Bdc Investments en Ennia Investments ongeveer 25 miljoen aandelen in S&S en Parman Capital ongeveer 75 miljoen *Class B*-aandelen.

3.61. Op 16 maart 2009 heeft Ennia Investments met Parman International (handelend namens Parman Capital) een overeenkomst gesloten inzake de koop door Ennia Investments van extra aandelen (15%) in S&S tegen een bedrag van USD 26,7 miljoen. In deze overeenkomst is een terugkoopoptie opgenomen, waarbij Parman Capital het 15% aandelenbelang binnen twee jaar zou kunnen terugkopen tegen betaling van de nominale waarde (USD 26,7 miljoen), vermeerderd met een opslag van 12% per jaar.

3.62. Het bedrag van USD 26,7 miljoen is overgemaakt op de rekening van Parman International. Van dit bedrag is vanuit Parman International USD 3 miljoen overgemaakt aan [D], USD 21,4 miljoen aan [A] en USD 2,3 miljoen aan medeaandeelhouder [T].

3.63. Eveneens op 16 maart 2009 heeft Ennia Investments de resterende aandelen van Bdc Investments overgenomen. De koopsom kwam ten laste van Ennia Leven, waardoor een intercompany-vordering ontstond van Ennia Leven op Ennia Investments. Met deze tweede koopovereenkomst van 16 maart 2009 kwam het belang van Ennia Investments in S&S uit op 40%.

3.64. In 2011 is door Goldman Sachs een waardering van de *equity value* (aandelenwaarde) van S&S uitgevoerd. In het rapport van 5 april 2011 is de *equity value* op een bandbreedte van USD 780 miljoen – USD 1,7 miljard gewaardeerd. In een rapport van Wells Fargo van 7 april 2011 komt de *equity value* van S&S uit op een bedrag tussen USD 1,16 miljard – USD 1,44 miljard.

3.65. Ennia heeft in de periode van 2008 tot 2011 voor een bedrag van (ongeveer) USD 127 miljoen obligaties gekocht in S&S. De obligaties hadden een looptijd tot 2014 en S&S was over het nominale bedrag van de obligaties een rente van 10% per jaar verschuldigd. De obligaties zijn in 2013 omgezet in aandelen aangeduid als *adjustable rate non-cumulative perpetual preferred units – series 1*, (hierna: *preferred units 1*), tegen een nominale waarde van USD 141,96 miljoen en een tot 6% per jaar gemaximeerd rendement. De *preferred units 1* hebben een onbepaalde looptijd. Er is geen sprake van stemrecht of recht op winstdeling boven de

bepaalde rentevoet. Overdracht is enkel mogelijk na goedkeuring door de houders van *common shares*.

3.66. Op 17 december 2012, nadat door Ennia Investments de twee nieuwe entiteiten EC International Cy Ltd en ECII waren opgericht (zie ook onder 3.34), heeft Ennia Investments alle door S&S uitgegeven aandelen en obligaties ingebracht in EC International Cy Ltd. Daarna zijn deze activa verplaatst naar ECII en op 21 december 2012 naar de US Branch van ECII.

3.67. Op 22 mei 2014 heeft de CFO van Ennia Holding, [U] (hierna: [U]) een notitie opgesteld voor [C] en [B] over de waardering van de S&S *common units*. In deze notitie staat onder meer:

**Impairment test fiscal 2013** – As per the January 31, 2014 audited S&S financial statements the fair value of the S&S Common Units were determined to be US\$ 11 per common unit by an independent, third party valuation of S&S in connection with a share-based compensation plan. Based on the above and the total S&S Common Units outstanding of 56,025,210, [ECII] share of 40% results in a valuation of US\$ 247 million.

3.68. Op 26 juni 2014 is het gehele belang van ECII in S&S (40%) verkocht aan Parman Capital voor een bedrag van USD 133,4 miljoen, in ruil waarvoor ECII een schuldbekentenis (*promissory note*) ontving. De rente over de schuldbekentenis bedroeg 4% per jaar en de looptijd tien jaren met een mogelijkheid tot eerdere aflossing. Voorafgaand aan deze transactie is via e-mail gecorrespondeerd tussen [B] en [H]. [H] was in de betreffende periode werkzaam als advocaat bij het kantoor Jones Day. [H] was (tevens) adviseur van het bestuur van S&S. In een e-mail van 28 april 2014, met als onderwerp '*draft promissory note*', staat het volgende:

Here's a draft of a note that could serve to be consideration for the transfer by [ECII] of its 40% of the S&S common units to Parman (Delaware).

I assumed that this needs to look and feel like a bona fide enforceable instrument.

Accordingly, it contains the general terms and conditions that one would expect to find in a transaction between unrelated parties.

(...)

3.69. Op 4 september 2015 heeft [H] een e-mail gestuurd aan [C] over de omzetting van de *promissory note* in *preferred units*. Daarin staat onder meer:

At Mr. [A]'s request, attached is a draft letter from [ECII] to S&S pursuant to which [ECII] offers to exchange that certain promissory note dated June 26, 2014 in the original principal amount of \$ 133,411,778, (together with (i) a refund of the cash interest paid thereon, \$ 5,336,472, and (ii) interest accrued thereon through September 26, 2015 (the effective date of the exchange) for 140,093 Preferred Units - Series 2.

De door [H] opgestelde conceptbrief is, nadat deze is gezien door [C] en [B], ongewijzigd op 16 september 2015 verzonden door ECII aan S&S.

3.70. De *promissory note* is op 26 september 2015 beëindigd tegen uitgifte van



140.093 preferente aandelen (*adjustable rate non-cumulative preferred units- series 2*, hierna: *preferred units 2*) in S&S tegen een nominale waarde van USD 140,093 miljoen. De *preferred units 2* hebben een onbepaalde looptijd. Er is geen sprake van stemrecht of recht op winstdeling boven de bepaalde rentevoet. De rentevoet bedraagt maximaal 6% per jaar. Overdracht is (enkel) mogelijk na goedkeuring door de houders van *common shares*. In een door KPMG in september 2016 opgemaakt rapport wordt een aantal aan de *preferred units 2* verbonden nadelen benoemd.

3.71. Op 26 april 2016 is door PWC een waarderingsrapport ten aanzien van S&S uitgebracht. De *equity value* van S&S is per 30 juni 2015 geschat op USD 690-770 miljoen. Uitgaande van deze waardering zou een belang van 40% een waarde vertegenwoordigen van USD 219-252 miljoen.

3.72. Eind 2017 heeft S&S haar activa verkocht aan Kirby Corporation (hierna Kirby) voor een bedrag van USD 744,5 miljoen. Van dit bedrag heeft Ennia een bedrag van in totaal USD 286 miljoen ontvangen (38% van de opbrengst): op 13 september 2017 een bedrag van USD 145 miljoen en op 26 oktober 2017 2.262.883 aandelen in Kirby, die op het moment van de activa-verkoop een waarde vertegenwoordigden van USD 141 miljoen. Het bedrag van USD 286 miljoen was gebaseerd op de nominale waarde van de *preferred units 1* (USD 141,96 miljoen), de nominale waarde van de *preferred units 2* (USD 140,09 miljoen) en de opgebouwde interest over de *preferred units 1 en 2* (respectievelijk USD 1,02 miljoen en USD 3,11 miljoen).

#### *Olieplatforms*

*Verwijten Ennia c.s.: deze investering was enkel in het belang van S&S en Ennia c.s. heeft bij de verkoop verlies geleden*

3.73. In 2009 heeft Energy Equipment (eerst een dochtermaatschappij van BdC Investments en daarna van Ennia Investments, zie ook onder 3.54) een aantal mobiele olieplatforms (*oil rigs*) gekocht bij S&S. Op 11 november 2009 zijn drie olieplatforms gekocht voor een totaalbedrag van USD 16.492.308. Op diezelfde dag zijn nogmaals drie olieplatforms aangekocht voor een totaalbedrag van USD 20.976.924. Beide overeenkomsten zijn namens Energy Equipment getekend door [E]. De betaling is verricht vanuit Banco di Caribe. De CEO van Banco di Caribe heeft in een e-mail van 13 december 2010, in het kader van de betaling van de olieplatforms, het volgende geschreven aan [B], [E] en [V]:

I will make the payments

However, I want to make sure that everyone understands that this is violation with Central Bank Regulations which states that we may not invest for more than ANG 22 mln (10% of equity) in any one vehicle (and they consider oil rigs as an investment since it is not "banking" related and it is consolidated). We are already at ANG 33 mln. They will be making a point of this in our on site inspection report. (...)

3.74. In juli 2011 is door Energy Equipment een olieplatform verkocht voor een bedrag van USD 7.444.148. In juni 2013 is een olieplatform verkocht voor USD 6.992.308. In september 2017 zijn de resterende vier olieplatforms verkocht voor een totaalbedrag van USD 12 miljoen. De verkoopovereenkomst is namens Energy Equipment getekend door [C]. Alle olieplatforms zijn terugverkocht aan S&S.

#### *Mullet Bay*

*Verwijten Ennia c.s.: Mullet Bay is bewust overgewaardeerd en het concentratierisico was te groot*

3.75. Mullet Bay is een in Sint Maarten gelegen perceel van ongeveer 67,7 hectare, waarvan 40 hectare golfterrein. Mullet Bay is ondergebracht in SunResorts. Mullet Bay was een golfresort en *timeshare* locatie en is in de jaren '80 aangekocht door onder anderen [A]. In 1995 is Mullet Bay aangetast door de orkaan Luis, met schade aan de bebouwing. Het Towers Hotel is overgebleven en nog in gebruik. Voor het overige is het terrein grotendeels niet verder (her)ontwikkeld.

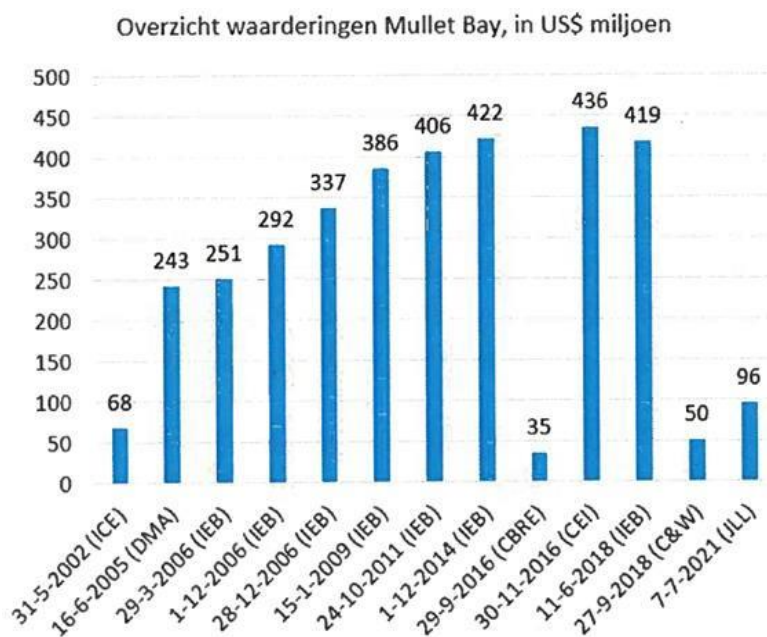
3.76. In 2005 en 2009 heeft [A] via Parman International aandelen SunResorts ondergebracht in Banco di Caribe en Ennia Holding.

3.77. Ten aanzien van Mullet Bay zijn verschillende taxatierapporten uitgebracht.

- a) In mei 2002 heeft een waardering plaatsgevonden door Independent Consulting Engineers N.V. (hierna: ICE). ICE heeft de waarde van het land en bijbehorende voorzieningen getaxeerd op USD 68,3 miljoen, waarbij het land op USD 54,7 miljoen werd gewaardeerd (USD 75/m<sup>2</sup>).
- b) In juni 2005 is Mullet Bay getaxeerd door de heer David Morrison. De waarde van het land is getaxeerd op USD 242,5 miljoen (USD 337/m<sup>2</sup>).
- c) In maart 2006 heeft een taxatie plaatsgevonden door de heer Toon Valkenburg vanuit zijn bedrijf Independent Expertise Bureau N.V. (hierna: IEB). IEB komt uit op een (markt)waardebepaling van USD 250,8 miljoen (USD 365/m<sup>2</sup>). In het rapport staat vermeld:  
(...) This survey is superficial in its nature. No aspect of any building or structure were studied in depth. (...) Due to the limited time available, none of the documentation and information received from either the cadastre or VROM was studied in detail. (...)
- d) Op 1 december 2006 heeft IEB Mullet Bay getaxeerd op een marktwaarde van USD 292 miljoen (USD 426,5/m<sup>2</sup>).
- e) Op 28 december 2006 heeft IEB Mullet Bay getaxeerd op een marktwaarde van USD 337 miljoen (USD 492,50/m<sup>2</sup>).
- f) In januari 2009 heeft IEB Mullet Bay gewaardeerd op een marktwaarde van USD 386 miljoen (USD 565/m<sup>2</sup>).
- g) Op 24 oktober 2011 heeft IEB Mullet Bay getaxeerd op USD 406 miljoen (USD 595/m<sup>2</sup>).

- h) Op 1 december 2014 heeft IEB Mullet Bay gewaardeerd op USD 422 miljoen (USD 620/m<sup>2</sup>).
- i) Op 29 september 2016 is een conceptrapport uitgebracht door vastgoedbureau CBRE. In dit rapport is Mullet Bay getaxeerd op USD 35,4 miljoen (USD 53/m<sup>2</sup>).
- j) Op 30 november 2016 heeft het bureau Conseils Evaluations Immobilières (CEI) een taxatierapport uitgebracht. In dit rapport is uitgegaan van de veronderstelling dat het gehele perceel (inclusief de golfbaan) bebouwbaar is. Mullet Bay is getaxeerd op een waarde van USD 436 miljoen (USD 620/m<sup>2</sup>).
- k) Op 11 juni 2018 heeft IEB Mullet Bay gewaardeerd op het bedrag van USD 419 miljoen (USD 620/m<sup>2</sup>).
- l) In opdracht van de Centrale Bank is Mullet Bay op 27 september 2018 door Cushman & Wakefield getaxeerd en gewaardeerd op USD 50 miljoen (USD 75,52/m<sup>2</sup>).
- m) Op 27 januari 2021 is Mullet Bay in opdracht van de Centrale Bank getaxeerd door JLL op een bedrag van USD 96,4 miljoen.

3.78. De waarderingen zijn door Ennia c.s. in onderstaand overzicht opgenomen.



3.79. In de jaarrekening van SunResorts is Mullet Bay in het boekjaar dat eindigde op 31 augustus 2005 opgenomen voor een bedrag van USD 2,2 miljoen. Daarbij is de waarderingsgrondslag gebruikt waarbij wordt uitgegaan van het bedrag waarvoor Mullet Bay oorspronkelijk is aangekocht. Voor de jaarrekening 2005/2006 van SunResorts is een waarderingsgrondslag gebruikt waarbij wordt uitgegaan van de marktwaarde. In het boekjaar dat eindigde op 31 augustus 2006 is Mullet Bay opgenomen voor een bedrag van USD 337 miljoen.

3.80. Zoals hiervoor onder 3.15 opgenomen is op 22 december 2005 en in

december 2006 door [A] via Parman International aandelenkapitaal ingebracht in Banco di Caribe. Parman International heeft dit gedaan in de vorm van aandelen in SunResorts voor een (papieren) waarde van NAf 98,5 miljoen. Na deze inbreng hield Parman International 79,88% van de aandelen in Banco di Caribe. Vervolgens heeft Banco di Caribe voor een (papieren) waarde van NAf 100 miljoen aandelen SunResorts aan Ennia Investments geleverd. Het ging daarbij in totaal om een belang van 22,5% in SunResorts.

3.81. Na de waardering van Mullet Bay in januari 2009 door IEB zijn in maart 2009 via Parman International aandelen SunResorts ingebracht tegen uitgifte van aandelen Ennia Holding voor een waarde van NAf 150 miljoen. In oktober 2010 is voor een bedrag van NAf 348,89 miljoen aan aandelen SunResorts ingebracht. Na deze inbreng hadden Ennia Holding en Ennia Investments 93,3% van de aandelen in SunResorts. Mullet Bay vertegenwoordigde op dat moment 55% van de waarde van de totale activa van de verzekeraars.

3.82. Op 23 april 2009 heeft KPMG, destijds de huisaccountant van Ennia c.s., een memo opgesteld over de waarde van Mullet Bay. KPMG heeft daarover contact gehad met PWC, de externe accountant van SunResorts. In het memo staat onder meer:

(...)

To get comfort with the revaluation of the land [Mullet Bay] KPMG (Marit Beishuizen) had a meeting with PWC (Ton van Kooten) to discuss how they came to the conclusion during their audit that the new value of the land is correct. Below you will find the questions and answers:

- 1) To evaluate the external expert's professional competence, did you consider whether the external expert:
  - has professional certification or licensing by, or membership in, an appropriate professional body, and
  - has experience and reputation in the field for which we are seeking audit evidence.

*The external expert (Ton Valkenburg) has no license, because it is not needed in St. Maarten. It is a 'vrij beroep'. PWC knows that this expert is doing a lot of work for the banks and insurers on St. Maarten. These companies like to do business with him. PWC knows this expert and he performed also valuations with other big projects in Cupecoy (Trade Win I/II) and Divi Little Bay. So he has experience with big projects. He told PWC, that [[B]] asked him to value the land for USD 1000 per M2, but he remained objective and finally to USD 565 per M2.*

(...)

3.83. Na het uitbrengen van het conceptrapport door CBRE (3.77 onder i) heeft [U] in reactie op dit rapport aan CBRE gevraagd of de taxatie alleen The Towers betreft, of het gehele terrein inclusief golfbaan, nu de getaxeerde waarde 10% betreft van de eerdere taxaties. CBRE antwoordt daarop dat het de taxatie van het gehele terrein betreft. Op 27 oktober 2016 vraagt [U] per e-mail aan [B], [C] en [M] wat hij aan CBRE kan vertellen. In reactie daarop antwoordt [B] aan (alleen) [C]:

I didnt copy the others. The Ambassador doesn't want to use them. He wants to choose the firm (...)

“Ambassador” was een benaming en aanspreektitel die bestuurders en commissarissen van Ennia c.s. bezigden voor [A].

3.84. Vervolgens is het bureau CEI ingeschakeld (3.77 onder j). CEI heeft Mullet Bay getaxeerd op USD 436 miljoen. In het op 30 november 2016 uitgebrachte rapport staat vermeld:

The analyses of the market value is based on the assumption of the sale of a building land to developers and investors. (...) The valuation assignment includes the present value of the Golf Course as a buildable land.

In reactie op dit rapport heeft [M] op 27 januari 2017 aan CEI een e-mail gestuurd waarin onder meer staat:

Our auditor wants to understand more in depth besides the valuation report how the appraisal was performed and how the market value of \$ 436.1 million was determined.

In reactie daarop heeft CEI diezelfde dag bericht:

(...)

We are kind of surprised that you did not explain this yourself to your auditor. Indeed, as you well know, we were asked (likewise with the former local valuer) to consider this large & magnificent piece of land (70 ha) as fully buildable provided that building permits for many big constructions (for instance: 45 m high) are easily to obtain. It was also mentioned that negotiations with Chinese investors + club Med (major shareholder is Fosun) were on the way...

Because as it is today: a golf course loosing money, the value would be near zero.

As we told you & your advisor Accuracy since day one. (...)

Op 26 maart 2017 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van KPMG, CEI en Ennia over het door CEI uitgebrachte rapport. In het daarvan opgemaakte memo staan als opmerkingen van CEI onder meer opgenomen:

(...)

It was difficult to approach the capacity of the market to buy this land as fully buildable land.

(...)

Possibly there was not enough done on our part. Therefore we also are uncomfortable with the present value.

(...)

If considered that the 400 million to a fully develop land and the building permits spent by the city of St. Maarten, it could be worth 400 million.

But if used with a discount value of 5% per year, the value will be USD 200 million.

We were told to be in line with the former local valuer.

The value is what can be built on it, even though it is beautiful and big. It was unusual, and feel uncomfortable with the word present. Unsure about this. (...)

3.85. KPMG heeft op 22 maart 2017 aan de raad van commissarissen en het bestuur van Ennia c.s. een brief gestuurd in verband met de accountantscontrole over de jaren 2014 en 2015. Daarin staat over Mullet Bay onder meer:

(...) Regretfully, we have not seen sufficient concrete progress and resolutions on the remaining significant outstanding matters, which are critical for our audit

procedures and finalization of the 2014 and 2015 audits and which are the following:

- Clarity on the information provided to us pertaining to the underlying valuation assumptions used for the valuation of the Investment Property in Sint Maarten and the effect thereof on the available valuation reports. There is a significant difference in valuation between the draft CBRE report and those reports of both CEI en IEB; (...)

KPMG stelt dan het volgende voor:

- A formal conclusion on the valuation of the land at Mullet Bay which is the most significant asset covering the outstanding exposure of [Ennia Leven], [Ennia Schade] en [Ennia Zorg]. Due to the significant valuation difference between the 3 valuatoren hired by Ennia, we have proposed to the Management Board of Ennia to arrange a process in which the three current valuator will receive the same relevant information, documentation and assumptions (timeline of the sale, premises, cadastral recherche, time horizon of sale or development, sale in bulk, or in pieces of land etc.) and under guidance of an independent knowledgeable party come to a well-supported fair market value of the land at Mullet Bay; (...)

Het voorstel van KPMG is niet uitgevoerd. De controleopdracht aan KPMG is ingetrokken. Baker Tilly Curaçao (BTC) is KPMG opgevolgd als accountant.

3.85.1. In een uitspraak van 21 januari 2021 heeft de Accountantskamer een klacht van de Centrale Bank en Ennia c.s. met betrekking tot de wijze waarop is omgegaan met de controle-informatie ten aanzien van Mullet Bay gegrond bevonden en onder meer op grond daarvan aan een aan BTC verbonden accountant een tuchtrechtelijke maatregel opgelegd. De Accountantskamer overwoog onder meer dat de accountant voor wat betreft de waardering van Mullet Bay meerdere 'red flags' niet heeft onderkend, althans daar niet op is aangeslagen, en dat hij door de verrichte taxaties onvoldoende professioneel-kritisch te beoordelen in strijd heeft gehandeld met het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid.

#### *Dividenduitkeringen*

*Verwijten Ennia c.s.: de uitkeringen hadden niet kunnen en mogen plaatsvinden bij een juiste waardering van Mullet Bay, de benodigde besluiten zijn niet altijd genomen zoals vereist in de statuten*

3.86. Parman International heeft in de periode 2009 tot 2015 onttrekkingen uit Ennia c.s. gedaan door middel van het laten doen van (dividend)uitkeringen op door haar gehouden aandelen in (eerst) Banco di Caribe en (vervolgens) Ennia Holding. In de statuten van Ennia Holding is over het doen van (dividend) uitkeringen onder meer het volgende opgenomen:

#### Article 12

1. Annually such amount may be written off from the assets of the corporation and/or may such amount or amounts be reserved for special purposes, as shall be deemed advisable by the managing board subject to the approval of the Supervisory Board.

2. The Supervisory Board shall determine which portion of a surplus balance of the profit and loss account the company profits shall be added to the reserves.
3. The then remaining surplus balance of the profit and loss account shall be considered as profits available for distribution.
4. These profits available for distribution are at the disposal of the general Shareholders' Meeting, with due observance, however, of the provision in the following paragraph.
5. If, and insofar as, it is not resolved to add the entire profits to the reserves, then first and foremost a dividend shall be declared to the holders of the priority shares A (...)
 

[volgen regels over de verdere verdeling van het voor uitkering beschikbare bedrag onder de diverse categorieën aandeelhouders, opmerking Hof]
7. Resolutions concerning an addition of profits to the reserves in whole or in part, shall only be adopted in a General Shareholders' Meeting, at which all outstanding priority shares A are represented and provided that on all-such shares the vote was cast in favour of the proposal, unless the preferential dividend of nine percent (9%) of the year concerned and all the previous years was distributed on the priority shares A.
8. The managing board is authorized after prior approval from the meeting of the holders of the priority shares A, to distribute interim dividends as an advance payment in anticipation of the profits to be expected, such with due observance of the preferential rights of the holders of the priority shares A.
 

(...)

Article 14

If it appears from the confirmed and adopted profit and loss account in any given year, that the corporation sustained a loss in said financial year, which cannot be covered from the reserves, or be redeemed in any other way, no dividends shall be distributed in the subsequent years, until such loss has been cleared off.

(...)

3.87. In de periode van 2011 tot en met 2015 is een aantal aandeelhoudersbesluiten dan wel bestuursbesluiten genomen met betrekking tot verschillende (vormen van) uitkeringen aan de aandeelhouder van Ennia Holding. De besluiten betreffen uitkeringen tot een totaal van NAf 33 miljoen en USD 76.406.343.

3.88. Op 27 juli 2012 hebben [W], secretaris van Ennia Holding, (hierna: [W]) en [B] via e-mail contact met elkaar gehad. [W] stuurt allereerst:

(...) With my apologies for possibly spoiling your day, there are no 2012 shareholders' resolutions signed by the (Priority A) or Common (B) shareholder [Parman International].

However:

Attached is the April 2012 resolution authorizing the tax distribution signed by the Management Board.

*This should be (should have been) preceded by pre-approval of the general meeting of shareholder A according to article 11 paragraph 8 of the articles of incorporation. Note that the articles do not explicitly mention that said approval should be by resolution.*

and:

again with my apologies for being repetitious, we still do not have a resolution by the shareholder approving the 2011 Financial Statements of [Ennia Holding] and other related items (appointment Directors, appointment Auditor, etc.) (...)

[B]:

(...) Thi[s] is even better (...)

[W]:

I don't understand!?

[B]:

It is better that there are no resolutions

3.89. Bij e-mail van 2 april 2014 is door [U] aan (onder meer) [B] en [C] het volgende bericht over het uitkeren van dividend:

All, I consulted with [...] yesterday. According to her the dividend is in conflict with the articles of incorporation. The law is not specific about this matter.

She recommended to take a new resolution in which the attached dividend is annulled and that the \$10M is distributed as a return of share premium.

(...)

#### *Donaties*

*Verwijten Ennia c.s.: de donaties zijn buitensporig en hebben geen enkel raakvlak met Ennia c.s. of de regio waarin Ennia c.s. actief is*

3.90. In de jaren 2010, 2011, 2013 en 2014 zijn volgens opgave van Ennia c.s. voor een bedrag van in totaal NAf 20.791.679 donaties gedaan vanuit Ennia Investments en Ennia Holding. Het gaat om donaties aan het United Peace Institute (NAf 11.830.000), Museum of Fine Arts (NAf 2.184.000), Points of Light (NAf 1.456.000), Taking Charge Foundation (NAf 728.000), Pentagon Memorial Fund (NAf 546.000), [X] Institute (NAf 1.001.000), International Crises Group (NAf 455.000), [A] Foundation (NAf 389.470) en de Cesar Foundation (NAf 382.500). De betreffende (goede) doelen zijn, met uitzondering van de (Sint Maartense) Cesar Foundation, gevestigd in de Verenigde Staten. Daarnaast zijn donaties gedaan aan president [MM] (NAf 1.820.000).

3.91. Met betrekking tot een donatie aan de Cesar Foundation van NAf 45.500 heeft [E] per e-mail van 25 februari 2010 aan [W] bericht:

Wil je deze donatie in gang zetten zonder de verdere details te onthullen (dus niet deze mail doorsturen)? Op [Ennia Investments] uiteraard. (...)

#### *Betalingen niet voor Ennia werkzame adviseurs en personen*

*Verwijten Ennia c.s.: Ennia c.s. heeft ten onrechte betaald voor adviseurs en andere personen die niet in het belang van of voor Ennia c.s. werkten*

3.92. Vanuit verschillende entiteiten van Ennia c.s. zijn in de jaren 2006 tot en met 2017 bedragen betaald aan adviseurs van [A] en Parman International. De facturen van de betreffende adviseurs (onder wie [H]) werden door [A] doorgeleid aan [B]. De betaling werd in de meeste gevallen vanuit Ennia



Investments verricht. Het gaat volgens opgave van Ennia c.s. in totaal om een bedrag van NAf 6.136.250.

3.93. In de periode 2008 tot en met 2018 is door (verschillende entiteiten van) Ennia c.s. volgens opgave van Ennia c.s. een bedrag van NAf 10.805.610 betaald aan salarissen van personen die geen arbeidsovereenkomst met Ennia c.s. hadden. Deze personen waren veelal verbonden aan (andere bedrijven van) [A].

3.94. Vanuit voornamelijk Ennia Holding en Ennia Investments zijn in de periode januari 2011 tot november 2017 daarnaast bedragen betaald aan (persoonlijk) assistenten van [A]. In totaal gaat het volgens opgave van Ennia c.s. om een bedrag van NAf 901.980.

3.95. In totaal is volgens opgave van Ennia c.s. voor een bedrag van (minstens) NAf 14.330.762 betaald aan adviseurs en personen die niet voor Ennia entiteiten werkzaam waren, zoals weergegeven in onderstaande tabel.

Begunstigde	Periode	betaald door	totale betaling (NAf)
PWC Houston	2007-2017	Ennia Investments	1.700.000
[G]	2014	Ennia Investments	3.640.000
[H]	2016-2018	Ennia Investments	796.250
[Y]	2008-2018	Ennia Investments Ennia Holding	3.845.575
[Z]	2010-2017	Ennia Investments Ennia Holding	2.544.977
[AA]	2011-2017	Ennia Investments Ennia Holding	235.320
[BB]	2011-2017	Ennia Investments Ennia Holding	233.811
[CC]	2011-2017	Ennia Investments Ennia Holding	165.221
[DD]	2011-2017	Ennia Investments Ennia Holding	140.184
[EE]	2011-2017	Ennia Investments Ennia Holding	127.444

### *Beloningen commissarissen en reis- en verblijfkosten*

*Verwijten Ennia c.s.: de vergoedingen voor en de reis- en verblijfkosten van de commissarissen van Ennia c.s. zijn buitenproportioneel*

3.96. De vergoeding voor commissarissen bij Ennia c.s. bedroeg rondom de overname van Ennia in 2005/2006 bruto NAF 52.780 per jaar. In een memo over de commissarisvergoedingen over het jaar 2006 staat vermeld dat de bestaande commissarissen, evenals de nieuwe commissarissen, een bedrag dienen te ontvangen van netto USD 6.250 (NAF 11.375) per kwartaal.

3.97. In de periode 2006 tot en met 2018 zijn aan (een aantal van) de commissarissen van de raad van commissarissen van Ennia Holding naast de vergoedingen bonussen toegekend. In totaal is aan commissarissen aan vergoedingen en bonussen volgens opgave van Ennia een bedrag van NAF 18.624.924 toegekend, zoals weergegeven in onderstaande tabel.

<b>Commissaris</b>	<b>Periode</b>	<b>totale beloning (NAF)</b>
[D]	2009-2018	1.301.380
[T]	2006-2018	1.539.158
[FF]	2006-2018	1.573.738
[P]	2016	67.420
[GG]	2006-2014 en 2018	7.771.303
[S]	2008-2016	1.560.150
[HH]	2006-2009	281.479
[II]	2006-2018	1.573.738
[Q]	2008-2018	2.956.557

3.98. De reis- en verblijfkosten en kosten van bijeenkomsten van de raad van commissarissen van Ennia Holding bedragen over de periode 2006 tot 2018 volgens opgave van Ennia ongeveer NAF 4.407.177.

3.99. De frequentie van vergaderen van de raad van commissarissen van Ennia Holding was drie à vier keer per jaar en incidenteel vaker indien dit nodig werd geacht.

### *Uitkoop eigenaren van verwoeste Mullet Bay appartementen*

*Verwijten Ennia c.s.: mede gelet op de waarde van Mullet Bay is voor de uitkoop een te hoog bedrag ten laste van Ennia c.s. gebracht*

3.100. Op 20 juli 2006 is tussen Resorts Caribe, SunResorts en Ennia Investments een overeenkomst gesloten op basis waarvan de rechten van SunResorts uit een schikkingsovereenkomst (tussen SunResorts en appartementseigenaren van wie de appartementen waren verwoest door orkaan Luis in 1995) worden overgedragen aan Resorts Caribe. SunResorts zou jaarlijks recht hebben op 20%

van de pre-taks winst van Resorts Caribe. De hiervoor genoemde schikkingsovereenkomst hield onder meer in dat de appartementseigenaren hun appartementsrechten verkochten.

3.101. Op 29 september 2006 heeft Resorts Caribe de koopsom van USD 31.714.000 voldaan, waardoor zij het economisch eigendom verkreeg van de appartementen en de bijbehorende grond. Eveneens op 29 september 2006 is door Ennia Investments een bedrag van USD 35 miljoen overgemaakt aan Resorts Caribe. Het resterende geld, evenals een uitkering van de verzekeraar van USD 6 miljoen, is op 12 maart 2007 gebruikt om het recht van SunResorts op 20% van de winst af te kopen voor een bedrag van USD 8,5 miljoen.

#### *NetJets*

*Verwijten Ennia c.s.: het gebruik van privévliegtuigen is onnodig voor een verzekeraar als Ennia c.s. en de kosten zijn te hoog, [A] heeft bovendien privé gebruik gemaakt van de vliegtuigen*

3.102. In 2007 en 2008 heeft Ennia Investments geparticipeerd in twee vliegtuigen uit de NetJets-vloot. NetJets is een Amerikaanse luchtvaartmaatschappij die zich richt op het verzorgen van privévluchten. Ennia Investments heeft daarvoor een bedrag betaald van NAF 9.168.250. Op 31 januari 2014 is een overeenkomst getekend tussen Ennia Investments en (entiteiten uit) de NetJets-groep strekkende tot de koop van 12,5% van de rechten met betrekking tot een Cessna en 12,5% van de rechten met betrekking tot een Bombardier. Hiervoor is op 10 december 2014 een koopprijs van NAF 4.649.792 betaald (na inruil van de oude aandelen). De waarborgsom ter hoogte van NAF 728.000 voor de oude vliegtuigen is teruggestort aan Ennia Investments. In de hiervoor genoemde overeenkomst is aan de zijde van de NetJets-groep [A] opgenomen als 'owner's principle contact'.

3.103. Ennia Investments heeft in de periode 2007 tot 2017 gemiddeld ongeveer NAF 2.000.000 per jaar betaald voor het gebruik van de vliegtuigen.

#### 4. Het geschil

##### *De vorderingen van Ennia in eerste aanleg*

4.1. In deze rechtszaak heeft Ennia c.s. in eerste aanleg, na vermindering van eis, gevorderd dat het Gerecht, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I

*primair*

a) voor recht verklaart dat alle gedaagden, dan wel alle volgens het Gerecht daartoe in aanmerking komende gedaagden, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die Ennia c.s. als gevolg van het onrechtmatig handelen van

die gedaagden heeft geleden en nog zal lijden;

b) gedaagden hoofdelijk veroordeelt:

- i. tot betaling aan Ennia c.s. van schadevergoeding, en de omvang van de te vergoeden schade vaststelt op de som van concrete schadeposten, zoals omschreven in paragraaf 8.3 van de conclusie van repliek, welke som NAF 1.128.710.198 althans NAF 912.051.306 of minimaal NAF 600.591.305 bedraagt; te vermeerderen met de wettelijke rente zoals omschreven in paragraaf 8.4 van de conclusie van repliek, althans
- ii. tot betaling aan Ennia c.s. van schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

*subsidiair, voor het geval dat het primair gevorderde niet, althans niet jegens iedere individuele gedaagde wordt toegewezen,*

a) voor recht verklaart dat iedere gedaagde (ieder voor zich) aansprakelijk is voor de schade die Ennia c.s. als gevolg van het onrechtmatig handelen heeft geleden en nog zal lijden; en

b) [A] veroordeelt tot betaling aan Ennia c.s. van schadevergoeding, en de omvang van de te vergoeden schade vaststelt op:

- i. de som van concrete schadeposten, zoals omschreven in paragraaf 8.3. van de conclusie van repliek, welke som NAF 1.128.710.198 althans NAF 912.051.306 of minimaal NAF 600.591.305 bedraagt; te vermeerderen met de wettelijke rente zoals omschreven in paragraaf 8.4 van de conclusie van repliek, althans
  - ii. tot betaling aan Ennia c.s. van schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet; en
- c) de overige gedaagden (ieder voor zich) veroordeelt tot betaling aan Ennia c.s. van schadevergoeding, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

*meer subsidiair, indien en voor zover het primair en subsidiair gevorderde wordt afgewezen of toewijzing van het hiervoor onder primair en subsidiair gevorderde niet leidt tot aansprakelijkheid van gedaagden (hoofdelijk, dan wel ieder voor zich) voor het gehele bedrag van de onttrekkingen zoals bedoeld in paragraaf 4.4 van het verzoekschrift en paragraaf 8.3.2 van de conclusie van repliek,*

Parman International en de overige gedaagden - voor zover zij aandeelhouder zijn van Parman International - (ieder voor zich) op grond van ongerechtvaardigde verrijking dan wel onverschuldigde betaling veroordeelt tot (terug)betaling aan Ennia Holding van een bedrag ter grootte van het deel van die onttrekkingen dat niet op grond van de primaire en subsidiaire vordering voor vergoeding in aanmerking komt, te vermeerderen met de wettelijke rente zoals omschreven in paragraaf 8.4. van de conclusie van repliek;

II

a) gedaagden hoofdelijk veroordeelt in de kosten die Ennia c.s. heeft

gemaakt ter voorkoming of beperking van de schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet; en

b) gedaagden hoofdelijk veroordeelt in de kosten die Ennia c.s. heeft gemaakt ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

zowel a) als b) te vermeerderen met wettelijke rente zoals omschreven in paragraaf 8.4 van de conclusie van repliek, en

c) gedaagden hoofdelijk veroordeelt in de kosten van deze procedure, met bepaling dat de proceskosten binnen twee weken na dagtekening van het eindvonnis moeten worden betaald, alsmede in de gebruikelijke nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf twee weken na dagtekening van het vonnis.

#### *De beslissing van het Gerecht*

4.2. Bij het bestreden vonnis van 29 november 2021 heeft het Gerecht de vorderingen van Ennia c.s. grotendeels toegewezen. De beslissing van het Gerecht luidt als volgt.

“Het Gerecht:

*terzake S&S*

6.1. veroordeelt [A] en [D] hoofdelijk tot betaling aan Ennia Investments van NAF 743.940.000, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 13 september 2017 tot aan de dag van algehele voldoening;

*terzake (dividend)uitkeringen*

6.2. veroordeelt [A], Parman International, [D], [B] en [C] hoofdelijk tot betaling aan Ennia Holding van NAF 188.975.969, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het moment dat de afzonderlijke (dividend)uitkeringen aan Parman International zijn betaald tot aan de dag van algehele voldoening;

*terzake donaties*

6.3. veroordeelt [A] en [E] hoofdelijk tot betaling aan Ennia c.s. van NAF 10.574.500 en [A], [B] en [C] voorts hoofdelijk tot betaling aan Ennia Investments van NAF 10.217.470, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het moment van betaling van de desbetreffende donaties tot aan de dag van algehele voldoening;

*terzake kosten adviseurs*

6.4. veroordeelt [A] en [B] hoofdelijk tot betaling aan Ennia Investments van NAF 4.436.250 en [A] voorts tot betaling van NAF 1.700.000, te

vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het moment van betaling van de desbetreffende kosten tot aan de dag van algehele voldoening;

*terzake salarissen aan personen die niet in dienst waren*

6.5. veroordeelt [A] en [E] hoofdelijk tot betaling aan Ennia c.s. van NAf 608.363, en [A] voorts tot betaling van NAf 788.429 en [A], [B] en [C] voorts hoofdelijk tot betaling van NAf 4.237.392, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het moment van betaling van de desbetreffende kosten tot aan de dag van algehele voldoening;

*terzake beloning commissarissen*

6.6. veroordeelt [A] en [E] hoofdelijk tot betaling aan Ennia c.s. van NAf 315.770, en [A] voorts tot betaling van NAf 1.377.238 en [A] en [D] voorts hoofdelijk tot betaling van NAf 436.440, en [A], [E] en [D] voorts hoofdelijk tot betaling van NAf 1.737.374, en [A] en [D] voorts hoofdelijk tot betaling van NAf 881.064, en [A], [B], [C] en [D] voorts hoofdelijk tot betaling van NAf 9.486.423, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het moment van betaling van de desbetreffende beloningen tot aan de dag van algehele voldoening;

*terzake NetJets*

6.7. veroordeelt [A] tot betaling aan Ennia Investments van NAf 5.522.781, en [A] en [E] voorts hoofdelijk tot betaling van NAf 2.319.730, en [A], [B] en [C] voorts hoofdelijk tot betaling van NAf 19.879.770, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het moment van betaling van de desbetreffende kosten tot aan de dag van algehele voldoening;

*terzake buitengerechtelijke kosten en proceskosten*

6.8. veroordeelt [A] en [D] ieder tot betaling aan Ennia c.s. van NAf 37.500 en ieder van de overige gedaagden tot betaling van NAf 9.000;

6.9. veroordeelt [A] en [D] hoofdelijk in de proceskosten aan de zijde van Ennia c.s. gerezen, tot op heden begroot op NAf 15.000 aan griffierecht, NAf 1.418,92 aan exploitkosten en NAf 100.000 voor gemachtigdensalaris, vermeerderd met nakosten van NAf 250 zonder betekening en NAf 400 met betekening, alle bedragen in geval van uitblijven van betaling te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de uitspraak van dit vonnis;

6.10. compenseert de proceskosten voor het overige aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

6.11. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

6.12. wijst af het meer of anders gevorderde."

4.3. Het Gerecht heeft deze beslissingen gebaseerd op hetgeen samenvattend in 5.148 is overwogen. Deze overweging luidt als volgt.

“In de eerste dertig bladzijden van dit vonnis zijn de feiten vastgesteld op grond waarvan het Gerecht tot het oordeel is gekomen dat gedaagden Ennia c.s. schade hebben toegebracht en dat zij jegens Ennia c.s. schadeplichtig zijn. Vastgesteld is vervolgens dat de vennootschapsstructuur en het beleggingsbeleid van Ennia c.s. na de overname door [F] zodanig zijn gewijzigd, dat het belang van Ennia c.s. en de polishouders niet langer centraal stond. Er is in belangrijke mate niet voldaan aan de bijzondere zorgplicht die geldt voor bestuurders en toezichthouders van een (levens)verzekeraar, zulks in weerwil van zeer kritische observaties vanuit de eigen gelederen en herhaalde waarschuwingen en aansporingen van toezichthouder de Centrale Bank. De specifieke door Ennia c.s. aan gedaagden gemaakte verwijten - in de kern steeds neerkomend op het bewerkstelligen of toelaten van onttrekkingen aan het vermogen van Ennia c.s. waarvoor een redelijke, zakelijke grond ontbrak - zijn deels gegrond. In het bijzonder de gang van zaken rond de investeringen van Ennia c.s. in S&S is voor Ennia c.s. zeer nadelig geweest, nu de daarmee te behalen resultaten goeddeels - tot een bedrag van N Af 743,94 miljoen - zijn overgeheveld naar (andere entiteiten van) [A] en [D]. Ook terecht zijn de verwijten van Ennia c.s. terzake (dividend)uitkeringen en terzake excessieve en onzakelijke uitgaven aan onder meer donaties, beloning commissarissen, privévliegtuigen en vergoedingen aan niet voor Ennia c.s. werkzame personen. De verweren van gedaagden, waaronder hun beroep op verjaring en decharge, slagen op deze punten niet. De vraag naar de aansprakelijkheid van gedaagden is steeds beoordeeld op basis van ieders formele verantwoordelijkheid en ieders eigen gedragingen of nalaten.”

*De vorderingen van Ennia c.s. in hoger beroep (vermindering van eis)*

4.4. In hoger beroep heeft Ennia c.s. haar vorderingen bij akte van 17 februari 2023 verminderd en in principaal en in incidenteel hoger beroep geconcludeerd als volgt.

“Ennia vraagt het Hof het Vonnis te bekrachtigen met inachtneming van de volgende eisenwijziging:

(i) Het totaalbedrag aan Onttrekkingen in principaal hoger beroep van N Af 188.975.969 uit het Verzoekschrift moet worden gelezen als N Af 187.222.071 (zie par. 3), te vermeerderen met de wettelijke rente;

(ii) Het totaalbedrag aan commissarisvergoedingen van N Af 14.234.309 uit het Verzoekschrift moet worden verminderd met N Af 34.580, zodat thans het totale schadebedrag aan commissarisvergoedingen N Af 14.199.729 is (zie par. 6), te vermeerderen met de wettelijke rente;

(iii) Het totaalbedrag aan NetJets-kosten van N Af 27.722.282 uit de akte overlegging producties en eisvermindering van 11 oktober 2021 moet worden verminderd met N Af 315.276 zodat thans het totale schadebedrag inzake NetJets N Af 27.407.006 is (zie par. 8), te vermeerderen met de wettelijke rente.

In incidenteel hoger beroep wijzigt Ennia haar eis als hiervoor toegelicht op de volgende onderdelen:

- iv) Het totaalbedrag aan Onttrekkingen in incidenteel hoger beroep als beschreven in grief 14 moet worden gelezen als NAF 33.627.924 (zie par. 3), te vermeerderen met de wettelijke rente;
- (v) Het totaalbedrag aan reis-, verblijf- en representatiekosten in incidenteel hoger beroep als beschreven in grief 18 van NAF 3.812.203 uit het Verzoekschrift moet worden verminderd met NAF 30.025 zodat thans het totale schadebedrag aan reis-, verblijf- en representatiekosten NAF 3.782.177 is (zie par. 7), te vermeerderen met de wettelijke rente; en

Als gevolg van de wijzigingen in de bovenstaande schadeposten verzoekt Ennia uw Gerecht (het Hof leest: Hof) het Verzoekschrift en de Memorie van Antwoord zo te lezen dat steeds waar de relevante schadebedragen van de Onttrekkingen, donaties, commissarisvergoedingen, reis-, verblijf- en representatiekosten en NetJets zijn vermeld, wordt verwezen naar de in dat kader bijgewerkte schadebedragen zoals vermeld in deze akte.”

4.5. Ennia c.s. heeft voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld. Ennia c.s. vraagt het Hof haar grieven in incidenteel appel te beoordelen in het geval dat het Hof van oordeel is dat het vonnis van het Gerecht geheel of gedeeltelijk behoort te worden vernietigd, en wel op andere gronden dan vanwege de vermindering van eis van Ennia c.s. Zoals uit de navolgende beoordeling blijkt, wordt aan voormelde door Ennia c.s. geformuleerde voorwaarde voldaan. Het Hof betreft om die reden de grieven van Ennia c.s. in incidenteel appel in de beoordeling.

## 5. De (internationale) bevoegdheid van het Gerecht en het Hof

5.1. Partijen hebben noch de bevoegdheid van het Gerecht, noch die van het Hof betwist en zijn in het geding verschenen. Het Hof ziet ook ambtshalve geen aanleiding zich niet bevoegd te achten. Op grond van artikel 103 Rv geldt immers dat de bevoegdheid van het Gerecht ten aanzien van één van de in eerste aanleg gezamenlijk in het geding betrokken gedaagden, meebrengt dat het Gerecht ook ten aanzien van de overige gedaagden bevoegd is, mits tussen de vorderingen tegen de onderscheiden gedaagden een zodanige samenhang bestaat, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen. In dit geval is het Gerecht op grond van artikel 95 lid 1 Rv bevoegd ten aanzien van [C], [E] en Parman International, die woonplaats, respectievelijk zetel in Curaçao hebben. Aan voormelde voorwaarde van samenhang is ook voldaan. Dat is al het geval omdat een van de grondslagen van de vorderingen van Ennia c.s. is dat alle in eerste aanleg gedagvaarde gedaagden op grond van groepsaansprakelijkheid aansprakelijk zijn voor de door Ennia c.s. gevorderde schade.

## 6. Het toepasselijke recht

6.1. Het Gerecht heeft in 4.1 van het tussenvonnis van 18 januari 2021 overwogen dat tussen partijen niet in geschil is dat het recht van Curaçao van toepassing is op de (beoordeling van de) vorderingen van Ennia c.s. [A], Parman International, [C], [B] en [E] hebben hierover in hoger beroep geen andersluidend standpunt ingenomen. Dat brengt mee dat voormelde partijen het toepasselijke materiele recht geen onderdeel van hun rechtsstrijd in hoger beroep hebben gemaakt.



Het Hof zal de vorderingen jegens hen beoordelen naar het recht van Curaçao.

6.2. [D] heeft in hoger beroep in grief 2 het standpunt ingenomen dat alle vorderingen, voor zover die zijn gebaseerd op groepsaansprakelijkheid, naar het recht van de staat Texas, althans een andere staat (van de Verenigde Staten van Amerika) moeten worden beoordeeld. De afzonderlijke vorderingen die betrekking hebben op de investeringen in S&S en de *oil rigs* moeten volgens [D] ook naar het recht van de staat Texas worden beoordeeld. Zij betoogt dat zij niet gehouden mag worden aan de rechtskeuze die mr. Murray in eerste aanleg ook voor haar heeft gemaakt.

Het hof zal de stellingen van [D] over het toepasselijke recht hierna bij de inhoudelijke beoordeling van de door haar genoemde specifieke onderwerpen betrekken, indien en voor zover zij daarbij belang heeft.

## 7. Algemene inleiding van de beoordeling

7.1. [A], [B], [C] en Parman International (die, waar zij gelijklopende of parallelle standpunten innemen, ook gezamenlijk zullen worden aangeduid als [F]) zijn niet alleen van het eindvonnis, maar ook van de tussenvonnissen van 14 september 2020, 26 oktober 2020 en 18 januari 2021 in hoger beroep gekomen. Zij hebben daartegen echter geen grieven gericht. Het Hof ziet ook ambtshalve geen gronden voor vernietiging van die tussenvonnissen.

7.2. [F] heeft – niet ieder op gelijke wijze – in de diverse memories en ter zitting – samengevat – aangevoerd dat de procedure bij het Gerecht geen *fair trial* is geweest als bedoeld in artikel 6 EVRM, omdat stellingen onbesproken zijn gelaten, bewijsaanbiedingen ongemotiveerd zijn gepasseerd en stellingen van Ennia c.s. zonder bewijs zijn aanvaard. Ook verwijten [F] (in de inleiding bij hun memories) en [D] in grief 6 Ennia c.s. dat zij in haar stellingen geen onderscheid maakt tussen de diverse procespartijen, hetgeen hun verdediging zeer bemoeilijkt.

7.3. Het Hof overweegt dat in dit hoger beroep de stellingen en de bewijsaanbiedingen van [F] en [D] opnieuw worden beoordeeld, zodat eventuele tekortkomingen in de procedure in eerste aanleg kunnen worden hersteld. Op de inhoud van de stelplicht van Ennia c.s. gaat het Hof hierna in 8.1. en 8.2. in.

7.4. De Centrale Bank heeft het Gerecht verzocht de noodregeling als bedoeld in artikel 60 LTV uit te spreken ten aanzien van Ennia c.s., welk verzoek op 4 juli 2018 is toegewezen. Vervolgens is de Centrale Bank een onderzoek gestart naar de financiële situatie van Ennia Holding, Ennia Investments, Ennia Leven, Ennia Schade en Ennia Zorg. Ook is onderzoek ingesteld naar handelingen van functionarissen van genoemde rechtspersonen vanaf de periode van overname van de Ennia-groep door Parman International ([A]) tot het van kracht worden van de noodregeling.

7.5. Het Hof stelt voorop dat in deze procedure niet ter beoordeling voorligt of de feiten en omstandigheden die de Centrale Bank ten grondslag heeft gelegd aan het verzoek om de noodregeling uit te spreken deugdelijk zijn. In deze procedure ligt ter beoordeling aan het Hof voor of de op grond van voormelde onderzoeken door Ennia

c.s. in deze procedure aan het Hof gepresenteerde feiten en omstandigheden een deugdelijke feitelijke en juridische grondslag bieden voor toewijzing van de vorderingen van Ennia c.s. Bij die beoordeling zijn de navolgende uitgangspunten van belang.

## 8. Algemene uitgangspunten voor de beoordeling

*Stelplecht en bewijslast in het licht van de feitelijke stellingen van Ennia c.s.*

8.1. Zoals het Gerecht in 4.1 heeft overwogen, verwijt Ennia c.s. aan de toenmalige gedaagden, thans appellanten, kort samengevat, het volgende. Gedaagden hebben niet de belangen van Ennia c.s. en die van de polishouders voor ogen gehad, maar andere (eigen) belangen. In de eerste plaats wordt aan gedaagden verweten dat [A] het kapitaal van Ennia c.s. niet heeft versterkt maar verzwakt, doordat bij Ennia c.s. een (beleggings)beleid is gevoerd dat niet past bij een verzekeraar. Zo heeft [A] vanaf zijn aantreden in 2006 samen met [E], [B] en [C] de controle over de activa overgenomen en hebben zij door wijzigingen in de governance- en vennootschapsstructuur deze activa vervolgens onttrokken aan de zeggenschap van de verzekeraars en de controle door de interne en externe toezichthouders. De activa zijn van de verzekeraars verplaatst naar Ennia Holding en Ennia Investments waardoor omvangrijke intercompany-vorderingen ontstonden die vaak niet (voldoende) waren gedekt, mede gelet op het niveau van de beleggingen. In de tweede plaats wordt gedaagden verweten dat de beleggingen bij Ennia c.s. te riskant en niet passend voor een verzekeraar waren. De belegging in Mullet Bay is structureel (kunstmatig) overgewaardeerd en leverde bovendien geen dividend of rente op. Daarbij werd de financiering (en daarmee het risico) van de beleggingen door Ennia c.s. gedragen, terwijl de voordelen, bijvoorbeeld bij de S&S-transactie, grotendeels aan Ennia c.s. werden onthouden en naar [A] en aan hem gelieerde partijen vloeiden. Daarnaast werden door gedaagden grote bedragen aan Ennia c.s. onttrokken in de vorm van dividenden en andere kapitaalonttrekkingen. Afgezien daarvan werden diverse uitgaven ten onrechte ten laste gebracht van Ennia c.s., zoals het doen van substantiële donaties aan doelen die niets van doen hadden met Ennia c.s. Dit alles, aldus Ennia c.s.

8.2. Het Hof dient in dit hoger beroep opnieuw te beoordelen of bij (ondernemingen van) de rechtspersonen (vennootschappen) van de Ennia-groep betrokken (rechts)personen, in de hoedanigheid van aandeelhouder, (feitelijk) bestuurder of commissaris, onrechtmatig jegens een of meerdere rechtspersonen van die groep hebben gehandeld en schade hebben toegebracht waarvoor zij aansprakelijk zijn. Ennia c.s. beroept zich erop dat de door haar aangevoerde feiten tot het rechtsgevolg moeten leiden dat alle door hen aangesproken (rechts)personen op grond van onrechtmatige daad (of aanvullende grondslagen) aansprakelijk zijn tot de door haar gevorderde bedragen. Dit brengt mee dat in beginsel op Ennia c.s. stelplecht en bewijslast rusten. Omdat iedere rechtspersoon zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is, betekent dit dat het Hof heeft te beoordelen of iedere afzonderlijke vorderende partij (Ennia Holding, Ennia Investments, Ennia Leven, Ennia Zorg, Ennia Schade) jegens iedere afzonderlijke aangesproken partij ([A], Parman International, [D], [B], [C], [E]) een deugdelijke feitelijke grondslag heeft verstrekt, die het oordeel rechtvaardigt dat de afzonderlijke aangesproken personen - groepsaansprakelijkheid daargelaten - jegens een of meer vorderende rechtspersonen schadeplichtig zijn. In zoverre slagen grief III van [A], [C] en [B] en grief 6 van [D]. Voor zover Ennia c.s. met grief 9 in

incidenteel appel betoogt dat met voorbijgaan aan vorenstaand beoordelingskader vorderingen ook aan 'Ennia c.s.' kunnen worden toegewezen faalt deze grief.

8.3. Anderzijds geldt ten aanzien van appellanten dat voor zover zij in hun processtukken het Hof verzoeken 'het in de memorie van persoon X gestelde als hier herhaald en ingelast te beschouwen', het Hof aan een dergelijk verzoek niet zonder meer gevolg geeft. Zonder nadere aanduiding van de concrete stellingen van een andere partij waarop wordt gedoeld, is voor het Hof niet duidelijk waarover het Hof dient te oordelen.

*Uitgangspunten voor de beoordeling van de taakuitoefening van appellanten als functionarissen binnen de Ennia-groep en het belang van de aard van de ondernemingen van de Ennia-groep en relevante regelgeving daarbij.*

8.4. Het Hof betreft bij de beantwoording van de vraag of een concreet handelen (of nalaten) van een bij een vennootschap betrokken functionaris tot diens aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijke taakvervulling (interne aansprakelijkheid ex artikel 2:8 jo 2:14 BW) of onrechtmatige daad (externe aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW) jegens die vennootschap dan wel jegens een andere rechtspersoon leidt, het volgende in de beoordeling, waarbij het Hof deels de overwegingen van het Gerecht ter zake herhaalt.

*De bestuurder*

8.5. Uit de wet volgt een aantal (algemene) verplichtingen voor bestuurders. Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (Curaçao) is laatstelijk gewijzigd per 1 januari 2021. Op deze zaak zijn de bepalingen van vóór 1 januari 2021 van toepassing omdat hier het handelen van voor dat tijdstip ter beoordeling voorligt. Voor zover wordt verwezen naar wetsartikelen, ziet de verwijzing daarom op de voorheen in de desbetreffende periode geldende wetsbepalingen.

8.6. Een bestuurder is belast met het besturen van de rechtspersoon (artikel 2:8 lid 2 BW) en is in dat verband verantwoordelijk voor het te voeren strategisch en financieel beleid, het risicobeleid, het voeren van een goede administratie en de naleving van regelgeving. Een bestuurder dient zich bij de vervulling van zijn taak te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met deze verbonden onderneming (artikel 2:8 lid 3 BW). Over dat belang heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 4 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:799, Cancun Holding II) onder meer overwogen:

"4.2.1. Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (...). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. (...)

Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW [NL], zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. (...) Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen

die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.

Elke bestuurder is gehouden om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken, ongeacht of een bestuurder is benoemd door of op voordracht van de vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding.”

8.7. De mate van de te betrachten zorgvuldigheid en de reikwijdte ervan worden in het onderhavige geval mede bepaald door de volgende feiten en omstandigheden. Daarbij is de hierna vermelde regelgeving van belang. Deze heeft betrekking op de belangen van de polishouders en verzekerden en de daarmee verband houdende solvabiliteitseisen voor ondernemingen die op de verzekeringsmarkt opereren.

8.8. Ennia Schade, Ennia Zorg en Ennia Leven (de verzekeraars) staan op grond van de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (LTV) onder toezicht van de Centrale Bank. In artikel 34 LTV is onder meer bepaald dat een verzekeraar verplicht is toereikende technische voorzieningen aan te houden. Lid 2 van dat artikel bepaalt verder:

“De technische voorzieningen dienen volledig door waarden te zijn gedekt. De Bank kan tegen de aard en de waardering van deze waarden bezwaar maken, aan welk bezwaar de verzekeraar dient tegemoet te komen.”

De memorie van toelichting bij dit artikel luidt onder meer:

“Dwingend vereiste voor het voeren van een technisch verantwoord verzekeringsbeleid is de vorming van toereikende technische voorzieningen. De controle op deze verzekeringsondernemingen dient dan ook in belangrijke mate te zijn gericht op de juiste berekening van deze voorzieningen. De technische voorzieningen vertegenwoordigen de waarde van de tegenwoordige en toekomstige verplichtingen uit de bestaande overeenkomsten van verzekering. Deze verplichtingen dienen volledig te zijn gedekt door congruente activa (...).”

Artikel 36 LTV bepaalt over de solvabiliteitsmarge dat een levensverzekeraar dient te beschikken over een solvabiliteitsmarge van ten minste vier procent van de voorziening voor verzekeringsplichtigen en dat een schadeverzekeraar dient te beschikken over een solvabiliteitsmarge die ten minste vijftien procent van de in het voorgaande boekjaar geboekte bruto premie belooft. Artikel 36 LTV luidt verder:

“3. De solvabiliteitsmarge belooft evenwel tenminste een bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, voor levensverzekeraars onderscheidenlijk schadeverzekeraars vast te stellen bedrag.  
4. In een krachtens artikel 26, zesde lid, vast te stellen model van een staat wordt bepaald welke vermogensbestanddelen de solvabiliteitsmarge kunnen vormen, welke vermogensbestanddelen daarbij een aftrek dienen te vormen, alsmede de mate waarin en de voorwaarden waaronder een en ander geschiedt. De Bank kan tegen de waardering van de vermogensbestanddelen bezwaar maken. (...).”

In de memorie van toelichting bij dit artikel is onder meer vermeld:

“In aanvulling op de technische voorzieningen dient de verzekeraar te beschikken over bufferreserve, de z.g. solvabiliteitsmarge. Dit begrip wordt ook internationaal gebezigd (...) en geeft aan dat het hier gaat om een noodzakelijke waarborg waarover een verzekeraar dient te beschikken.”

In artikel 54 LTV is bepaald:

“Een verzekeraar wiens solvabiliteitsmarge niet voldoet aan de in artikel 36, eerste tot en met derde lid, gestelde eisen, doet aan de Bank binnen de door deze te bepalen termijn en op de door deze te bepalen wijze opgave van de in artikel 35 bedoelde waarden. Van elke wijziging die vervolgens in deze waarden wordt aangebracht, doet hij terstond schriftelijk mededeling aan de Bank.”

8.9. Voor de verzekeraars geldt dat zij een groot lokaal marktaandeel hebben, te weten - ten tijde van het uitspreken van de noodregeling in juli 2018 - 50% van de verzekeringsmarkt in Curaçao, Sint Maarten, Aruba en Bonaire en 80% van de private pensioenmarkt in Curaçao. Dat betekent dat veel mensen voor hun uitkering(en) afhankelijk zijn van de verzekeraars. De verzekeraars dienen ervoor zorg te dragen dat zowel voor de korte termijn (liquiditeit) als voor de lange termijn (solvabiliteit) voldoende financiële middelen beschikbaar zijn om aan hun verplichtingen uit de overeenkomsten met hun polishouders te kunnen voldoen, inhoudende dat zij verzekerde uitkeringen kunnen doen. Daarbij dienen zij er nauwgezet op toe te zien dat aan de bepalingen van de LTV wordt voldaan. In de (memorie van toelichting bij de) LTV is de bescherming van de belangen van de verzekerden en andere gerechtigden op verzekeringsuitkeringen ook als uitgangspunt opgenomen. De zorgvuldigheid die van bestuurders van een verzekeraar wordt gevegd brengt mee dat zij zich voormelde belangen aantrekken en bij de uitoefening van hun taak daarvan blijf geven. Nakoming hiervan dient niet alleen de belangen van de verzekerden, maar is ook in het belang van het bestendige succes van de onderneming.

8.10. Ook uit de navolgende jurisprudentie volgt dat en waarom bestuurders van een verzekeraar zich bij de uitoefening van hun taak de belangen van polishouders en verzekerden moeten aantrekken.

De Ondernemingskamer heeft in haar beschikking van 12 oktober 2016 (ECLI:NL:GHAMS:2016:4056, Delta Lloyd) overwogen dat het standpunt van Delta Lloyd dat haar verzekerden en polishouders behoren tot de belangrijkste stakeholders en dat Delta Lloyd daarom niet alleen de belangen van de aandeelhouders in acht heeft te nemen, geen blijf geeft van een onjuiste opvatting over de door het bestuur bij de vervulling van haar taak in acht te nemen belangen.

In haar beschikking van 5 april 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991, Fortis) heeft de Ondernemingskamer overwogen dat het bestuur van Fortis rekening moest houden met de belangen van degenen die hun belangen aan Fortis hadden toevertrouwd.

In de beschikking is onder meer het volgende overwogen:

“4.3. (...) De vrijheid die het bestuur (...) heeft wordt mede beïnvloed door de aard van de onderneming en de mate waarin de diverse stakeholders en - in sommige gevallen - de samenleving als geheel bij de resultaten van dat beleid belang hebben. Gelet op de

aard van de door Fortis gedreven onderneming, (onder meer) een bank, en gelet op de voormelde daarbij betrokken belangen rust op het bestuur een bijzondere zorgplicht die risico's steeds zorgvuldig en adequaat in het oog te houden, te beoordelen en bij zijn beleidsafwegingen, besluitvorming en optreden te betrekken.

(...)

4.5. (...) Naarmate op een (rechts)persoon (op een bepaald terrein) een zwaardere verantwoordelijkheid rust, zal hij ook scherper moeten opletten, opdat hem geen voor het voeren van een verantwoord beleid relevante feiten en omstandigheden ontgaan, en zal hij zijn besluitvorming – dan ook – moeten doen berusten op een zorgvuldige informatievoorziening, analyse en beoordeling. (...). Het hiervoor genoemde maatschappelijk belang (...) scherpt de norm voor hetgeen op dit punt van haar en haar organen in het kader van zorgvuldig bestuur en beheersing van risico's kon worden verwacht, belangrijk aan.”

8.11. Iedere bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de binnen zijn werkkring gelegen taak (artikel 2:14 lid 1 BW). In de statuten van Ennia c.s. zijn geen bepalingen opgenomen op basis waarvan bepaalde bestuurstaken worden toebedeeld aan een of meer bestuurders. Dat betekent dat een bestuurder op grond van artikel 2:14 lid 2 BW verantwoordelijk is voor alle bestuurstaken. Artikel 2:14 lid 3 BW bepaalt dat iedere bestuurder in ieder geval ook verantwoordelijk is voor de algemene gang van zaken. Daarin is verder opgenomen dat iedere bestuurder is gehouden zoveel mogelijk bij te dragen tot het afwenden van de gevolgen van een schade toebrengend feit. Op grond van artikel 2:14 lid 4 BW zijn alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk indien sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door een bestuurder.

8.12. Voor aansprakelijkheid is daarbij vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt (Hoge Raad 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:146). Bij de beantwoording van de vraag of de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken zoals de aard en ernst van de normschending, de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Ook dient daarbij te worden betrokken of de bestuurder heeft gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, omdat dit, indien dit aan de orde is, als een zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt (zie Hoge Raad 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011 en recent het hiervoor genoemde arrest van 2023). De bestuurder kan ter disculpatie feiten en omstandigheden aanvoeren ten betoge dat hem/haar terzake van het bestuurlijk handelen geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Artikel 2:14 lid 4 BW bepaalt dan ook dat niet (collectief) aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling, mede gelet op zijn werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

8.13. Een bestuurder kan ook aansprakelijk zijn jegens anderen dan de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is, bijvoorbeeld in geval van een door de bestuurder verwijtbaar doen of nalaten ten opzichte van een derde, dat kan worden aangemerkt als onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 BW. In dat geval geldt dat de maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid is of de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

*Voormelde zorgvuldigheidsnormen gelden ook voor bestuurders van Ennia Holding en Ennia Investments*

8.14. Het Hof herhaalt in de eerste plaats wat het Gerecht onder 5.8 heeft overwogen. Ennia Investments is opgericht met het doel om de beleggingen en investeringen te concentreren in één entiteit. De investeringsgelden kwamen grotendeels vanuit de verzekeraars, zodat intercompany-vorderingen ontstonden tussen Ennia Investments en de verzekeraars. Ennia Investments is als zodanig geen verzekeringsbedrijf en stond daarom niet onder toezicht van de Centrale Bank. Datzelfde geldt voor Ennia Holding. Beide entiteiten zijn niettemin onder de noodregeling geplaatst. Daarover is in de beschikking van het Gerecht van 4 juli 2018 (ECLI:NL:OGEAC:2018:160) geoordeeld:

“3.10. (...) Aannemelijk is geworden dat het verzekeringsbedrijf van Ennia wordt uitgeoefend door alle verweersters gezamenlijk, waarbij [Ennia Investments] fungeert als een entiteit waarin de onderliggende activa (goeddeels afkomstig uit door verzekeringnemers afgedragen premies) zijn ondergebracht, en waarbij [Ennia Investments en Ennia Holding] zich bezighouden met het beheer van de gelden en activa ten behoeve van de verzekeringnemers, verzekerden of andere gerechtigden op uitkeringen.

Onbetwist is dat de activa van [Ennia Leven, Ennia Zorg en Ennia Schade] voor 82% bestaan uit leningen aan en vorderingen op gelieerde entiteiten, welke leningen en vorderingen in totaal circa NAF 1,5 miljard bedragen. De Centrale Bank heeft aangevoerd dat zij met de noodregeling primair tot een herstructurering wil komen, om daarmee de solvabiliteit van Ennia te herstellen. Dat is volgens de Centrale Bank slechts mogelijk indien de Centrale Bank in de positie wordt gebracht dat zij de thans bestaande constructie van middellijk beleggen ongedaan kan maken en kan beschikken over de onderliggende activa van het verzekeringsbedrijf. Aannemelijk is geworden dat een noodregeling zonder Ennia Investments en Ennia Holding, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van Ennia niet of nauwelijks zal kunnen dienen. (...)”

8.15. Het Hof overweegt dat de rechtspersonen in de Ennia-groep die een verzekeringsbedrijf uitoefenen, Ennia Leven, Ennia Schade en Ennia Zorg, als gevolg van de herstructurering in die groep en het gewijzigde beleid daarbij, voor hun continuïteit volledig, althans in vergaande mate afhankelijk werden van de continuïteit c.q. financiële situatie van Ennia Investments en Ennia Holding. Immers, vanuit die laatste twee vennootschappen werden met in hoofdzaak de financiële middelen van de verzekeraars de beleggingsinvesteringen verricht en het beleid ten aanzien van - onder andere - het vermogensbeheer bepaald. En alleen die twee vennootschappen konden door nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van de in het kader daarvan ontstane leningsovereenkomsten, door aflossing en betaling van rente aan de verzekeraars de benodigde activa verschaffen om te kunnen voldoen aan de liquiditeits- en solvabiliteitseisen op grond van de LTV. Deze situatie in de Ennia-groep brengt mee dat de zorgvuldigheid die op grond van de aard van de ondernemingen door bestuurders van de verzekeraars dient te worden betracht,

eveneens dient te worden betracht door bestuurders van Ennia Holding en Ennia Investments. Dat deze twee rechtspersonen op grond van de regels van de LTV niet onder het toezicht van de Centrale Bank staan doet daaraan niet af; evenals het Gerecht kijkt het Hof in zoverre door de constructie van de Ennia-groep heen.

*Ook feitelijk bestuurder?*

8.16. In artikel 2:138 BW (voor een nv) en artikel 2:238 BW (voor een bv) is bepaald dat hij die, zonder deel uit te maken van het bestuur, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden, al dan niet krachtens een voor de vennootschap geldende regeling, het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt als ware hij bestuurder, ter zake van dat optreden, voor wat zijn verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden betreft, alsmede voor de toepassing van artikel 9, als bestuurder wordt aangemerkt. (De voor 1 januari 2012 geldende bepaling luidde, voor zover hier van belang, niet wezenlijk anders.) In de Memorie van Toelichting bij artikel 2:138 BW is onder meer opgenomen:

“Artikel 138 is ontleend is ontleend aan artikel 49 Landsverordening Besloten Vennootschap (LBV). Het woord ‘optreedt’ in het eerste lid van artikel 49 LBV is vervangen door “het beleid van de vennootschap bepaalt of mede bepaalt” om aan te sluiten bij de terminologie van artikel 16, negende lid. Een persoon die aan het criterium van artikel 138 voldoet valt a fortiori onder artikel 16, negende lid en daarmee onder artikel 16 in zijn geheel. Intussen blijkt uit de tekst van artikel 138 dat hij ook buiten het in artikel 16 bedoelde geval van faillissement als bestuurder kan gelden. Zoals in de toelichting op artikel 16 is uiteengezet kan ook degene die door het geven van instructies een bepaald beleid afdwingt als beleidsbepaler in de zin van het negende lid van dat artikel gelden. Dat geldt ook hier. (...)”

De bepalingen in het in de MvT genoemde artikel 2:16 BW hebben betrekking op het faillissement van de rechtspersoon en zijn grotendeels gelijk aan de in Nederland geldende bepalingen van de artikelen 2:138 en 2:238 BW [NL].

Zoals volgt uit de tekst van en de toelichting op de artikelen 2:138 en 2:238 BW wordt degene die, als ware hij bestuurder, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden het beleid van de vennootschap (mede) bepaalt, derhalve als bestuurder aangemerkt. Dat betekent dat voor een persoon die handelt als ware hij bestuurder, de wettelijke regels voor bestuurders gelden. Een feitelijk bestuurder is dus, evenals een formele bestuurder, gehouden tot een behoorlijke taakvervulling en is aansprakelijk indien hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor de feitelijk bestuurder van een rechtspersoon in de Ennia-groep gelden dezelfde zorgvuldigheidseisen als die welke het Hof hiervoor ten aanzien van een statutaire bestuurder heeft geformuleerd.

8.17. Ennia c.s. heeft in hoger beroep betoogd dat [A] verdergaand als feitelijk bestuurder van Ennia c.s. heeft opgetreden dan in de uitoefening van zijn functie als voorzitter van het *investment committee* (grief 3 in incidenteel appel). Ennia c.s. heeft voorts wederom betoogd dat, naast [A], ook [B] (grief 4 in incidenteel appel) buiten de periode(n) waarin hij als formeel bestuurder was aangesteld, als feitelijk bestuurder heeft opgetreden. Ennia c.s. heeft verder betoogd dat ook Parman International feitelijk bestuurder was van Ennia Holding, Ennia Investments en de verzekeraars, evenals [A],



[D] en [B] als bestuurders van Parman International (grief 2 in incidenteel appel). Het Hof overweegt hierover het volgende, waarbij het volledigheidshalve ook zal ingaan op de positie van [C].

8.18. In januari 2006 kreeg [A] van de raad van commissarissen van Banco di Caribe de bevoegdheid alle besluiten te nemen inzake de investeringen van Banco di Caribe en haar dochtervennootschappen (zoals goedkeuring van investeringen, bepalen van de voorwaarden van de investeringen, autoriseren van betalingen, verzorgen van de vereiste documentatie en delegeren van de uitvoering). In mei 2006 besloot de raad van commissarissen van Ennia Holding een *investment committee* in te stellen, met [A] als voorzitter. Dit *investment committee* kreeg de bevoegdheid alle besluiten te nemen over de investeringen van Ennia Holding en haar dochtervennootschappen. In juli 2006 is Ennia Investments opgericht, als dochtervennootschap van Ennia Holding. Ennia Investments werd verantwoordelijk voor de investeringen in de Ennia-groep. Tot april 2007 was [A] bestuurder van deze vennootschap. In 2009 werd de groepsstructuur gewijzigd in die zin dat Ennia Holding de moedervernootschap werd en Banco di Caribe naast de verzekeraars een dochtervennootschap werd. De positie van [A] bleef verder ongewijzigd.

8.19. Ennia c.s. heeft zich op het standpunt gesteld dat [A] buiten de periode waarin hij formeel als bestuurder was aangesteld als feitelijk bestuurder heeft opgetreden. Het Gerecht heeft dit standpunt gevolgd. Het Gerecht heeft overwogen dat, in het bijzonder gelet op de vergaande bevoegdheden die aan het *investment committee* waren toebedeeld en gelet op het feit dat [A] daarin als voorzitter optrad en als zodanig ook actief handelde (in verband waarmee het Gerecht heeft gewezen op uitspraken van de *legal council*, [E] en [P]), geldt dat [A] het beleid van Ennia c.s. bepaalde als ware hij bestuurder, zodat hij als feitelijk bestuurder moet worden aangemerkt, dit over de gehele relevante periode van mei 2006 tot het uitspreken van de noodregeling in juli 2018 ( 5.23 van het eindvonnis). [A] heeft dit oordeel niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden. Het verweer van [A] dat hij geen instructies aan het bestuur gaf en dat het bestuur zelf de beleggingsbeslissingen nam is onvoldoende gemotiveerd en vindt geen steun in de gedingstukken. Het Hof verwerpt dit verweer dan ook en onderschrijft het oordeel van het Gerecht op dit punt. Op grond van artikel 2:138 en 2:238 BW wordt [A] daarom, ter zake van dat optreden met betrekking tot investeringen en beleggingen, voor de toepassing van artikel 2:8 jo 2:14 BW als bestuurder aangemerkt. Wat betreft de investeringen en transacties in S&S en *oil rigs* wordt [A] aangemerkt als feitelijk bestuurder van elke vennootschap die (beleids)instructies van [A] op dit punt heeft uitgevoerd. Dit betreft bij de investeringen in S&S: Ennia Holding, Ennia Investments en ECII en bij de investering in *oil rigs*: Ennia Holding, Ennia Investments en Energy Equipment. Op de vraag of [A] ook op andere vlakken dan het investerings- en beleggingsbeleid het beleid van Ennia c.s. bepaalde, zoals Ennia c.s. met grief 3 betoogt, zal zo nodig bij de bespreking per onderwerp worden ingegaan.

8.20. [B] was CFO bij Parman Capital en is in 2005 bestuurder en minderheidsaandeelhouder (1%) geworden van Parman International. Sinds mei 2006 was hij lid van het *investment committee* van Ennia Holding. In 2011 werd hij ook bestuurder van Ennia Holding en van de verzekeraars. In mei 2017 werd hij tevens

bestuurder van Ennia Investments. Deze functies heeft hij vervuld tot het uitspreken van de noodregeling op 4 juli 2018.

8.21. Ennia c.s. stelt zich op het standpunt dat [B] vóór zijn aanstelling als bestuurder al is opgetreden als feitelijk bestuurder. Het Gerecht heeft dat standpunt niet gevolgd. Het heeft daartoe overwogen dat het *investment committee* (waarvan [B] vóór zijn bestuursperiode al lid was) weliswaar een belangrijke rol speelde bij het bepalen van het (beleggings)beleid van Ennia c.s., maar dat [A] daarin een doorslaggevende stem had en feitelijk het beleid bepaalde. Het Gerecht vond verder onvoldoende geconcretiseerd dat [B] door iedereen binnen Ennia als bestuurder werd gezien (5.24 van het eindvonnis). Ennia c.s. voert in hoger beroep aan dat [B] wel degelijk ook beslissingen over beleggingen en investeringen nam. Zij verwijst daarvoor naar e-mails uit 2010 waaruit blijkt dat [B] actief betrokken was bij en (uitvoerings)instructies gaf over beleggingen van Ennia Investments. Uit de bedoelde e-mails blijkt echter niet dat [B] de beslissingen daarover nam en het beleid ten aanzien daarvan bepaalde. Ennia c.s. wijst verder op een e-mail van [K] van 8 juli 2010. Deze schrijft daarin dat de structuur van aansturing van Ennia diffuus is en dat met name de positie van [B] informeel is: hij is formeel geen directielid van Ennia Holding/Ennia Investments en ook geen lid van de raad van commissarissen van deze bedrijven, maar hij bepaalt een groot deel van het beleid, aldus de e-mail. Uit de e-mail blijkt echter niet op welke concrete gedragingen van [B] dit beeld is gebaseerd en bij welk(e) onderwerp(en) hij het beleid van Ennia c.s. in deze periode al zou hebben bepaald. Aan deze stellingen gaat het Hof daarom als onvoldoende onderbouwd voorbij. Aan bewijslevering komt het Hof niet toe, zodat het bewijsaanbod van Ennia c.s. op dit punt wordt gepasseerd. Dat [B] opdrachten van [A] uitvoerde maakt hem nog geen feitelijk bestuurder. Evenals het Gerecht beoordeelt het Hof dan ook het handelen van [B] over de periode waarin hij formeel als bestuurder was aangesteld. Grief 4 in incidenteel appel slaagt niet.

8.22. Na het aftreden van [E] in 2011 is [C] CEO geworden van de Ennia-groep. Hij werd bestuurder van Ennia Holding en van de verzekeraars. Vanaf februari 2012 was hij ook bestuurder van Ennia Investments. Verder was hij vanaf 2011 lid van het *investment committee* van Ennia Holding. Dit alles bleef hij tot het uitspreken van de noodregeling op 4 juli 2018. Vóór 2011 was [C] *leading partner* van KPMG, de controlerend accountant van de Ennia-groep. Hij was ook als adviseur van Banco di Caribe betrokken bij de overname door [A] in 2005.

8.23. Ennia c.s. heeft zich in eerste aanleg op het standpunt gesteld dat ook [C] buiten de periode waarin hij als formeel bestuurder was aangesteld, heeft opgetreden als feitelijk bestuurder. Zij heeft er daarbij op gewezen dat [C] betrokken was als adviseur. Hij heeft een belangrijke rol gespeeld bij de overname van Ennia en heeft daarna een aantal vergaderingen van de raad van commissarissen van Ennia Holding bijgewoond, en hij was ook betrokken bij de herstructurering van Ennia en de structurering van de beleggingen. Het Gerecht heeft overwogen dat Ennia c.s. onvoldoende heeft onderbouwd dat [C] als adviseur van Ennia c.s. een zodanige rol had dat hij als (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt (5.25 van het eindvonnis). Ennia c.s. heeft dat oordeel in hoger beroep niet bestreden. De in eerste aanleg door Ennia c.s. ingenomen stelling dat [C] opdrachten van [A] uitvoerde is ontoereikend om hem als feitelijk bestuurder aan te merken. Evenals het Gerecht beoordeelt het Hof het

handelen van [C] dan ook over de periode waarin hij formeel als bestuurder was aangesteld.

8.24. Parman International was en is de aandeelhouder van Ennia Holding. Ennia c.s. betoogt in hoger beroep dat Parman International ook feitelijk bestuurder was van Ennia Holding, Ennia Investments en de verzekeraars. Zij baseert zich daarbij op eigen stellingen van [F] en [D]. Anders dan Ennia c.s. leest het Hof dat echter niet in die stellingen. Daarin wordt slechts (in het kader van het dechargeverweer van [F] en [D]) vermeld dat de algemene vergadering van aandeelhouders van Ennia Holding - dus Parman International - over alle informatie beschikte en dat de indirecte aandeelhouders van Parman International - [A], [D] en [B] - volgens Ennia c.s. zelf betrokken waren bij de verweten gedragingen en voorts dat de 'aandeelhouders/bestuurders' overal aan het roer stonden. Daaruit volgt nog niet dat Parman International het beleid van Ennia Holding bepaalde als ware zij bestuurder. De uitlating is te vaag en algemeen om een dergelijke vergaande conclusie op te baseren. Dit volgt ook niet uit de stellingen van [C] en [B] waarop Ennia c.s. zich in dit verband beroept (waar zij spreken van het binnen Ennia c.s. door haar uiteindelijke aandeelhoudersvergadering op het niveau van Parman International gevoerde beleid), en evenmin uit de door Ennia c.s. aangehaalde brief van [J] van 24 november 2010 waarin hij schrijft over het beeld van zeer dominante functionarissen van Parman International die financiële transacties zonder enige baat voor Ennia initiëren waarbij de directie zonder slag of stoot volgt. Ennia c.s. wijst er verder op dat [A] en [B] optraden als feitelijk respectievelijk statutair bestuurder van Ennia Holding, Ennia Investments en de verzekeraars. Dat maakt echter nog niet dat hun handelen in die bestuurlijke rol (mede) is toe te rekenen aan Parman International. Concrete feiten of omstandigheden waaruit volgt dat het bestuurlijk handelen van [A] en [B] (en/of [D]) (ook) als gedragingen van Parman International moet worden beschouwd, heeft Ennia c.s. niet aangevoerd. De enkele opmerking dat zij in al hun handelen en nalaten de belangen van Parman International voorop stelden, volstaat daarvoor niet. Het standpunt van Ennia c.s. dat ook Parman International als feitelijk bestuurder moet worden aangemerkt, volgt het Hof dan ook niet. Het Hof beoordeelt dus alleen het handelen van Parman International als aandeelhouder van Ennia Holding. Grief 2 in incidenteel appel wordt verworpen.

*Recapitulerend met betrekking tot het bestuurderschap van Ennia c.s.*

8.25. Vaststaat dat [A], [E], [B] en [C] gedurende kortere of langere tijd formeel bestuurder van een of meer tot de Ennia-groep behorende rechtspersonen waren.

[A] was bestuurder van Ennia Investments van 20 juli 2006 tot 27 april 2007.

[E] was bestuurder van Ennia Holding, Ennia Zorg, Ennia Leven en Ennia Schade van 14 maart 2005 tot 16 juni 2008 en van 25 juni 2009 tot 30 april 2011, en van Ennia Investments van 20 juli 2006 tot 1 mei 2009.

[B] was bestuurder van Ennia Holding van 9 februari 2011 tot april 2018, van Ennia Investments van 4 mei 2017 tot 4 juli 2018 en van Ennia Zorg, Ennia Leven en Ennia Schade van 26 maart 2011 tot 4 juli 2018.

[C] was bestuurder van Ennia Holding van 9 februari 2011 tot 4 juli 2018, van Ennia Investments van 1 februari 2012 tot 4 juli 2018 en van Ennia Zorg, Ennia Leven en Ennia Schade van 26 maart 2011 tot 4 juli 2018.

[A] is voorts aan te merken als feitelijk bestuurder vanaf mei 2006 tot 4 juli 2018 met betrekking tot zijn handelen op het punt van investeringen en beleggingen in de Ennia-groep. Op de vraag of [A] ook op andere vlakken dan het investerings- en beleggingsbeleid het beleid van Ennia c.s. bepaalde, zal zoals gezegd zo nodig bij de bespreking per onderwerp worden ingegaan.

#### *De commissaris*

8.26. [D] heeft met grief 5 gewezen op de beoordelingsmaatstaven voor interne en externe commissarisaansprakelijkheid die in haar visie hebben te gelden. Het Hof overweegt het volgende. Het Gerecht heeft de van toepassing zijnde wettelijke en andere relevante bepalingen vermeld onder 5.30 tot en met 5.33. Het Hof herhaalt deze overwegingen hier. In artikel 2:19 lid 1 BW is bepaald dat de statuten van een rechtspersoon kunnen bepalen dat er een raad van commissarissen is of kan zijn. De statuten omschrijven dan de taak van de commissarissen. Tot die taak behoort in ieder geval het houden van toezicht op het bestuur. In artikel 2:19 lid 6 BW is bepaald dat artikel 2:14 BW van overeenkomstige toepassing is, zodat bij de raad van commissarissen sprake is van collegiaal toezicht. In artikel 2:19 lid 7 BW is bepaald dat de raad van commissarissen zich bij zijn taak richt naar het belang van de rechtspersoon en de met deze verbonden onderneming.

8.27. In de LTV zijn eveneens bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de raad van commissarissen. In artikel 16 LTV staat onder meer:

“(…)

3. Een verzekeraar die de rechtsvorm van naamloze vennootschap of besloten vennootschap bezit, heeft een raad van commissarissen, die uit drie of meer natuurlijke personen bestaat.

4. De in het derde lid bedoelde raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur van de verzekeraar en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad terzijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

5. Omtrent de taak en de bevoegdheid van de raad van commissarissen en zijn leden kunnen de statuten van de verzekeraar aanvullende bepalingen bevatten. (…)

8.28. Door de Centrale Bank is de rol van de raad van commissarissen nader uitgewerkt in een leidraad voor de raad van commissarissen van financiële instellingen (*Guidance notes for the supervisory board of supervised financial institutions*), die vanaf 2001 van toepassing is. Die *guidance notes* luiden onder meer:

“IV. THE RESPONSIBILITIES OF THE SUPERVISORY BOARD AND ITS MEMBERS  
Besides the collective responsibilities of the Supervisory Board, each member has his individual responsibilities.

The responsibilities of the Supervisory Board as a whole can be sub-divided in the following seven distinct areas:

a) ensure competent management on an ongoing basis;

- b) ensure appropriate plans and policies for the institution;
- c) monitor operations to ensure compliance and adequate control;
- d) oversee business performance;
- e) ensure that the institution serves the (credit, insurance or investment) needs of the community well;
- f) ensure that the individuals involved in the daily management and operation of the institution are of professional, social and moral integrity; and
- g) ensure that timely and accurate disclosure is made on all material matters regarding the institution.

(...)

IV.2 Individual Responsibilities of a Member of the Supervisory Board. Supervisory Board membership serves as an opportunity for the individual member to contribute to the growth and development of the local economy. Furthermore, it provides an invaluable business education to the members of the Supervisory Board. The job brings with it distinct duties, responsibilities, but also liabilities. Generally, the individual responsibilities of a member of the Supervisory Board are to:

- a) be aware of the institution's operating environment;
- b) be diligent in performing the job;
- c) exercise independent judgment; and
- d) be loyal to the institution's interests."

8.29. In artikel 10 van de statuten van Ennia Holding (zoals deze golden tot september 2009) is opgenomen:

"RAAD VAN COMMISSARISSEN

Artikel 10

1. Het uitoefenen van het toezicht op het door de directie gevoerde bestuur en het geven van adviezen aan de directie is opgedragen aan een Raad van Commissarissen, bestaande uit een door de vergadering van houders van prioriteits aandelen A te bepalen aantal van tenminste drie commissarissen

(...)

13. Ten minste twee maal per jaar komen de directie en de Raad van Commissarissen in gezamenlijke vergadering bijeen. (...)"

De vanaf september 2009 geldende statuten zijn op dit punt gelijklopend.

8.30. Het Hof overweegt het volgende. Een commissaris als lid van de raad van commissarissen dient erop toe te zien dat het bestuur van de desbetreffende rechtspersoon zijn taak behoorlijk vervult en dient het bestuur van adviezen te voorzien. Ook de commissaris dient zich bij zijn taakuitoefening te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met deze verbonden onderneming (artikel 2:19 lid 7 BW). Omdat - zo is hierboven reeds overwogen - de zorgvuldigheid die een bestuurder van een tot de Ennia-groep behorende rechtspersoon bij zijn taakuitoefening behoort te betrachten mede wordt bepaald door de aard van de onderneming en de daarmee samenhangende (maatschappelijke) belangen, in het bijzonder de belangen van de (pensioen)polishouders, vergt een behoorlijke taakuitoefening van een commissaris dat hij die van een bestuurder gevergede zorgvuldigheid bij zijn taakuitoefening in aanmerking neemt. Wanneer een commissaris zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en hem daarvan een ernstig verwijt is te maken, is de commissaris aansprakelijk jegens de rechtspersoon voor de als gevolg daarvan ontstane schade.

8.31. Een commissaris kan ook aansprakelijk zijn jegens anderen dan de rechtspersoon waarvan hij commissaris is, bijvoorbeeld in geval van een verwijtbaar doen of nalaten ten opzichte van een derde, dat kan worden aangemerkt als onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 BW. In dat geval geldt dat de maatstaf voor commissaris-aansprakelijkheid is of de commissaris persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

8.32. Vaststaat dat [A] voorzitter van de raad van commissarissen van Ennia Holding was in de periode vanaf januari 2006 tot het uitspreken van de noodregeling op 4 juli 2018. Ook staat vast dat [D] lid van de raad van commissarissen van Ennia Holding was vanaf 20 mei 2009 tot aan het uitspreken van de noodregeling. Grief 5 in het incidenteel appel betreft meer in het algemeen de maatstaf die het Gerecht bij de beoordeling van het functioneren van [D] als commissaris heeft aangelegd. De grieven 6 tot en met 8, 15, 16 en 18 stellen dat functioneren op een aantal concrete punten aan de orde (donaties, kosten adviseurs, reis- en verblijfkosten, 'spookpersoneel' en NetJets). Hoe het functioneren van [D] moet worden beoordeeld, zal – ook naar aanleiding van haar eigen grieven – bij de bespreking van de afzonderlijke onderwerpen aan de orde komen.

#### *De aandeelhouder*

8.33. Parman International is aandeelhouder van Ennia Holding. De aandeelhouder van een vennootschap is in beginsel niet aansprakelijk voor meer dan het gestorte bedrag op aandelen (artikel 2:3 lid 2 BW). Een aandeelhouder kan desondanks aansprakelijk zijn jegens de vennootschap of derden op grond van onrechtmatige daad. Of een aandeelhouder op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is, vergt een beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval; in dit geding gaat het blijkens de memorie van Ennia c.s. om de omstandigheden met betrekking tot de (dividend)uitkeringen en de S&S-transactie. In het arrest van de Hoge Raad van 8 november 1991 (ECLI:NL:HR:1991:ZC0401, Nimox) is over dit onderwerp onder meer overwogen:

“(…)

3.3.2. Subonderdeel a betoogt dat Nimox door het uitbrengen van haar stem voor het dividendbesluit niet onrechtmatig kan hebben gehandeld omdat het besluit tevergeefs is aangevochten en dus als rechtsgeldig moet worden beschouwd.

Dit betoog is onjuist. Ook indien van de geldigheid van het besluit als zodanig moet worden uitgegaan bij gebreke van vernietiging bij rechterlijk vonnis op de voet van art. 2:11 BW [NL], volgt hieruit niet dat uitvoering van het besluit tegenover derden zoals schuldeisers van de vennootschap niet onrechtmatig kan zijn, noch dat het door uitoefening van het stemrecht bewerkstelligen van de totstandkoming van het besluit tegenover derden niet onrechtmatig kan zijn. (…)

#### *Slotopmerking*

8.34. Het Hof overweegt, mede naar aanleiding van de inleidende opmerkingen van appellanten in hun memories en ter terechtzitting, tot slot dat de omstandigheid dat een vennootschap solvabel is nog niet betekent dat een functionaris jegens die vennootschap niet aansprakelijk kan zijn voor schade als gevolg van enig handelen van die functionaris. Voor vestiging van aansprakelijkheid is noodzakelijk en ook

voldoende dat een handeling met een negatieve impact op het vermogen van de vennootschap als onbehoorlijk bestuur is aan te merken en de desbetreffende functionaris van dat handelen (persoonlijk) een ernstig verwijt is te maken.

## 9. Groepsaansprakelijkheid

9.1. Het Gerecht heeft geoordeeld dat van handelen in groepsverband als bedoeld in artikel 6:166 BW, zowel wat betreft het algehele optreden van [F] (Hof: appellanten) als wat betreft hun optreden bij de door Ennia c.s. uitgelichte specifieke handelingen en transacties, geen sprake is.

9.2. Voor de hier aan te leggen beoordelingsmaatstaf is het volgende van belang. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 2 oktober 2015 (ECLI:NL:HR:2015:2914) onder meer het volgende overwogen.

“3.4.1. (...)

Art. 6:166 lid 1 BW bepaalt dat indien één van tot een groep behorende personen onrechtmatig schade toebrengt en de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband, zij hoofdelijk aansprakelijk zijn indien deze gedragingen hun kunnen worden toegerekend.

De hoofdelijke aansprakelijkheid van de tot een groep behorende personen die deze bepaling in het leven roept, leidt ertoe dat de benadeelde die ten gevolge van een gedraging in groepsverband schade heeft geleden ter verkrijging van volledige vergoeding daarvan ermee kan volstaan één van de tot de desbetreffende groep behorende personen aan te spreken.

Deze regeling is in de wetsgeschiedenis onder meer als volgt toegelicht (Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 663-664):

“(...) [H]et wezenlijke van de bepaling van het eerste lid is (...), dat een tot de groep behorende persoon ook aansprakelijk is, als vaststaat dat hij niet degene is die de schade rechtstreeks toebrengt, hetgeen daarom gerechtvaardigd is omdat er een psychisch causaal verband bestaat tussen de gedragingen in groepsverband en het toebrengen van de schade.

Willen degenen die niet zelf rechtstreeks de schade hebben toegebracht, aansprakelijk zijn, dan moet aan de volgende vereisten zijn voldaan:

1. degene die de schade rechtstreeks toebrengt moet een onrechtmatige daad hebben begaan. Niet is noodzakelijk dat hem schuld treft (...) omdat als aan de beide volgende vereisten is voldaan ook dan een aansprakelijkheid van de andere tot de groep behorende personen op zijn plaats is.
2. de kans op het aldus toebrengen van schade moet zodanig zijn geweest, dat zij de tot de groep behorende personen hadden behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband. Dit impliceert dat alleen hij aansprakelijk kan zijn, die wist of behoorde te begrijpen dat het groepsoptreden het gevaar schiep voor schade als die in concreto is toegebracht. (...)
3. een tot de groep behorende persoon is alleen aansprakelijk indien hem schuld treft.

3.4.2. Blijkens de hiervoor geciteerde toelichting voorziet de regeling van art. 6:166 BW in een individuele aansprakelijkheid van tot een groep behorende personen (deelnemers) voor onrechtmatig vanuit de groep toegebrachte schade. De mate van betrokkenheid van de afzonderlijke deelnemers bij het onrechtmatig handelen is niet van belang. Deze

individuele aansprakelijkheid vindt haar rechtvaardiging in een ieders bijdrage aan het in het leven roepen van de kans dat zodanige schade zou ontstaan. Zij vindt haar begrenzing in de eis dat de kans op het aldus toebrengen van schade hen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband.

3.5.1. Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat de in art. 6:166 lid 1 BW neergelegde aansprakelijkheid niet is beperkt tot gedragingen in turba en dat eenheid van tijd en plaats van de gedragingen niet is vereist om aansprakelijkheid op grond van die bepaling aan te nemen. (...)

3.5.2. Het onderdeel gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het betoogt dat een strafrechtelijke veroordeling wegens overtreding van art. 140 Sr, dat strafbaar stelt deelneming aan een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft, voldoende is voor het aannemen van gedragingen in groepsverband. De gedragingen in groepsverband waarop art. 6:166 lid 1 BW ziet, betreffen niet het deelnemen aan een dergelijke organisatie als zodanig, maar concrete onrechtmatige handelingen in groepsverband die schade hebben veroorzaakt.

3.5.3. Het onderdeel faalt eveneens voor zover het verdedigt dat deelname aan de onderhavige organisatie en betrokkenheid bij een door leden van deze organisatie gepleegde onrechtmatige daad (strafbaar feit) volstaat voor het aannemen van gedragingen in groepsverband ter zake van ook andere vanuit deze organisatie begane onrechtmatige daden. Uit het hiervoor in 3.5.2 overwogene vloeit voort dat enkel de bewezen deelname aan een bepaalde organisatie of groep onvoldoende is om aansprakelijkheid op grond van art. 6:166 lid 1 BW te kunnen aannemen voor alle vanuit de groep gepleegde onrechtmatige daden. In het oordeel van het hof ligt voorts besloten dat TVM c.s. – afgezien van het lidmaatschap van een criminele organisatie – onvoldoende hebben gesteld om te kunnen aannemen dat een zodanig verband tussen de ladingdiefstallen bestaat, dat deze als één groepsgeleding kunnen worden aangemerkt. (...).”

9.3. Het Hof overweegt dat om te kunnen spreken van handelen in groepsverband aan een objectief en subjectief criterium moet zijn voldaan. Het objectieve criterium houdt in dat de individuele deelnemer een bijdrage heeft geleverd aan de gedragingen die het gevaar voor schade hebben doen ontstaan. De gedragingen in groepsverband waarop artikel 6:166 lid 1 BW ziet, betreffen niet het deelnemen aan een groep als zodanig, maar concrete onrechtmatige handelingen in groepsverband die schade hebben veroorzaakt. Het subjectieve criterium houdt in dat een ‘bewuste samenhang’ is vereist tussen de gedragingen van de deelnemers van de groep. Voorts is nodig dat de deelnemer wist of behoorde te weten dat het groepsoptreden de kans schiep op de in het concrete geval geleden schade en dat die kans hem van zijn gedraging in groepsverband had behoren te weerhouden.

9.4. Ennia c.s. betoogt met grief 1 in incidenteel appel dat *alle* door haar aangesproken (rechts)personen op grond van groepsaansprakelijkheid aansprakelijk zijn voor de *gehele* door haar gevorderde schade. Uit voormeld arrest volgt dat niet iedere betrokkenheid van een persoon bij een groep personen tot aansprakelijkheid van die persoon op grond van artikel 6:166 BW leidt voor alle vanuit de groep gepleegde onrechtmatige daden en alle als gevolg daarvan ontstane schade. Ennia c.s. dient te stellen welke concrete gedraging(en) een door haar aangesproken partij *in groepsverband* heeft verricht en te onderbouwen dat de kans dat als gevolg van het groepsoptreden de door Ennia c.s. gevorderde schade (meer dan NAF 1 miljard) zou



ontstaan zodanig groot was dat die persoon zich om die reden van de gedraging in groepsverband had behoren te onthouden.

9.5. Ennia c.s. heeft over het handelen in groepsverband onder meer het volgende aangevoerd. De verweten gedragingen bestaan uit een patroon van handelingen dat erop neer komt dat appellanten de belangen van Ennia en haar verzekerden ernstig hebben veronachtzaamd. Dit patroon van handelingen bestaat uit een groot aantal (in meer of mindere mate) met elkaar samenhangende gedragingen, die zijn verricht door de verschillende leden van de groep. Alle personen hebben handelingen verricht die eraan hebben bijgedragen dat deze schade bij Ennia zou optreden, en alle personen hebben ervoor gekozen om de bevoegdheden en mogelijkheden waarover zij beschikten om de schade te voorkomen, niet in te zetten.

Tussen de gedragingen van appellanten bestond een bewuste samenhang.

Uit een groot aantal feiten blijkt dat appellanten zich er steeds van bewust zijn geweest dat zij in samenhang met anderen handelden. Bij de S&S-transactie, de inbreng van Mullet Bay, de Onttrekkingen en de Excessieve Kosten was steeds sprake van één groep personen die hun gedragingen bewust op elkaar afstemden. Zoals [A], [C], [B] en Parman International bevestigden, was er intensief contact tussen de aandeelhouders (te weten: [A], [D] en [B], als aandeelhouders (en bestuurders) van Parman International), stonden zij overal aan het roer en waren zij van alle verweten gedragingen volledig op de hoogte. Meer in het algemeen volgt de bewuste samenhang uit het feit dat [A] als spin in het web steeds (al dan niet telefonisch) zijn instructies doorgaf aan [B], [C] en [E], die vervolgens acties uitvoerden of deze intern binnen Ennia uitzetten en in de gaten hielden of niet in strijd met de wil van [A] werd gehandeld.

9.6. Uit de eigen stellingen van appellanten volgt volgens Ennia c.s. ook dat appellanten zich als groep beschouwden. De bewuste samenhang blijkt uit de grote mate van verwevenheid tussen de diverse leden van de groep. [A], [D] en [B] waren samen aandeelhouders en bestuurders van Parman International; [A] en [D] waren samen aandeelhouders en bestuurders van S&S en commissarissen bij Ennia Holding; [A], [B] en (eerst) [E] en (later) [C] waren samen lid van het *Investment Committee*; [B] en (eerst) [E] en (later) [C] waren samen bestuurders van zowel Ennia Holding als de Verzekeraars; [A], [B], (eerst) [E] en (later) [C] waren samen bestuurders van Resorts Caribe; [B] was CFO van [A]'s vennootschap Parman Capital Group; en daarnaast hadden alle betrokkenen nog talrijke overige formele en informele betrokkenheden. Hieruit blijkt een bewuste, hechte, samenhang. Appellanten hebben de verweten gedragingen steeds in groepsverband verricht en de kans op het toebrengen van schade, waarmee zij bekend waren, had appellanten moeten weerhouden van deelname aan het handelen in groepsverband, aldus Ennia c.s.

9.7. Ter terechtzitting heeft Ennia c.s. daar nog het volgende aan toegevoegd. Appellanten hebben allemaal op hun wijze de belangen van Ennia en haar verzekerden veronachtzaamd. Allen hebben zij rücksichtslos hun eigen belangen of die van [A] en [D] vooropgesteld met schade bij Ennia als direct en voorzienbaar gevolg. Allen hebben zij ervoor gekozen de bevoegdheden en mogelijkheden waarover zij beschikten om schade te voorkomen, niet in te zetten.

Een aantal voorbeelden van handelingen die volgens haar bijdroegen aan het patroon heeft Ennia c.s. genoemd, waaronder:

- a. [B], [E] en [C] hebben interne besluitvorming geregeld voor besluiten die appellanten ten gunste kwamen en voor appellanten mogelijk ongunstige besluitvorming belemmerd.
- b. [B], [A] en [E] hebben betalingsopdrachten en cheques geaccordeerd en gebruikt.
- c. [B], [A], [C] en [E] hebben overeenkomsten ondertekend.
- d. [E], [C] en [B] hebben waarschuwingen van toezichthouders in de wind geslagen en toezichthouders in hun toezicht belemmerd, [C] onder meer door vanaf 2006 actief betrokken te zijn bij het verplaatsen van activa en wijzigen van de vennootschapsstructuur en [E] door juist in de eerste fase na de overname door [A] hem toe te staan alle macht naar zich toe te trekken.
- e. Ten aanzien van [E] kan gezegd worden dat zijn eerdere gedragingen een ontwikkeling in gang hebben gezet, die tot de schade heeft geleid en die zijn terugtreden niet meer heeft kunnen afremmen.
- f. [D] heeft vanaf 2006, nog voordat zij benoemd werd als commissaris, maar wel aandeelhouder van Parman International was en ook aanzat bij vergaderingen van de raad van commissarissen van Ennia Holding, permanent haar ogen gesloten. Ook als commissaris heeft zij geen relevant toezicht uitgeoefend.
- g. [A], [C], en [B] hebben derden als taxateurs ingeschakeld en beïnvloed.
- h. Parman International, waarvan [D] aandeelhouder was en General Managing Director vanaf eind 2005, heeft dividenden in ontvangst genomen en doorgesluisd naar haar aandeelhouders.

9.8. Het Hof overweegt het volgende. Zoals overwogen, is enkel de deelname aan een bepaalde groep (rechts)personen onvoldoende om aansprakelijkheid op grond van artikel 6:166 lid 1 BW te kunnen aannemen voor alle vanuit die groep gepleegde onrechtmatige daden. Noodzakelijk is dat tevens kan worden aangenomen dat een zodanig verband tussen de diverse verweten handelingen bestaat, dat van onrechtmatige groepsgedragingen kan worden gesproken.

9.9. Uit de door Ennia c.s. gestelde feiten en omstandigheden kan het Hof – aangenomen dat deze vast zouden staan - wel opmaken dat meerdere appellanten een bijdrage hebben geleverd aan gedragingen die het gevaar voor schade als gevolg van die concrete gedragingen hebben doen ontstaan. Zo deden de onder 9.7. sub b genoemde gedragingen van [B], [A] en [E] met betrekking tot het accorderen van betalingsopdrachten en het gebruiken van cheques het gevaar ontstaan op schade als gevolg van onterechte betalingen. Uit die feiten en omstandigheden kan het Hof echter niet opmaken dat een zodanig verband bestaat tussen de diverse gedragingen die Ennia c.s. aan de orde stelt dat deze kunnen worden beschouwd als één groepsgedraging die het gevaar op de gehele in dit geding door Ennia c.s. gevorderde schade heeft doen ontstaan. Uit de beoordeling van de afzonderlijke vorderingen van Ennia c.s. zal blijken dat meermalen enkele van de aangesproken personen aansprakelijk worden gehouden voor de schade als gevolg van de aan de desbetreffende vorderingen ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden. Aanwijzingen dat die afzonderlijke schade toebrengeende handelingen onderdeel zijn van onrechtmatig handelen in groepsverband (in die zin dat ook andere appellanten dan de handelende personen daaraan een bijdrage hebben geleverd) ontbreken daarbij. Aan het objectieve criterium is dan ook niet voldaan.

9.10. De omstandigheid dat de door Ennia c.s. gedaagde (rechts)personen uit hoofde van hun functie in de Ennia-groep met elkaar contacten hadden, is ontoereikend voor het oordeel dat hun gedragingen of handelingen daarbij in een onderlinge bewuste samenhang werden verricht als bedoeld in artikel 6:166 lid 1 BW. Uit de voormelde voorbeelden van Ennia c.s. en de overigens in haar gedingstukken genoemde vergelijkbare voorbeelden volgt dat de door Ennia c.s. aangesproken (rechts)personen in verschillende combinaties en op verschillende manieren betrokken waren bij uiteenlopende handelingen die volgens Ennia c.s. schade hebben veroorzaakt. Er is echter onvoldoende grond voor de conclusie dat de gedragingen van die individuele (rechts)personen, ook waar zij zelf niet rechtstreeks betrokken waren bij het gestelde schade toebrengend handelen, steeds in een onderlinge bewuste samenhang, en derhalve in groepsverband, werden verricht. Het ontbreekt daarbij ook aan bijkomende feiten en omstandigheden die het oordeel rechtvaardigen dat de door Ennia c.s. genoemde (rechts)personen wisten of behoorden te weten dat sprake was van groepsoptreden dat de kans schiep op de gehele door Ennia c.s. in dit geding gevorderde schade en dat die kans de desbetreffende (rechts)persoon om die reden van die gedraging had behoren te weerhouden. Dit brengt mee dat evenmin aan het subjectieve criterium is voldaan.

9.11. De slotsom is dat het beroep van Ennia c.s. op groepsaansprakelijkheid van appellanten niet slaagt. Grief 1 in incidenteel appel faalt.

## 10. De investeringen in S&S en oil rigs

### S&S

*De standpunten van partijen en het oordeel van het Gerecht over de verwijten en de schade*

10.1. Ennia c.s. heeft gesteld dat appellanten onrechtmatig en ernstig verwijtbaar hebben gehandeld door Ennia c.s. bloot te stellen aan de grote risico's van de S&S-investering en nauwelijks mee te laten delen in de waardeinstijging van S&S die grotendeels ten goede is gekomen aan [A] en dat zij daarom aansprakelijk zijn voor de als gevolg daarvan door Ennia c.s. geleden schade. Zij heeft daarbij betoogd dat de schade moet worden vastgesteld op het verschil tussen het bedrag dat Ennia bij de verkoop van S&S heeft ontvangen en het deel van de uiteindelijke opbrengst dat correspondeert met de initiële investeringen die Ennia in 2006 in S&S heeft gedaan en die het overgrote deel van de totale investeringen betroffen (waarbij zij de investering in obligaties, die later zijn omgezet in *preferred units 1*, buiten beschouwing laat). Deze schade heeft zij becijferd op USD 416,2 miljoen (NAf 745,05 miljoen). Appellanten hebben de gemaakte verwijten betwist en ook bestreden dat Ennia c.s. door de S&S-transactie schade hebben geleden.

10.2. Het Gerecht heeft daarover samengevat als volgt geoordeeld (5.48 e.v. van het eindvonnis).

- (i) Tussen partijen is niet in geschil dat de investering in S&S een risicovolle belegging betrof. Door de toenemende investering in S&S (zowel in aandelen als in obligaties) nam eveneens het concentratierisico toe. Deze risico's hebben er, ondanks waarschuwingen, niet toe geleid dat gedaagden het belang in S&S

- hebben laten afnemen, integendeel. Gedaagden hebben hiermee de belangen van Ennia c.s. en haar polishouders volstrekt onvoldoende voor ogen gehad.
- (ii) De vraag is echter of gedaagden de investering zodanig hebben vormgegeven dat niet Ennia c.s., maar aan [A] gelieerde entiteiten daarvan ten onrechte de hoogste opbrengsten hebben ontvangen. Dat is immers het verwijt waarvoor Ennia c.s. de gedaagden aansprakelijk houdt en schade vordert. De koop van activa van S&S heeft plaatsgevonden middels inbreng van vreemd vermogen en eigen vermogen in S&S. Het is juist dat [A] voor een aanzienlijk deel van de financiering heeft zorggedragen, maar dit vreemd vermogen kan niet worden gelijkgesteld met het ingebrachte eigen vermogen door onder meer Ennia Investments. Bij de beoordeling wordt daarom tot uitgangspunt genomen dat [A] een bedrag van USD 5 miljoen (7,1%) heeft ingebracht en Banco di Caribe/Ennia Investments USD 65 miljoen (92,9%). De activa van S&S zijn eind 2017 aan Kirby verkocht voor USD 744,5 miljoen. Ennia heeft daarvan 38% ontvangen, aan [A] gelieerde entiteiten 62%. Op zichzelf is denkbaar dat de verhouding van de inbreng door de verschillende entiteiten niet in precies dezelfde verhouding tot resultaat leidt, omdat sprake is van verschillende types aandelen, ontwikkelingen in de markt plaatsvinden en keuzes worden gemaakt die goed of minder goed kunnen uitpakken. In deze zaak is echter sprake geweest van diverse conversies waarvan op voorhand duidelijk was of moest zijn dat deze onvoordelig zouden uitpakken voor Ennia c.s. en positief voor de aan [A] gelieerde entiteiten. Dit betreft in de eerste plaats de omzetting van preferente aandelen naar gewone aandelen in november 2006, waardoor het belang van Ennia Investments in S&S uitkwam op slechts 25%. Het is aannemelijk dat deze conversie er bij een verkoop van S&S toe zou leiden dat een aanzienlijk kleiner deel van de opbrengst ten goede zou komen aan Ennia c.s. dan gelet op de initiële investering in de rede lag. In de tweede plaats gaat het om de verkoop van het uiteindelijke 40% belang van Ennia Investments in S&S voor USD 133,4 miljoen in ruil voor een ongedekte schuldbekentenis in 2014: Ennia Investments verloor daardoor alle inspraak in S&S en kon niet meer meeprofiteren van eventuele waardeinstijgingen van S&S. Voor zover deze transactie is ingegeven door de wens van onder meer de Centrale Bank om de investering in S&S af te bouwen, geldt dat alle op verzoek van S&S in de loop der jaren opgemaakte rapporten over de waarde van S&S uitkomen op een waarde van ongeveer twee keer (of meer) het bedrag waarvoor het belang van Ennia Investments is verkocht.
- (iii) Uit het voorgaande volgt dat in ieder geval op twee momenten na de aankoop van de preferente aandelen zodanige wijzigingen hebben plaatsgevonden dat daarmee het belang van Ennia Investments (en dus ook de verzekeraars) ernstig tekort is gedaan. [A] heeft daarbij als feitelijk bestuurder gehandeld met een tegenstrijdig belang en hem is daarvan een ernstig verwijt te maken. [E], [C] en [B] hebben zich in de periode waarin zij bestuurder waren niet gehouden aan hun verplichting tot een behoorlijke taakvervulling en daarvan is hen een ernstig verwijt te maken. Voor [A] en [D] geldt dat zij als commissaris ernstig tekort zijn geschoten in hun toezichtstaak. Niet gebleken is dat Parman International als aandeelhouder in dit opzicht een verwijt is te maken. Dit betekent dat [A], [E], [C], [B] in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade, terwijl ook [D] als commissaris daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden.
- (iv) Ten aanzien van [A] en [D] is sprake van door hen te vergoeden schade in de vorm van de winst die zij op grond van hun onrechtmatige daad hebben

genoten. Zij hebben niet alleen met [E], [C] en [B] de hand gehad in de jegens Ennia c.s. als onrechtmatig gekwalificeerde handelwijze bij de investeringen in S&S, maar hebben bovendien de als gevolg van die handelingen naar Parman Capital overgehevelde waarde bij de verkoop aan Kirby te gelde gemaakt. Zij hebben de (extra) revenuen niet laten terugkeren naar Ennia c.s., maar voor zichzelf behouden. Deze omstandigheden, gevoegd bij de dominante rol die [A] zich bij het samenstel van handelingen heeft toegemeten, rechtvaardigt dat de (extra) winst die [A] en [D] hebben gemaakt met de verkoop van vermogensbestanddelen die van Ennia hadden behoren te zijn, door hen aan Ennia Investments wordt vergoed.

- (v) Dat ligt anders bij [E], [C] en [B]. Ten aanzien van hen is geen sprake van aan hun handelen toe te rekenen schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Daarbij is in het bijzonder van belang de omstandigheid dat de gehele investering vanuit Ennia in S&S, zowel in aandelen als in obligaties, uiteindelijk geheel in Ennia c.s. is teruggevloeid, met een naar objectieve maatstaven beoordeeld (en het hoge risico van de investeringen buiten beschouwing gelaten) redelijk rendement. Was die investering geheel verloren gegaan, dan zou de schadevergoedingsplicht van deze bestuurders zich niet verder hebben uitgestrekt dan tot het bedrag van die investering, vermeerderd met een redelijk, in dat geval misgelopen, rendement. Voorts is van belang dat gesteld noch gebleken is dat zij als bestuurders hebben meegeprofiteerd van de vanuit de Ennia-investering naar Parman Capital overgehevelde waarden en winsten.
- (vi) De extra winst die [A] en [D] hebben gemaakt, kan worden vastgesteld op het verschil tussen het bedrag dat Ennia Investments/ECII bij verkoop heeft ontvangen voor zover dat zag op de initiële investering en het bedrag dat Ennia Investments zou hebben ontvangen als de verkoopopbrengst naar rato was verdeeld. Dit komt uit op een bedrag van USD 415,61 miljoen.

Het Gerecht heeft de vordering tegen [A] en [D] dan ook tot dit bedrag toegewezen en de vordering tegen de andere appellanten afgewezen.

#### *De grieven*

10.3. [A] en [D] hebben uiteenlopende grieven gericht tegen het oordeel van het Gerecht over hun aansprakelijkheid en de schade (grief 1 van [A], grief 8 van [D]). Ennia c.s. heeft op haar beurt grieven gericht tegen het oordeel dat Parman International niet aansprakelijk is en dat geen sprake is van door [E], [C] en [B] te vergoeden schade (grievens 10 en 11).

Het Hof overweegt hierover als volgt.

#### *Beoordeling door het Hof*

##### *- Uitgangspunt*

10.4. Ennia c.s. heeft in eerste aanleg allereerst betoogd dat de investering in S&S onverantwoord was, omdat de gelden van Ennia werden ingezet ten behoeve van een zeer riskante investering. De investering, die aanvankelijk door Banco di Caribe werd gedaan, werd vrijwel direct doorgeschoven naar Ennia Investments. De betaling kwam uiteindelijk ten laste van Ennia Leven die daarvoor spaardeposito's ter waarde van USD 62 miljoen moest opzeggen. Ennia Leven moest dus prudente investeringen met

een relatief beperkt risico en een vast rendement afstoten om de risicovolle investering van Ennia Investments in S&S mogelijk te maken. Dat aan deze investering hoge risico's waren verbonden, blijkt uit de credit rating die Moody's in juni 2006 aan S&S toekende, aldus Ennia c.s. Ennia c.s. noemt verder het grote concentratierisico dat na de omvangrijke investeringen in S&S was ontstaan. Ondanks de waarschuwingen van de Centrale Bank is het belang in S&S niet afgebouwd, maar steeds verder toegenomen (door nog meer aandelen en ook obligaties te kopen).

10.5. Het Hof overweegt hierover dat inderdaad kan worden betwijfeld of de voor deze beslissingen verantwoordelijken voldoende oog hebben gehad voor de belangen van Ennia en haar polishouders. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat, voor zover dit handelen - het investeren in S&S op zichzelf - onbehoorlijke taakvervulling en/of een onrechtmatig handelen oplevert, dit als zodanig niet tot schade heeft geleid. Onbestreden is immers dat de S&S investering (het hoge risico buiten beschouwing gelaten) een reëel rendement heeft opgeleverd. Aannemelijk is dat in de hypothetische situatie zonder deze normschending - als het prudente investeringsbeleid van vóór de overname was voortgezet - het resultaat niet anders was geweest.

10.6. Ennia c.s. heeft dat ook onderkend: het is immers niet deze normschending die zij aan haar schadevordering ten grondslag legt. Kern van het verwijt waarop Ennia c.s. haar vordering baseert, is dat Ennia onder het bewind van appellanten vanaf 2006 minstens USD 218 miljoen heeft geïnvesteerd in S&S en daarmee meer dan 90% van het eigen vermogen van S&S heeft gefinancierd, dat deze beleggingen uiterst risicovol waren, en dat - hoewel door het nemen van die grote risico's uiteindelijk wel voordeel is behaald - Ennia bij de verkoop in 2017 slechts 38% van de koopprijs ontving, terwijl het restant van de koopprijs grotendeels naar [A], [D] en aan hen gelieerde partijen is gevloeid. [A] heeft Ennia dus blootgesteld aan de risico's van de investering in S&S en vervolgens een aanzienlijk deel van de opbrengsten aan zichzelf ten goede laten komen, aldus Ennia c.s.

10.7. Voor zover Ennia c.s. zich daarmee in zijn algemeenheid op het standpunt stelt dat appellanten ernstig verwijtbaar hebben gehandeld door Ennia c.s. in deze omstandigheden niet naar evenredigheid van de inleg in het resultaat te laten delen, ziet het Hof daarvoor onvoldoende grond. Ennia c.s. had daar niet zonder meer aanspraak op en appellanten hoefden het daar ook niet zonder meer toe te leiden. De genoemde benadering veronderstelt in feite dat de appellanten ervoor hadden moeten zorgen dat Ennia Investments/ECII voor het totale bedrag dat in de loop der tijd in S&S is geïnvesteerd - net als Parman Capital - gewone aandelen in S&S had verkregen, tegen de initiële prijs, en dat zij deze aandelen tot het einde toe had behouden. Alleen dan zou ECII bij de verkoop aan Kirby in 2017 immers in de positie zijn geweest dat zij in verhouding tot Parman Capital naar evenredigheid van de inleg in de opbrengst zou hebben gedeeld. Dat verhoudt zich echter niet met het eigen standpunt van Ennia c.s. dat de investering onverantwoord was en het feit dat de Centrale Bank er steeds op aandrong het concentratierisico, en dus de investering in S&S, te verminderen. Ook ziet het voorbij aan de omstandigheden waaronder de investeringsbeslissingen zijn genomen waardoor de uiteindelijke verhoudingen zijn ontstaan. Beoordeeld moet dan ook worden of bij de concrete transacties die tussen 2006 en 2017 hebben plaatsgevonden het belang van Ennia c.s. ernstig tekort is gedaan, zoals het Gerecht ook heeft overwogen.

10.8. [D] heeft er nog op gewezen dat Ennia c.s. in hoger beroep, in reactie op het verjaringsverweer, heeft aangevoerd dat de schade in dit verband pas is ontstaan door de verkoop van S&S aan Kirby. Anders dan [D] betoogt, kan daaruit echter niet worden afgeleid dat Ennia c.s. alleen nog de Kirby-transactie in 2017 als schadeveroorzakend feit beschouwt en de verwijten over de eerdere transacties niet meer ten grondslag legt aan haar vordering. Het standpunt van Ennia c.s. komt er slechts op neer dat de schade als gevolg van de reeks transacties inzake S&S pas in 2017 is gematerialiseerd. Het Hof zal daarom nu eerst ingaan op de transacties die achtereenvolgens hebben plaatsgevonden en de verwijten die Ennia c.s. appellanten daarvan maakt. De vragen naar aansprakelijkheid en schade komen daarna aan de orde. Tot slot zal het Hof inhoudelijk ingaan op de formele verweren (cessie, klachtplicht, verjaring en decharge) waarover op voorhand reeds wordt opgemerkt dat deze geen doel treffen.

- *Aanvang S&S-investering: preferred shares, optie tot conversie (januari-juni 2006)*

10.9. [A] heeft in 2005 de activa gekocht van S&S Inc en deze ondergebracht in de door hem opgerichte vennootschap S&S. Om de koopprijs te financieren, heeft S&S in januari 2006 USD 250 miljoen aan vreemd vermogen en USD 70 miljoen aan eigen vermogen aangetrokken. Het vreemd vermogen, bestaande uit een lening en kredietfaciliteit van JP Morgan Chase, is door [A] aangetrokken. Van het eigen vermogen heeft Parman Capital USD 5 miljoen ingebracht tegen uitgifte van 5000 *class B common shares* met een nominale waarde van USD 1.000 per aandeel, met winst- en stemrecht, en Banco di Caribe Investments USD 65 miljoen tegen uitgifte van 6500 *preferred shares, non convertible* met een nominale waarde van USD 10.000 per aandeel, met recht op een tot 8% per jaar gemaximeerd rendement, zonder stemrecht. S&S heeft - naar [A] onweersproken heeft gesteld: in juni 2006 - een optie aan Banco di Caribe Investments verleend tot conversie van de *preferred shares* in *common shares*, tegen een conversieratio van 25%. In oktober 2006 heeft Banco di Caribe Investments 6000 *preferred shares* overgedragen aan Ennia Investments.

10.10. Banco di Caribe Investments/Ennia Investments verkreeg bij aanvang dus aandelen zonder zeggenschap en met een winstafhankelijk maar beperkt rendement, waar Parman Capital aandelen met volledige zeggenschap en winstrecht kreeg. Daarbij moet echter worden bedacht dat Banco di Caribe/Ennia Investments meedeed met een investeringsmogelijkheid die [A] had gecreëerd en daarvoor preferente aandelen - met minder zeggenschap en winstrecht maar ook met minder risico - ontving. Minder risico, omdat de *preferred shares* recht gaven op uitkering bij voorrang boven een uitkering aan houders van andere aandelen. Dit laatste paste bij de positie van Banco di Caribe Investments en Ennia Investments als aan een bank respectievelijk aan verzekeraars verbonden investeringsfonds. Ennia c.s. heeft verder niet gesteld dat het voor de preferente aandelen geldende rendement van maximaal 8% per jaar op zichzelf niet reëel en acceptabel was. Bij het voorgaande is ten slotte nog van belang dat [A] gemotiveerd heeft gesteld dat hij voor de financiering van de koopprijs van de S&S-activa niet afhankelijk was van een investering door Ennia c.s. en ook een andere vennootschap had kunnen laten meeprofiteren van de investering, wat Ennia c.s. niet heeft betwist. Hoewel [A] bij de hiervoor beschreven transacties aan beide zijden belangen had en betrokken was - enerzijds als indirect aandeelhouder (via Parman

International), voorzitter van de raad van commissarissen van Banco di Caribe en Ennia Holding en feitelijk bestuurder van Ennia Holding en Ennia Investments, anderzijds als bestuursvoorzitter en indirect grootaandeelhouder (via Parman Capital) van S&S - zijn er daarom in dit geval onvoldoende aanwijzingen dat [A] zich heeft laten leiden door andere belangen dan het belang van Banco di Caribe, Ennia Holding en Ennia Investments en de daaraan verbonden ondernemingen. Van tot schade leidende onbehoorlijke taakvervulling van [A] als feitelijk bestuurder van deze vennootschappen of als commissaris van Banco di Caribe en Ennia Holding is dus geen sprake geweest, en van onrechtmatig handelen in één van zijn vermelde hoedanigheden evenmin. Hetzelfde geldt dan ook voor de andere appellanten, nu Ennia c.s. hen in wezen hetzelfde verwijt maakt. Dat de investering aanvankelijk succesvol bleek, maar alleen de houders van de gewone aandelen daarvan voluit profiteerden terwijl Ennia (eerst Banco di Caribe Investments, later Ennia Investments) enkel het gemaximeerde rendement van 8% ontving, zoals Ennia c.s. nog opmerkt, is het resultaat van het voorgaande en levert geen afzonderlijk verwijt aan appellanten op.

10.11. De optie tot conversie van de preferente aandelen in gewone aandelen tegen een conversieratio van 25% lijkt op het eerste gezicht ongunstig, maar van belang is dat Banco di Caribe Investments/Ennia Investments hiermee de mogelijkheid kreeg om op een later moment alsnog te kiezen voor gewone aandelen, terwijl zij tot dan toe niet volledig in de risico's had gedeeld. Daar komt bij dat, zoals [A] onbetwist heeft aangevoerd, de EBITDA van S&S op dat moment al met 50% was verbeterd. Gelet daarop is aannemelijk dat de gewone aandelen inmiddels in waarde waren gestegen. Bovendien ging het hierbij slechts om een eenzijdig door S&S verleende optie, waarvan Banco di Caribe Investments/Ennia Investments geen gebruik hoefde te maken. Van onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen door de bestuurders/commissarissen is hierbij geen sprake geweest.

- *Conversie naar common shares (november 2006)*

10.12. In november 2006 zijn de 500 door Banco di Caribe Investments en de 6000 door Ennia Investments gehouden *preferred shares* in S&S geconverteerd naar 1667 *common shares*, met één stem per aandeel (waar de *class B common shares* die Parman Capital bezat recht gaven op 10 stemmen per aandeel). Banco di Caribe Investments en Ennia Investments maakten hierbij gebruik van de optie die zij in juni 2006 hadden verkregen, waarbij de conversieratio van 25% werd toegepast. Het aandelenbelang van Banco di Caribe Investments en Ennia Investments kwam daarmee op 25% en dat van Parman Capital op 75% (preciezer: 70% voor Parman Capital en 5% voor [T]).

10.13. [A] heeft aangevoerd dat deze conversie gezien de ontwikkeling van het resultaat van S&S in 2006 zeer gunstig was voor Banco di Caribe Investments en Ennia Investments, gelet op de waarde van het aandelenbelang dat daarmee werd verkregen. Ennia c.s. heeft dat niet tegengesproken. Zij wijst er alleen op dat Ennia (lees: Banco di Caribe Investments en Ennia Investments), na 93% van het eigen vermogen van S&S te hebben verschaft, achterbleef met een belang van 25%, terwijl de overige 75% in handen was van Parman Capital en andere aan [A] gelieerde partijen die slechts 7% van het eigen vermogen hadden verschaft. Dat verschil is echter te verklaren doordat Banco di Caribe Investments bij aanvang de minder risicovolle preferente aandelen had verkregen en inmiddels een aanzienlijke verbetering van het resultaat van S&S



was gerealiseerd. Dat het aandelenbelang van Banco di Caribe Investments en Ennia Investments ten opzichte van dat van Parman Capital en gelieerde partijen niet meer in verhouding stond tot de initiële inleg betekent daarom nog niet dat het belang van Ennia c.s. niet werd gediend met deze transactie en/of dat Ennia c.s. daarmee tekort werd gedaan. Dat Banco di Caribe Investments en Ennia Investments minder zeggenschap kregen dan de houders van de *common shares class B* (Parman Capital c.s.), speelt hier verder geen rol omdat niet is gesteld of gebleken dat dit tot enig concreet nadeel voor Ennia c.s. heeft geleid. Ondanks de dubbelrol die [A] ook hierbij speelde, kan daarom niet worden gezegd dat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld ten opzichte van Banco di Caribe Investments en Ennia Investments en/of Ennia Holding door de transactie tegen de voormelde conversieratio te laten plaatsvinden. Van onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen van [A] in één van zijn vermelde hoedanigheden is in dat opzicht dus geen sprake geweest. Hetzelfde geldt daarmee voor de andere appellanten, nu de verwijten die Ennia c.s. aan hen maakt in het verlengde liggen van de verwijten aan [A].

- *Splitsing aandelen, uitbreiding aandelenbelang, overdracht aan ECII (2007-2012)*

10.14. In september 2007 zijn alle gewone aandelen van S&S gesplitst en vervangen door 15.000 aparte aandelen. De verhouding tussen de betrokken partijen bleef verder onveranderd. Een verwijt levert dit niet op (Ennia c.s. noemt dit ook slechts als onderdeel van de gebeurtenissen). In maart 2009 heeft Ennia Investments 15% extra aandelen in S&S gekocht van Parman Capital voor een koopprijs van USD 26,7 miljoen. Hierbij is een terugkoopoptie bedongen, op grond waarvan Parman Capital het 15% aandelenbelang binnen twee jaar zou kunnen terugkopen voor de koopsom vermeerderd met een opslag van 12% per jaar. Volgens Ennia c.s. gebeurde dit om te voorkomen dat Ennia zou profiteren van mogelijke waardeinstijgingen van S&S. Wat er van het gestelde motief ook zij, van deze optie is geen gebruik gemaakt, zodat dit verder geen bespreking behoeft (nu dit niet tot schade heeft geleid). Eveneens in maart 2009 heeft Ennia Investments de overgebleven *common shares* van Banco di Caribe Investments gekocht, zodat het belang in S&S binnen Ennia c.s. volledig in handen kwam van Ennia Investments. Het belang van Ennia Investments in S&S kwam hiermee uit op 40%. Ennia c.s. noemt vervolgens nog dat in mei 2011 een omgekeerde splitsing van de *common shares* in S&S heeft plaatsgevonden, maar zij verbindt daar verder geen conclusies aan, zodat dit verder geen bespreking behoeft. In december 2012 heeft Ennia Investments haar belang in S&S om fiscale redenen ondergebracht in ECII. Verwijten zijn hierover ook niet gemaakt, zodat dit slechts dient als beschrijving van de ontwikkeling van het belang van de Ennia-vennootschappen in S&S.

- *Aankoop obligaties en omzetting in preferred units 1 (2008-2011, 2013)*

10.15. Tussen 2008 en 2011 heeft ECI voor een totaalbedrag van ongeveer USD 127 miljoen door S&S uitgegeven obligaties aangetrokken met een nominale waarde van USD 141,96 miljoen. Deze obligaties hadden een looptijd tot 2014 en gaven recht op een rente van 10% per jaar. Op verzoek van Ennia Investments, later ECII, heeft S&S in maart 2013 deze obligaties omgezet naar *preferred units 1*, met een rendement gelijk aan het meerdere van (i) een nader omschreven tarief en (ii) 6% per jaar. De rechten en voorwaarden hiervan waren verder gelijk aan die van de later uitgegeven *preferred*

*units 2* (zie hierna 10.22). ECII heeft de *preferred units 1* in bezit gehouden tot aan de overname van S&S door Kirby in 2017.

10.16. Ennia c.s. wijst erop dat Moody's in 2006 aan de obligaties de *credit rating* B3 heeft toegekend, wat betekent dat deze als speculatief werden gezien, en in 2010 deze rating nog heeft verlaagd naar Caa2. Ook vermeldt zij dat Standard & Poor's begin 2009 de *credit rating* van de obligaties heeft vastgesteld op B-, wat inhoudt dat de obligaties als zeer risicovol werden gezien, en eind 2009 de *credit rating* verder heeft verlaagd tot CCC+. Ennia c.s. wijst erop dat het grootste deel van de obligaties na de laatste waardering door Standard & Poor's is aangeschaft en dat op de dag van de verlaagde rating door Moody's nog eens voor ongeveer USD 16,9 miljoen aan obligaties is bijgekocht. Ondanks de uitleg die [A] daarvoor geeft, roept deze gang van zaken inderdaad bedenkingen op. Ook hiervoor geldt echter dat, voor zover dit handelen onbehoorlijke taakvervulling en/of een onrechtmatig handelen van de betrokken (feitelijk) bestuurders en commissarissen oplevert, dit als zodanig niet tot schade heeft geleid. Het ligt immers niet voor de hand dat in de hypothetische situatie zonder normschending voor een belegging in aandelen in S&S was gekozen, nu daaraan nog hogere risico's waren verbonden. Aannemelijk is dat in dat geval een belegging conform het prudente investeringsbeleid van vóór de overname was gevolgd. Gesteld noch gebleken is dat het resultaat in dat geval beter was geweest. Ennia c.s. vermeldt verder nog dat haar accountant (KPMG) vraagtekens heeft gezet bij de conversie van een financieel instrument met een vast rendement van 10% per jaar naar een financieel instrument met een onzeker rendement van - volgens Ennia c.s. - maximaal 6% per jaar. Ook noemt zij dat de obligaties een resterende looptijd hadden van nog slechts anderhalf jaar en dat het nieuwe instrument niet op de beurs werd verhandeld zodat er geen actieve markt voor was en het daarom niet liquide was. Ennia c.s. heeft echter niet toegelicht hoe de investering volgens haar verder zou zijn verlopen als de bedoelde omzetting niet had plaatsgevonden (ook na de looptijd van de obligaties), zodat niet duidelijk is dat deze nadelig voor ECII is geweest. Het Hof ziet daarom onvoldoende grond om aan te nemen dat deze transactie tot schade voor ECII heeft geleid. Daar komt nog bij dat, zoals in 10.1 al is vermeld, Ennia c.s. haar schadevordering zelf ook niet hierop baseert: zij geeft immers aan dat zij buiten beschouwing laat dat Ennia ook heeft geïnvesteerd in obligaties die later zijn omgezet in *preferred units 1*, omdat de obligaties niet zouden hebben meegedeeld in de overwaarde bij verkoop.

- *Verkoop 40%-belang in S&S tegen promissory note (2014)*

10.17. In juni 2014 is het 40%-belang van ECII in S&S verkocht aan Parman Capital voor een bedrag van USD 133,4 miljoen, in ruil voor een *promissory note* (schuldbekentenis). De koopsom werd daarmee in feite omgezet in een geldlening voor dit bedrag met een rente van 4% per jaar en een looptijd van 10 jaar. Zoals [A] vermeldt, gebeurde dit na een sterke aanbeveling van de actuaris van het bedrijf en druk van de Centrale Bank.

10.18. Ennia c.s. voert onder meer aan dat voor Ennia in het geheel niet duidelijk was wat de financiële situatie van Parman Capital was en dat de *promissory note* niet door zekerheden werd gedekt. Daarnaast wijst zij erop dat ECII door de verkoop van de *common shares* tegen uitgifte van een *promissory note* de reeds beperkte zeggenschap verloor die zij op dat moment nog in S&S had. Omdat het verhaalsrisico zich niet heeft

verwezenlijkt en Ennia c.s. niet stelt dat het gebrek aan zeggenschap als zodanig nadelige gevolgen voor ECII heeft gehad, kunnen de stellingen hierover echter niet leiden tot het door Ennia c.s. beoogde resultaat. Verder merkt Ennia c.s. op dat deze transactie meebracht dat Ennia nog slechts een rendement van 4% per jaar ontving en niet langer zou profiteren van mogelijke waardeinstijgingen van S&S in de toekomst. Daarmee ziet zij er echter aan voorbij dat interne en externe toezichthouders (ook de Centrale Bank) al langere tijd kritische opmerkingen maakten over het risicovolle karakter van deze investering en het concentratierisico dat mede vanwege deze omvangrijke investering bestond. De beslissing om de gewone aandelen in S&S te verkopen en te kiezen voor een ander financieel instrument met een vast rendement kan niet los daarvan worden gezien. Onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen levert dit op zichzelf niet op.

10.19. Anders ligt dit ten aanzien van de overeengekomen koopprijs voor het 40%-belang van ECII in S&S van USD 133,4 miljoen. Ennia c.s. wijst er terecht op dat in de periode voorafgaand aan de verkoop verschillende waarderingen waren uitgevoerd waaruit een aanzienlijk hogere waarde naar voren kwam. Zo had Goldman Sachs in 2011 op verzoek van S&S, waarvan [A] voorzitter van het bestuur en *investment committee* was, een waardering uitgevoerd met het oog op een mogelijke beursgang. Deze kwam uit op een bandbreedte van de *equity value* van USD 780 miljoen tot USD 1,7 miljard. Op grond van deze waardering was het 40%-belang van ECII tussen USD 312 miljoen en USD 680 miljoen waard. Wells Fargo had, eveneens in 2011, op verzoek van S&S een waardering uitgevoerd, die op basis van verschillende variabelen uitkwam op een *equity value* in de range van USD 1,16 miljard tot USD 1,44 miljard. Op grond van deze waardering was het 40%-belang van ECII tussen USD 464 miljoen en USD 576 miljoen waard. Op 23 mei 2014 deelde [U] (CFO van Ennia Holding en de verzekeraars) een memorandum met [B] en [C], waarin hij schreef dat op basis van de financiële gegevens per 31 januari 2014 de waarde van de *common units* door een onafhankelijke derde partij was bepaald op USD 11 per aandeel in verband met een *share based compensation plan* en dat op basis hiervan het 40%-belang van ECII USD 247 miljoen waard was. Hoewel deze gegevens bij [A], [B] en [C] bekend moeten zijn geweest (zij hebben dat ook niet - voldoende gemotiveerd - betwist), is daaraan in de besluitvorming over de verkoop geen kenbare aandacht besteed. Gelet op de hiervoor vermelde waarderingen, die duiden op een aanzienlijk hogere waarde van het belang van ECII in S&S dan de genoemde koopprijs, het grote financiële belang dat hierbij speelde en het feit dat [A] ook belang had in de kopende partij (Parman Capital), had het om te beginnen op zijn weg gelegen een objectieve waardering van het belang van ECII in S&S te laten uitvoeren. Vaststaat dat dit niet is gebeurd en dat [A] in plaats daarvan als feitelijk bestuurder en als commissaris van Ennia Holding heeft bewerkstelligd c.q. toegelaten dat de transactie plaatsvond tegen een koopprijs van USD 133,4 miljoen. [A] heeft hierbij duidelijk niet *'at arms length'* gehandeld. De enkele uitleg van [A] dat de prijs van USD 133,4 miljoen is bepaald op basis van het product van 7,6 maal de EBITDA van de onderneming van USD 36 miljoen voor 2014 verminderd met de lange termijnverplichtingen en de verklaring dat hierbij dezelfde vermenigvuldigingsfactor is toegepast als toen hij de company kocht, volstaat hierbij niet. Niet alleen betreft dit een zeer globale berekening, op basis van beperkte gegevens en zonder verdere onderbouwing, ook wordt hiermee geen verklaring gegeven voor het aanzienlijke verschil met de waarderingen door onafhankelijke derden in de periode tot kort voor de verkoop. Dat de (markt)omstandigheden zodanig waren

gewijzigd dat de eerdere waarderingen geen rol meer konden spelen bij de waardebepaling heeft [A] niet aangevoerd en blijkt uit de stukken en het verhandelde ter zitting verder ook niet.

10.20. De conclusie is dat [A], handelend met een tegenstrijdig belang, zich op dit punt onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van Ennia c.s. en daarmee zijn taak als feitelijk bestuurder van Ennia Holding, Ennia Investments en ECII en als voorzitter van de raad van commissarissen van Ennia Holding onbehoorlijk heeft vervuld en dat hem daarvan een ernstig verwijt treft. Het moest hem immers duidelijk zijn dat door verkoop van het belang van ECII in S&S voor een (veel) te lage prijs de vermogenspositie van ECII en daarmee ook van Ennia Investments en Ennia Holding zou worden aangetast, met de schadelijke gevolgen van dien voor de verzekeraars die voor hun continuïteit afhankelijk waren van de financiële situatie van Ennia Investments en Ennia Holding (zie 8.14-8.15). Hij is dan ook aansprakelijk voor de schade die Ennia Holding, Ennia Investments en ECII als gevolg daarvan hebben geleden. Ennia c.s. heeft verder onvoldoende gesteld om aan te kunnen nemen dat [A] met het voorgaande ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens de verzekeraars en daarom ook schadeplichtig is aan hen.

10.21. Op de vraag of (een of meer van) de andere appellanten hiervoor ook aansprakelijk zijn, zal na de bespreking van de overige transacties worden ingegaan.

- *Beëindiging promissory note tegen uitgifte preferred units 2 (2015)*

10.22. In september 2015 is de *promissory note* beëindigd tegen uitgifte van 140.093 *preferred units 2* met een nominale waarde van in totaal USD 140,93 miljoen en een rendement, gesteld op het meerdere van (i) een nader omschreven tarief en (ii) 6% per jaar. De rentevoet was verder afhankelijk van de door S&S behaalde winst en onderworpen aan goedkeuring door de houders van *common shares*. Houders van *preferred units 2* hadden verder niet het recht deze om te ruilen of te converteren naar andere financiële instrumenten, terwijl overdracht slechts mogelijk was na goedkeuring door de houders van *common shares*. ECII heeft deze *preferred units 2* in bezit gehouden tot aan de overname van S&S door Kirby in 2017.

10.23. Ennia c.s. voert aan dat zij (lees: ECII) hiermee niet de *common shares* terug kreeg die zij in 2014 had opgegeven of een ander financieel instrument dat recht deed aan de initiële investering. Gelet op de achtergrond van de verkoop in 2014 ziet het Hof echter niet in dat appellanten het in de gegeven omstandigheden daartoe hadden moeten leiden. Ennia c.s. wijst er verder op dat het ging om deelnemingsrechten met een beperkte *upside* en zonder stemrecht en dat [A] hiermee alle zeggenschap en het uitzicht op de volledige *upside* bij een waardestijging van S&S behield, terwijl Ennia (ECII) en [A] een vergelijkbaar risico liepen. Ennia c.s. laat daarbij echter buiten beschouwing dat de *preferred units* recht gaven op uitkering (en op terugbetaling bij verkoop of liquidatie van S&S) bij voorrang boven een uitkering aan houders van andere aandelen. In dat opzicht waren de risico's dus niet gelijk. Ennia c.s. noemt verder nog dat het rendement afhankelijk was van de door S&S behaalde winst. Zij merkt op dat dit te meer van belang is omdat ECII de *preferred shares* ontving in een periode dat de winst van S&S onder druk stond. Deze omstandigheid maakt echter niet dat de toekenning van *preferred units* (in plaats van *common shares*) nadelig was

voor ECII, integendeel. Voor zover Ennia c.s. heeft bedoeld dat de omzetting van de *promissory note* naar de *preferred units 2* als zodanig nadelig was voor ECII, heeft zij dat onvoldoende toegelicht. Gelet daarop kan niet worden gezegd dat appellanten met deze transactie ernstig verwijtbaar hebben gehandeld. Van onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen is hierbij dus geen sprake geweest.

- *Verkoop aan Kirby en verdeling opbrengst (2017)*

10.24. In juni 2017 heeft Kirby alle activa van S&S overgenomen en daarvoor een koopprijs van USD 744,5 miljoen betaald (deels in contanten en deels in aandelen Kirby). In september 2017 heeft ECII als afbetaling van de *preferred units 1 en 2* een bedrag van USD 145 miljoen en aandelen Kirby ter waarde van USD 141 miljoen ontvangen. ECII heeft in totaal dus USD 286 miljoen ontvangen. Dit bedrag bestaat uit de nominale waarde van de *preferred units 1* (USD 141,96 miljoen) en 2 (USD 140,09 miljoen) en de opgebouwde interest die ten tijde van de overname nog niet was voldaan.

Niet in geschil is dat ECII daarmee de waarden kreeg uitgekeerd waar zij op grond van de door haar gehouden *preferred units 1 en 2* recht op had. Dat zij niet (naar rato van de initiële inleg) heeft meegedeeld in de sterk toegenomen waarde van S&S, zoals Ennia c.s. opmerkt, is het gevolg van de hiervoor besproken transacties en levert geen afzonderlijk verwijt aan appellanten op. Ennia c.s. voert verder nog aan dat zij met de uitbetaling in aandelen Kirby wederom werd opgezaagd met een concentratie- en marktrisico en dat bovendien opnieuw sprake was van een aan [A] gerelateerde investering. Zij stelt dat [F] daarvoor aansprakelijk is, maar zij verbindt daar verder geen gevolgen aan voor haar vordering. Nu er ook geen aanwijzingen zijn dat dit onderdeel van de transactie tot schade voor Ennia c.s. heeft geleid, behoeft deze stelling verder geen bespreking.

- *Tussenconclusie en aansprakelijkheid van appellanten*

10.25. Uit het voorgaande volgt dat – geabstraheerd van de keuze voor een investering in S&S als zodanig – alleen bij de transactie in 2014 ernstig tekort is gedaan aan de belangen van Ennia doordat de aandelen van ECII in S&S voor een veel te lage prijs aan Parman Capital zijn verkocht. Zoals hiervoor is overwogen, is [A] daarvoor aansprakelijk jegens Ennia Holding, Ennia Investments en ECII, omdat hij zijn taken als commissaris van Ennia Holding en feitelijk bestuurder van Ennia Holding, Ennia Investments en ECII onbehoorlijk heeft vervuld. De vraag is vervolgens of de andere appellanten daarvoor ook aansprakelijk zijn. Daarover overweegt het Hof het volgende.

10.26. [E] is niet betrokken geweest bij de transactie in 2014, die ruimschoots na zijn bestuursperiode (2005-2011) heeft plaatsgehad. Ennia c.s. wijst er nog op dat de oorspronkelijke investering in S&S wel plaatsvond in de periode dat [E] bestuursvoorzitter van Ennia was. Dat maakt wat dit betreft echter geen verschil: de gedraging waarvan de betrokkenen een verwijt wordt gemaakt (de verkoop van de aandelen in S&S tegen een veel te lage prijs) vloeit daar immers niet direct uit voort. [E] kan daarvan dan ook geen verwijt worden gemaakt, zodat hij niet aansprakelijk is voor de schade die daaruit is ontstaan.

10.27. [C] en [B] waren ten tijde van deze transactie wel bestuurders van Ennia Holding, en [C] ook van Ennia Investments. Zij waren op dat moment ook lid van het *investment committee* van Ennia Holding. Naast [A], die ten aanzien van de investeringen niet alleen als voorzitter van de raad van commissarissen maar ook als feitelijk bestuurder van Ennia Holding, Ennia Investments en ECII optrad, waren zij collectief verantwoordelijk voor het investeringsbeleid van Ennia Holding, nu dit onder de in 8.6 vermelde bestuurstaken viel. Dit omvatte ook de majeure beslissingen over de investeringen via Ennia Investments en ECII en daaronder viel zeker de verkoop van het belang van ECII in S&S, nu dit een groot deel van het belegde vermogen van de Ennia-groep betrof. Bij de voorbereiding van deze transactie was in elk geval [B] ook feitelijk betrokken (zoals blijkt uit de correspondentie met advocaat [H] over de transactiedocumentatie, zie 3.68). [C] en [B] valt persoonlijk een ernstig verwijt ervan te maken dat de verkoopprijs door [A] werd bepaald terwijl hij een duidelijk tegenstrijdig belang had, nu er duidelijke aanwijzingen waren dat de aandelen aanzienlijk meer waard waren dan de overeengekomen koopprijs en Parman Capital de koper was. Zij hadden moeten ingrijpen en ervoor moeten zorgen dat de verkoopprijs op basis van een deugdelijke waardering door een onafhankelijke deskundige werd vastgesteld. Als [A] daarin niet had willen meegaan, hadden zij hun conclusies moeten trekken en zo nodig ontslag moeten nemen. Dat hebben zij niet gedaan. Gronden voor disculpatie ziet het Hof hierbij niet: gelet op wat hiervoor is overwogen, kan niet worden gezegd dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan [C] en [B], mede gelet op hun werkkring en de periode waarin zij in functie zijn geweest, te wijten is en dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Het toezien op een redelijke prijsbepaling voor de aandelen in S&S, in het belang van Ennia c.s., behoorde immers tot hun taak/werkkring, zij kenden de relevante feiten of behoorden deze te kennen (zoals de eerdere waardering en het tegenstrijdige belang van [A]) en de verkoop vond plaats midden in hun jarenlange bestuursperiode. Ook is niet gesteld of gebleken dat zij kritische opmerkingen over deze gang van zaken hebben gemaakt, een objectieve waardebepaling hebben voorgesteld of anderszins hebben geprobeerd een ongunstige transactie voor Ennia c.s. te voorkomen of de nadelige gevolgen daarvan af te wenden. [C] en [B] zijn daarom, naast [A], hoofdelijk aansprakelijk voor de onbehoorlijke taakvervulling jegens Ennia Holding en [C] ook jegens Ennia Investments. Omdat hen persoonlijk een ernstig verwijt van deze handelwijze treft, zijn zij ook aansprakelijk wegens onrechtmatig handelen jegens ECII en [B] ook jegens Ennia Investments. Het Hof ziet onvoldoende grond om aan te nemen dat [C] en [B] met het voorgaande ook onrechtmatig hebben gehandeld jegens de verzekeraars en daarom ook schadeplichtig zijn jegens hen.

10.28. Zoals hiervoor is overwogen (8.24), volgt het Hof Ennia c.s. niet in het standpunt dat Parman International als feitelijk bestuurder van Ennia c.s. moet worden aangemerkt. Dat oordeel geldt ook voor de investeringen in S&S. Parman International kan daarom niet als feitelijk bestuurder een ernstig verwijt van de S&S-transacties worden gemaakt en is dus ook niet op die grond aansprakelijk. Het oordeel van het Gerecht dat niet voldoende gesteld of gebleken is dat aan Parman International als aandeelhouder in dit opzicht een verwijt is te maken op grond waarvan Parman International aansprakelijk kan worden gehouden (5.70 van het vonnis) heeft Ennia c.s. verder niet bestreden en het Hof verenigt zich daar ook mee. Voor zover Ennia c.s. zich in dit verband nog wel op ongerechtvaardigde verrijking van Parman International

beroept, geldt daarvoor wat hierna ten aanzien van [D] wordt overwogen. Parman International is dus niet aansprakelijk voor schade als gevolg van de S&S-transactie uit 2014.

10.29. Het Hof heeft hiervoor geoordeeld dat [A] onder meer als voorzitter van de raad van commissarissen van Ennia Holding is tekortgeschoten in de uitoefening van zijn toezichthoudende taak en dat hem daarvan een ernstig verwijt treft ten aanzien van deze transactie, zodat hij mede op die grond aansprakelijk is tegenover Ennia Holding. [D] was in deze periode ook commissaris van Ennia Holding. Gelet op het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid, dat ook geldt voor de raad van commissarissen, rust deze aansprakelijkheid in beginsel ook op haar. Naar het oordeel van het Hof kan zij zich echter disculperen. Om te beginnen heeft [D] erop gewezen dat Ennia Holding een auditcommissie had, waarvan zij geen lid was, en dat zij niet de post van commissaris vervulde met het profiel financiële deskundigheid. Verder heeft zij aangevoerd dat zij in beginsel mocht afgaan op de informatie die zij kreeg van het bestuur, van haar collega's die in commissies van de raad van commissarissen zitting hadden en van externe deskundigen, zolang zij geen reden had te twijfelen aan de juistheid van die informatie. Ook mocht zij in beginsel afgaan op de door de vennootschap ingeschakelde accountants. Het Hof is dat met haar eens. Ennia c.s. heeft uitvoerig betoogd dat [D] inhoudelijk niets heeft gedaan om haar functie als commissaris invulling te geven. Uit het dossier en het verhandelde ter zitting blijkt inderdaad niet meer dan dat zij de stukken voor de vergaderingen van de raad van commissarissen heeft gelezen en bij de vergaderingen aanwezig is geweest. Zij heeft niet duidelijk kunnen maken waaruit haar bijdrage verder heeft bestaan. Hoewel zij haar toezichthoudende taak daarmee in algemene zin zeer beperkt heeft ingevuld, wil dat echter nog niet zeggen dat haar ten aanzien van de onderhavige transactie een ernstig verwijt treft en dat de onbehoorlijke taakvervulling op dit punt mede aan haar is te wijten. Dat zou pas het geval zijn als zij over informatie beschikte die reden gaf om vragen over deze transactie te stellen en/of andere actie te ondernemen. Dat is niet het geval geweest. Evenmin is gesteld noch gebleken dat [D] aanwijzingen had dat haar relevante informatie werd onthouden. Het standpunt van Ennia c.s. dat op [D] als commissaris hier een verdergaande (haal)plicht rustte (zie grief 5 in het incidenteel appel), volgt het hof dus niet. Om die reden valt haar ook niet te verwijten dat zij geen maatregelen heeft getroffen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling door [A] bij deze transactie af te wenden. Dit betekent dat zij op deze grond niet aansprakelijk is jegens Ennia Holding. Om dezelfde redenen kan niet worden gezegd dat zij persoonlijk ernstig verwijtbaar heeft gehandeld jegens Ennia Investments, ECII en/of de andere Ennia-vennootschappen. Van een onrechtmatige daad jegens hen is daarom geen sprake, zodat ook op die grond geen aansprakelijkheid op haar rust. Voor zover Ennia c.s. stelt dat [D] ongerechtvaardigd is verrijkt door de S&S-transacties, heeft zij dat onvoldoende toegelicht. Ennia c.s. vermeldt daarover slechts dat de aansprakelijkheid van [D] is gebaseerd op het feit dat zij als aandeelhouder van Parman International op onrechtmatige wijze heeft geprofiteerd van (onder andere) de S&S-investeringen. Ennia c.s. maakt echter niet duidelijk hoe [D] als aandeelhouder van Parman International beter zou zijn geworden van de S&S-transacties, terwijl Ennia er volgens Ennia c.s. juist door is benadeeld en Parman International de aandeelhouder van Ennia Holding, de topvennootschap van Ennia, is. Voor zover Ennia c.s. heeft bedoeld dat [D] als aandeelhouder van S&S heeft geprofiteerd van de S&S-transacties, is dat op zichzelf juist maar onvoldoende: gelet op het voorgaande kan niet

worden gezegd dat zij daardoor is verrijkt zonder dat daarvoor een redelijke grond aanwezig is. Nu de conclusie is dat de vordering op dit punt, naar het volgens Ennia c.s. van toepassing zijnde recht van Curaçao beoordeeld, niet toewijsbaar is, heeft [D] geen belang meer bij beoordeling van haar standpunt dat het recht van de staat Texas van toepassing is.

- *Schade*

10.30. Aannemelijk is dat Ennia Holding, Ennia Investments en ECII als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling respectievelijk het onrechtmatig handelen door [A], [C] en [B] jegens hen bij de verkoop van het 40%-belang in S&S in 2014 schade hebben geleden. Deze schade moet worden begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is (artikel 6:97 BW). Als uitgangspunt voor berekening van de omvang van de verplichting tot schadevergoeding dient dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Dit brengt mee dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden (zie bv. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539). In dit geval gaat het om vermogensschade, zowel in de vorm van geleden verlies als gederfde winst: doordat de aandelen van ECII in S&S voor een te lage prijs zijn verkocht, is haar vermogen gedaald en is haar ook de vermogensstijging ontgaan die zij bij investering van de opbrengst na verkoop voor een reële prijs zou hebben behaald. Een concrete benadering past bij deze aard van de schade en is ook goed mogelijk, zoals hierna wordt uiteengezet.

10.31. Redelijkerwijs te verwachten is dat in de hypothetische situatie, bij een behoorlijke taakvervulling van [A], [C] en [B] in het kader van de verkoop van het 40%-belang in S&S aan Parman Capital, een objectieve waardering van dit belang zou hebben plaatsgevonden, met een resultaat dat in lijn ligt met de waarden die voor en na deze transactie zijn bepaald en met de waarde die ten tijde van de transactie in het hiervoor vermelde memorandum is genoemd, en dat een verkoop tegen deze waarde zou zijn gevolgd. Daarbij weegt mee dat de verkoop plaatsvond na sterke aanbeveling van de interne actuaris van Ennia en druk van de Centrale Bank en dat [A] het in zijn macht had om ook Parman Capital met een hogere, op een objectieve waardering gebaseerde koopprijs te laten instemmen. Gezien deze achtergrond en het overwegende belang dat [A] zowel (indirect) in Ennia als in Parman Capital had, is er geen reden om te veronderstellen dat bij een hogere koopprijs, gebaseerd op een objectieve waardering van het belang van ECII, van de (ver)koop was afgezien. Wat de waardering zelf betreft, geldt dat niet is gebleken van omstandigheden die aanleiding geven voor een te verwachten, sterk van de lijn van de eerdere en latere waarderingen afwijkende waardering in (juni) 2014. Zoals in 10.19 al is vermeld, zou het 40%-belang van ECII volgens de waardering door Goldman Sachs in 2011 tussen USD 312 miljoen en USD 680 miljoen waard zijn en volgens de waardering door Wells Fargo in datzelfde jaar tussen USD 464 miljoen en USD 576 miljoen. Uit het memo van [U] van 23 mei 2014 blijkt dat volgens de waardering door een onafhankelijke derde partij op basis van de financiële gegevens per 31 januari 2014 het 40%-belang van ECII USD 247 miljoen waard was. Weliswaar zijn geen verdere gegevens bekend over deze waardering, maar [A], [C] en [B] hebben ook niets aangevoerd om aan de betekenis of



relevantie hiervan te twijfelen. Het Hof merkt daarbij nog op dat zij gezien hun positie en betrokkenheid in staat moeten worden geacht om gegevens hierover te verstrekken, zodat mag worden verwacht dat zij dat hadden gedaan als daar aanleiding voor had bestaan. In een waarderingsrapport dat PwC op 25 april 2016 op verzoek van S&S heeft opgesteld, komt PwC uit op een *equity value* van S&S tussen USD 690 miljoen en USD 770 miljoen, wat neerkomt op een waarde tussen USD 219 miljoen en USD 252 miljoen voor het 40%-belang van ECII. Blijkens het rapport is deze waardering onder meer gebaseerd op een analyse van de financiële gegevens van S&S over 2011-2015, discussie met het management en analyse van marktgegevens, en is de DCF-methode toegepast waarbij de lage EBITDA in 2014 en 2015 in de beoordeling zijn betrokken. Hoewel in deze waardering dus ook gegevens en ontwikkelingen van na de verkoop zijn betrokken, geeft deze wel een indicatie van de waarde in 2014 met inachtneming van de slechte resultaten die in die periode werden behaald. De prijs van USD 744,5 miljoen die Kirby in 2017 voor S&S heeft betaald, ligt tot slot in de lijn van de waardering door PwC.

10.32. Voorzichtigheidshalve zal het Hof uitgaan van het gemiddelde van de laagste waarden van het 40%-belang van ECII uit de waarderingsrapporten kort voor en na de transactie in 2014: USD 247 miljoen + USD 219 miljoen = USD 466 miljoen : 2 = USD 233 miljoen. Het Hof neemt dan ook aan dat een objectieve waardering voorafgaand aan de verkoop (ten minste) hierop was uitgekomen en dat ECII haar 40%-belang in S&S voor dit bedrag aan Parman Capital zou hebben verkocht. Het Hof gaat er verder van uit dat de transacties voor het overige op dezelfde voorwaarden zouden hebben plaatsgevonden, nu er geen reden is om anders aan te nemen. Dit betekent dat wordt aangenomen dat (i) de verkoop op 26 juni 2014 zou hebben plaatsgevonden in ruil voor een *promissory note* ter waarde van USD 233 miljoen met een rente van 4% per jaar, (ii) de *promissory note* op 26 september 2015 zou zijn beëindigd tegen uitgifte van *preferred units 2* met een waarde gelijk aan het bedrag van deze *promissory note* vermeerderd met de vervallen rente van 4% per jaar over dit bedrag, en vervolgens met de voor de *preferred units 2* geldende rente, en (iii) na de verkoop aan Kirby op 13 september 2017 de waarde aan ECII zou zijn uitgekeerd die haar toekwam op basis van de *preferred units 2* die zij in deze situatie in haar bezit zou hebben gehad.

Ad (ii): de (enkelvoudige) rente van 4% per jaar, berekend over de hoofdsom van USD 233 miljoen over de periode van 26 juni 2014 tot 26 september 2015, bedraagt USD 11.694.685. Het totaal van de hoofdsom plus rente zou daarmee USD 244.694.685 hebben bedragen. ECII zou dus *preferred units 2* met een waarde gelijk aan dit bedrag hebben verkregen.

Ad (iii): na de verkoop van S&S in 2017 zou vervolgens aan ECII zijn uitgekeerd wat haar op basis van het bezit van *preferred units 2* ter waarde van USD 244.694.685 zou toekomen.

10.33. Zoals Ennia c.s. onbetwist heeft gesteld, heeft ECII gedurende de looptijd van de *preferred units 2* USD 16,53 miljoen aan rente ontvangen. Dit komt overeen met de rente van 6% over de nominale waarde van de *preferred units 2* van USD 140,09 miljoen, berekend over de periode van 26 juni 2015 tot 26 september 2017 (USD 16.534.458). Voor de berekening gaat het Hof er daarom van uit dat ECII op basis van de *preferred units 2* in totaal USD 156.624.458 miljoen (USD 140.090.000 + USD 16.534.458) heeft ontvangen. In de hypothetische situatie zou ECII dezelfde rente hebben ontvangen, maar dan over het bedrag van USD 244.694.685. In dat geval zou ECII in totaal USD

273.575.362 (USD 244.694.685 + USD 28.880.677) hebben ontvangen. De schade bestaat dan uit het verschil: USD 273.575.362 - USD 156.624.458 = USD 116.950.904, afgerond USD 117 miljoen.

10.34. In het voorgaande heeft het Hof de schade begroot op het verschil tussen de opbrengst die Ennia (lees: ECII) had moeten ontvangen en de opbrengst die zij daadwerkelijk heeft ontvangen, zoals Ennia c.s. dat ook heeft bepleit. Het resultaat wijkt alleen af van wat Ennia c.s. heeft gevorderd, omdat het Hof het standpunt van Ennia c.s. niet volgt dat zij pro rata (naar evenredigheid van haar oorspronkelijke inleg) in de opbrengst van de S&S-transactie had moeten delen en de door Ennia gederfde winst daarom gelijk is aan het voordeel dat [F] in dat opzicht hebben behaald. Het Hof ziet daarom ook geen grond om de schade op de voet van artikel 6:104 BW te begroten op het bedrag van de winst die [F] door de onrechtmatige daad of tekortkoming in dat opzicht hebben genoten, zoals Ennia c.s. heeft gevorderd. Uitgaande van de door het Hof vastgestelde tekortkoming/onrechtmatige daad leidt toepassing van artikel 6:104 BW overigens ook niet tot een schadebegroting met een ander (voor Ennia c.s. gunstiger) resultaat dan hiervoor is weergegeven.

10.35. Verder zal door de vermogensschade die ECII heeft geleden ook schade zijn geleden door Ennia Investments (als aandeelhouder van ECII) en door Ennia Holding (als aandeelhouder van Ennia Investments). Deze schade kan echter niet zonder meer gelijk worden gesteld met het bedrag van de door ECII geleden schade. Bij gebrek aan verdere aanknopingspunten kan het Hof deze schade daarom nu niet begroten. Het Hof zal daarom wat dit betreft een veroordeling uitspreken tot schadevergoeding op te maken bij staat.

10.36. De hiervoor bepaalde schade staat in zodanig verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van [A], [C] en [B] berust - de verkoop van de aandelen van ECII in S&S aan Parman Capital voor een veel te lage prijs (en het effect daarvan voor Ennia Holding en Ennia Investments) - dat zij hen, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid (bestuurders-/commissarissenaansprakelijkheid gebaseerd op schuld in de vorm van ernstige verwijtbaarheid) en van de schade (vermogensschade in de vorm van geleden verlies en gederfde winst), als een gevolg van deze gebeurtenis is toe te rekenen (artikel 6:98 BW).

10.37. Het voorgaande betekent dat de grief van [A] gedeeltelijk slaagt (het Hof komt tot de conclusie dat hij wel aansprakelijk is, maar alleen voor de schade als gevolg van de S&S-transactie in 2014 en daarmee tot een lager bedrag dan het Gerecht heeft vastgesteld) en de grief van [D] geheel (anders dan het Gerecht komt het Hof tot de conclusie dat zij op dit punt niet aansprakelijk is). De grief van Ennia c.s. slaagt echter ook ten dele (gelet op het oordeel van het Hof dat [C] en [B] mede aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van de S&S-transactie in 2014).

*Vorderingsgerechtigdheid Ennia c.s.*

10.38. Uit het voorgaande volgt dat Ennia Holding en Ennia Investments een eigen recht op schadevergoeding hebben jegens [A], [C] en [B]. Zij zijn dan ook zonder meer bevoegd deze vordering in te stellen. De vraag is dan nog wie bevoegd is ten aanzien van de vordering van ECII. Ennia c.s. stelt dat dit (ook) Ennia Investments is, omdat de

vordering van ECII aan haar is gecedeerd. Zij heeft in eerste aanleg de daarop betrekking hebbende overeenkomst van cessie van 9 oktober 2019 overgelegd. Het Gerecht heeft het verweer van [A], Parman International, [D], [B] en [C] verworpen dat deze overeenkomst te onbepaald is en dat de mededeling van cessie ten onrechte pas is gedaan door overlegging van de overeenkomst in deze procedure en heeft geoordeeld dat sprake is van een rechtsgeldige cessie, zodat Ennia Investments de vordering tegen hen kan instellen (5.1 en 5.2 van het eindvonnis).

10.39. [D] keert zich met grief 7 tegen deze beslissing. Nu het Hof hiervoor al heeft geoordeeld dat de vordering ten aanzien van de S&S-transacties tegen haar niet toewijsbaar is, heeft zij geen belang meer bij beoordeling van deze grief. [C] en [B] hebben echter ook bezwaren tegen deze beslissing aangevoerd (onder grief 1). Bovendien moet op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep opnieuw/alsnog op hun in eerste aanleg gevoerde en niet prijs gegeven verweer op dit punt worden ingegaan. Dat laatste geldt ook voor [A] (en voor zover nodig wordt dit in de zaak tegen hem ook ambtshalve opnieuw beoordeeld).

10.40. Het Hof stelt voorop dat de hiervoor vastgestelde vordering tot schadevergoeding betrekking heeft op de schade die door de verkoop van het 40%-belang van ECII in S&S voor een te lage prijs in 2014 is ontstaan. Het gaat dus niet om een vordering die zou zijn ontstaan vóór eind 2012 (toen ECII werd opgericht en de aandelen in S&S bij haar werden ingebracht). Het doet dus ook niet ter zake of een dergelijke vordering eerder door Ennia Investments is overgedragen aan ECII.

10.41. Niet in geschil is dat de goederenrechtelijke aspecten van de cessie worden beheerst door het recht van Curaçao (dit op grond van de rechtskeuze in de cessie-akte). Op grond van artikel 3:94 BW zijn voor de levering van een vordering op naam, zoals hier aan de orde, een daartoe bestemde akte en mededeling daarvan aan de schuldenaar vereist. De over te dragen vordering moet, overeenkomstig artikel 3:84 lid 2 BW, in voldoende mate door de akte worden bepaald. Daarbij is niet vereist dat de vordering in de akte zelf is geïndividualiseerd; voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat (HR 16 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1759, NJ 1996, 508).

Met het Gerecht is het Hof van oordeel dat in dit geval aan deze vereisten is voldaan. In de cessie-akte is vermeld dat ECII een vordering heeft op onder meer de directe en indirecte aandeelhouders, bestuurders en commissarissen van Ennia Holding en haar directe en indirecte dochterondernemingen, welke vordering is ontstaan in de periode vanaf 2005 tot en met 2018. Verder is vermeld dat Ennia Investments, samen met andere Ennia-entiteiten, bezig is een procedure aanhangig te maken voor het gerecht in Curaçao om vergoeding van schades te vorderen die aan verschillende vennootschappen van de Ennia-groep zijn toegebracht, waaronder die waarop de vermelde vordering betrekking heeft. ECII en Ennia Investments zijn overeengekomen dat ECII deze vordering overdraagt aan Ennia Investments. Niet in geschil is dat ECII geen andere activiteiten heeft dan die met betrekking tot haar belang in S&S. Gelet op dit alles is duidelijk dat het bij de over te dragen vordering gaat om de vordering tot schadevergoeding van ECII tegen (onder meer) de directe en indirecte aandeelhouders, bestuurders en commissarissen van Ennia Holding en haar dochterondernemingen in verband met de S&S-transacties. Verder staat vast dat Ennia c.s. mededeling van de

cessie-akte heeft gedaan aan appellanten, in elk geval door de overeenkomst van cessie in deze procedure over te leggen. Dat in de overeenkomst is opgenomen dat de cessie effect zal hebben nadat 'notice' is gedaan aan de 'debtor', correspondeert met de wettelijke vereisten en voegt daar niets wezenlijks aan toe. Dat de mededeling pas tijdens de procedure is gedaan, doet aan de geldigheid ervan niet af. De conclusie is dat de vordering van ECII rechtsgeldig is overgedragen aan Ennia Investments, zodat zij bevoegd is deze in te stellen.

10.42. De grieven en verweren op dit punt treffen dus geen doel.

#### *Klachtplicht*

10.43. [A] (grief V) en [B] en [C] (grief V) hebben aangevoerd dat Ennia c.s. haar klachtplicht in de zin van artikel 6:89 BW heeft geschonden. Ook [D] heeft zich in haar grief 3 beroepen op schending van de klachtplicht, maar zij heeft geen belang meer bij dit verweer. [A], [C] en [B] stellen zich kort gezegd op het standpunt dat de reikwijdte van artikel 6:89 BW zich volgens rechtspraak van de Hoge Raad uitstrekt over 'alle verbintenissen' en dus ook van toepassing is op de door Ennia c.s. tegen hen ingestelde vorderingen. Volgens [A], [C] en [B] heeft Ennia c.s. niet tijdig bij hen geklaagd. Ennia heeft hiertegen onder meer aangevoerd dat genoemd artikel niet geldt voor vorderingen op grond van interne en externe bestuurders- en commissarissenansprakelijkheid (uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling/onrechtmatige daad).

10.44. Het betoog van Ennia c.s. treft doel. De klachtplicht van artikel 6:89 BW heeft betrekking op het gebrekkig nakomen van verbintenissen. Het artikel bepaalt dat een schuldeiser geen beroep meer kan doen op een gebrek in de prestatie indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Het artikel staat in Boek 6, afdeling 1, titel 9, over de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis. Het Hof stelt voorop dat de verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon een verhouding is van vennootschappelijke aard. De gehoudenheid tot behoorlijke taakvervulling als neergelegd in artikel 2:14 lid 1 BW is geen verbintenis die gelijk is te stellen met een verbintenis van vermogensrechtelijke aard als waar artikel 6:89 BW betrekking op heeft. Artikel 6:89 BW is ook niet bedoeld voor de rechtsverhouding tussen een bestuurder of commissaris en de vennootschap.

10.45. [A], [C] en [B] betogen dat het hier niet gaat om een klassieke relatie tussen bestuurder/commissaris enerzijds en de vennootschap anderzijds, maar om een groep van vennootschappen met daarbinnen op diverse niveaus verschillende bestuurders (en commissarissen) die voldoende ruimte en mogelijkheid hadden om te klagen. Wat hiervan zij (dit argument komt ook bij het beroep op verjaring nog aan de orde) dit neemt niet weg dat de aard van de rechtsverhouding aan toepassing van artikel 6:89 BW in de weg staat.

10.46. De klachtplicht ziet verder niet op een vordering uit onrechtmatige daad. Dat is slechts anders indien de vordering uit onrechtmatige daad is gericht tegen de schuldenaar en is gegrond op feiten die tevens de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt. Daarvan is hier echter geen sprake.

10.47. Ten overvloede merkt het Hof nog op dat, ook als de klachtplicht van artikel 6:89 BW wel van toepassing zou zijn, het beroep daarop niet opgaat. Daartoe overweegt het Hof het volgende.

Volgens vaste rechtspraak is bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van artikel 6:89 BW mede van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld - te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming - en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend. [A], [C] en [B] hebben niet gesteld dat zij door het verstrijken van de tijd tot het moment waarop Ennia c.s. over hun handelen heeft geklaagd in hun belangen zijn geschaad. De opmerking tijdens de pleidooizitting (in tweede termijn) dat zij zich voor zover mogelijk aansluiten bij de juridische standpunten die de mede-appellanten hebben ingenomen ter onderbouwing van het standpunt dat alle vorderingen van Ennia c.s. moeten worden afgewezen is onvoldoende om hierbij te betrekken wat [D] heeft aangevoerd over haar belangen. Daar komt bij dat interne en externe toezichthouders al langere tijd kritiek uitten op het gevoerde investeringsbeleid waaruit de onderhavige transactie voortkwam. Onder die omstandigheden is het tijdsverloop als zodanig onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat Ennia c.s. niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd en haar rechten inzake de tekortkoming daarom zijn vervallen.

10.48. Uit het vorenstaande volgt dat de grieven met betrekking tot de klachtplicht worden verworpen.

### *Verjaring*

10.49. Appellanten hebben verder een beroep gedaan op verjaring van de vorderingen van Ennia c.s. Het Gerecht heeft dit beroep verworpen met de overweging (in 5.82 en 5.83 van het eindvonnis ten aanzien van de S&S-vordering) dat Ennia c.s. terecht heeft gesteld dat zij pas na het uitspreken van de noodregeling op 4 juli 2018 bekend is geraakt met de schade. In dit geval geldt een uitzondering op de regel dat wetenschap van bestuurders geldt als wetenschap van de rechtspersoon omdat het gaat om schade die door de bestuurders zelf aan de vennootschap wordt toegebracht, aldus het Gerecht. [A] (grief V) en [C] en [B] (grief V) hebben dit oordeel bestreden. Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep moet hun verweer op dit punt overigens ook opnieuw worden beoordeeld. Parman International (de grief in § 1 onder 42), [D] (grief 4) en [E] (grief 9) hebben het beroep op verjaring ook opnieuw aan de orde gesteld, maar zij hebben geen belang meer bij beoordeling van dit verweer in verband met de S&S-vordering. Het Hof gaat hier dan ook alleen in op het verweer van [A], [C] en [B].

10.50. Volgens [A], [C] en [B] heeft het Gerecht artikel 3:310 BW onjuist toegepast. Zij voeren, voor zover hier van belang, het volgende aan. In 5.82 is Ennia Investments als primair benadeelde aangemerkt. Nergens blijkt echter uit waarom dat zo is. Verder is het onjuist dat Ennia c.s. pas na het uitspreken van de noodregeling op 4 juli 2018 bekend is geraakt met de schade en aansprakelijke persoon. Alle bestuursleden en commissarissen van Ennia c.s. waren vanaf het begin op de hoogte van de S&S-transactie en betrokken bij het besluitvormingsproces en de uitvoering daarvan. De kennis van de bestuurders kan worden toegerekend aan Ennia c.s. vanaf het moment van de S&S-transactie. Er is geen reden om daarop een uitzondering te maken. Ennia c.s. kende vanaf 2006 tot het uitspreken van de noodregeling op diverse niveaus veel andere bestuurders naast [C] en [B] die, als er sprake was van schade, daarvan op de hoogte hadden kunnen en moeten zijn zodat al eerder sprake was van bekendheid bij Ennia c.s. en al eerder adequate acties hadden kunnen worden ondernomen. De verjaringstermijn gaat dan lopen op het moment waarop de relevante handelingen hebben plaatsgevonden. Ennia c.s. heeft op 11 oktober 2019 haar verzoekschrift ingediend, zodat gepretendeerde vorderingen van voor 11 oktober 2014 zijn verjaard. De ontvangst van de door Ennia c.s. gestelde stuitingsbrief van 3 november 2018 wordt betwist. Voor zover stuiting zou hebben plaatsgevonden zijn de vorderingen die voor 3 november 2013 zijn ontstaan verjaard. De verlengingsgrond van artikel 3:321 lid 1(d) jo. artikel 3:320 BW is niet van toepassing omdat de verstandhouding binnen het bestuur en met de grootaandeelhouder daar niet om vraagt en Ennia c.s. bovendien haar recht heeft verwerkt daarop een beroep te doen. Eventueel ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van [C] en [B] en [A] en de redelijkheid en billijkheid staan niet aan een beroep op verjaring in de weg, aldus - nog steeds - [A], [C] en [B].

10.51. Ennia c.s. heeft op verschillende gronden gemotiveerd betwist dat [A], [C] en [B] een beroep op verjaring kunnen doen. Deze komen, voor zover nodig, hierna aan de orde. Het Hof overweegt als volgt.

10.52. Ten aanzien van de verkoop van het 40%-belang van ECII in S&S zijn Ennia Holding, Ennia Investments en oorspronkelijk ECII de vennootschappen aan wie de vordering tot schadevergoeding toekomt. De schade is geleden op het moment waarop de verkoop voor een te lage prijs heeft plaatsgevonden (juni 2014), maar dat hoeft niet het moment te zijn waarop ook de verjaringstermijn is aangevangen. Artikel 3:310 lid 1 bepaalt, voor zover hier van belang, dat een rechtsovergang tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. In beginsel geldt dat wetenschap van een bestuurder in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als wetenschap van de rechtspersoon.

10.53. Het Hof is, met het Gerecht, van oordeel dat bekendheid van [C] en [B] tijdens hun bestuurderschap in de gegeven omstandigheden echter niet aan Ennia Holding, Ennia Investments en ECII is toe te rekenen. [C] en [B] waren vanaf het aftreden van [M] op 24 april 2012 tot aan het uitspreken van de noodregeling op 4 juli 2018 de enige bestuurders van Ennia Holding. De schadevordering betreft een vordering die voortvloeit uit hun eigen, als ernstig verwijtbaar onzorgvuldig handelen, gekenschetste onbehoorlijke taakvervulling. Hun belang was derhalve tegengesteld aan dat van Ennia Holding. Buiten [C] en [B] om, kon Ennia Holding geen rechtsmaatregelen treffen. Gelet op de betrokkenheid van [A], wiens handelen als commissaris en feitelijk

bestuurder eveneens ernstig verwijtbaar is bevonden en die bovendien (indirect) grootaandeelhouder was van Ennia Holding, kon Ennia Holding ook niet terugvallen op ingrijpen door de raad van commissarissen of de algemene vergadering (Parman International, van wie [A] en [B] aandeelhouders waren en [B] bestuurder). Verder was [C] vanaf het aftreden van [V] op 1 mei 2015 ook de enige bestuurder van Ennia Investments, vanaf 4 mei 2017 samen met [B], tot het uitroepen van de noodregeling op 4 juli 2018. Over de verhoudingen bij ECII is verder niets gesteld. Het hof ziet echter geen reden om aan te nemen dat de mogelijkheden om rechtsmaatregelen tegen [A], [C] en [B] te nemen voor Ennia Investments en ECII anders waren dan voor Ennia Holding. In het licht hiervan moeten Ennia Holding, Ennia Investments en ECII geacht worden niet eerder met de schade en de daarvoor aansprakelijke personen bekend te zijn geraakt dan na het uitspreken van de noodregeling. Een andere opvatting, waarin de verjaringstermijn al gaat lopen op een moment waarop optreden tegen de schadeveroorzakende bestuurders en commissaris onmogelijk is, kan wegens de onredelijke gevolgen daarvan voor Ennia Holding, Ennia Investments en ECII niet worden aanvaard. In het onderhavige geval klemmt dat te meer, nu niet alleen het belang van Ennia Holding, Ennia Investments en ECII in het geding is, maar tevens dat van de tot de Ennia-groep behorende verzekeraars en hun polishouders.

10.54. Overigens is de schadevordering van Ennia Holding jegens [C] en [B] hoe dan ook niet verjaard. Op grond van het bepaalde in artikel 3:321 lid 1(d) jo. artikel 3:320 BW wordt een verjaringstermijn die betrekking heeft op een vordering tussen de rechtspersoon en haar bestuurders, na het aftreden van de bestuurders met zes maanden verlengd. Er is geen reden waarom dit in het geval van Ennia Holding en Ennia Investments niet zou gelden. De bestuurlijke verhoudingen geven daartoe in dit geval juist wel aanleiding. Het beroep op rechtsverwerking gaat evenmin op. Binnen zes maanden na het defungeren van [C] en [B] op 4 juli 2018 is mede namens Ennia Holding de stuitingsbrief van 3 november 2018 gestuurd. [B] betwist in hoger beroep de ontvangst daarvan, maar ter zitting in eerste aanleg is de ontvangst van die brief mede namens hem expliciet erkend. Niet gesteld is dat er gronden zijn in de zin van artikel 133 lid 2 Rv om die erkenning te herroepen. De verjaring is dus tijdig gestuit.

10.55. Maar ook los van hetgeen hiervoor over de toerekening van kennis en verlenging van de verjaringstermijn is overwogen, geldt dat de onderhavige schadevordering tegen [A], [C] en [B] niet is verjaard. Immers, de vordering is op 26 juni 2014 ontstaan (met de verkoop van het 40%-belang van ECII in S&S voor een veel te lage prijs op die datum) en de verjaringstermijn is dus niet eerder gaan lopen. De stuitingsbrief van 3 november 2018 is mede namens Ennia Holding en Ennia Investments en hun dochtermaatschappijen gestuurd, onder meer aan [A], [C] en [B]. De ontvangst van deze brief is ter zitting in eerste aanleg namens hen erkend. Gronden om deze erkenning te herroepen, zijn niet gesteld, zoals hiervoor ook al ten aanzien van [B] is geconstateerd. [A], [C] en [B] zijn daaraan dan ook gebonden. Overigens hebben zij ook in hoger beroep niet gemotiveerd betwist dat zij de brief in elk geval per e-mail hebben ontvangen. Daarmee is de verjaring van deze vordering dus tijdig gestuit.

10.56. Ten overvloede merkt het Hof nog op dat een beroep op verjaring in de gegeven omstandigheden ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht (artikelen 2:7 lid 2 en 6:2 BW). Het gaat hier om handelingen die aanzienlijke schade aan Ennia Holding, Ennia Investments en ECII hebben toegebracht

terwijl optreden tegen de betrokken personen vanwege hun posities bij Ennia Holding en Ennia Investments tijdens het lopen van de verjaringstermijn voor 4 juli 2018 in ieder geval feitelijk geen reële optie was. Gelet op de maatschappelijke positie van Ennia c.s. en de al vaker genoemde belangen die gemoeid waren met een gezonde financiële toestand van Ennia, zou onaanvaardbaar zijn dat Ennia Holding, Ennia Investments en ECII na het uitroepen van de noodregeling nog slechts beperkt aanspraken geldend zouden kunnen maken tegen [A], [C] en [B].

10.57. Slotsom van het vorenstaande is dat het beroep op verjaring geen doel treft. De grieven falen.

#### *Decharge*

10.58. [A] (grief IV) en [C] en [B] (grief IV) hebben tevens betoogd dat, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, de vorderingen tegen hen moeten afstuiten op de jaarlijks aan hen verleende decharge. Artikel 15 lid 2 van de statuten van Ennia Holding (zoals deze golden vanaf september 2009) bepaalt dat, tenzij uitdrukkelijk anders besloten, de directeuren en commissarissen door de vaststelling van de balans en de winst- en verliesrekening door de algemene vergadering van aandeelhouders voor hun bestuur respectievelijk toezicht over het afgelopen boekjaar zijn gedechargeerd. Het Gerecht heeft geoordeeld (5.72-5.76) dat nu er geen besluiten zijn tot vaststelling van de jaarrekeningen van Ennia Investments over de jaren 2006 tot en met 2011 en vanaf 2015 en voor Ennia Leven alleen de jaarrekeningen 2009-2011, 2013, 2015 en 2016 zijn vastgesteld, zoals Ennia Holding onbetwist heeft gesteld, er ook geen automatische decharge is. Het Gerecht heeft daarnaast overwogen dat een verleende decharge zich niet uitstrekt tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering bekend zijn gemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde. Het Gerecht overwoog verder dat de informatie zonder meer en direct uit de jaarrekening moet kunnen worden afgeleid en als sprake is van onbehoorlijke bestuurshandelingen het bestuur ervoor moet zorgen dat deze expliciet en ondubbelzinnig uit de jaarrekening blijken. Uit de jaarrekeningen van Ennia Investments volgt enkel dat op diverse momenten diverse transacties hebben plaatsgevonden met betrekking tot S&S. Daaruit blijkt op geen enkele wijze wat nu aan de bestuurders is verweten. Uit de jaarrekeningen van Ennia Leven blijkt in het geheel niets van de S&S-transactie, zodat daarover evenmin decharge kan zijn verleend. Het Gerecht concludeerde dat, voor zover er al sprake zou zijn van verleende decharges, deze niet tot ontslag van aansprakelijkheid voor de vastgestelde onbehoorlijke taakvervulling leiden.

10.59. [A] en [C] en [B] betogen dat het Gerecht uit het oog heeft verloren dat het niet alleen gaat om gegevens uit de jaarrekening, maar ook om gegevens die anderszins aan de algemene vergadering bekend zijn gemaakt. Dit betreft ook handelingen die door de aandeelhouder zelf zijn verricht, samen met de (feitelijk) bestuurders die het verwijt wordt gemaakt. In dit geval beschikte de algemene vergadering volledig over alle informatie en gegevens. Dat de S&S-transactie plaats had, was alom bekend binnen Ennia, aldus [A], [C] en [B]. Daarnaast betwisten [A] en [C] en [B] dat er geen vaststellingsbesluiten zouden zijn.



10.60. Ook als er vaststellingsbesluiten zouden zijn, gaat het beroep van [A] en [C] en [B] niet op. Uitgangspunt, zoals ook het Gerecht onder meer met verwijzing naar HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (Staleman/Van de Ven) overwoog, is dat een decharge zich niet uitstrekt tot informatie waarover een individuele aandeelhouder uit anderen hoofde - buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders - de beschikking heeft gekregen, of tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn bekendgemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde. Dat het moet gaan om gegevens die de algemene vergadering als orgaan ter beschikking heeft gekregen, volgt uit het tweede door het Gerecht genoemde arrest (HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, De Rouw/Dingemans q.q.). In dat geval strekte de decharge zich niet uit tot frauduleuze handelingen die niet uit de jaarrekening en de verslaglegging kenbaar waren en maakte de omstandigheid dat de bestuurder/enig aandeelhouder (die die handelingen had verricht) daarvan ten tijde van de goedkeuring van de jaarrekeningen en verslagleggingen kennis moet hebben gedragen dit niet anders.

10.61. Het Hof heeft hiervoor geoordeeld dat bij de transactie in 2014 ernstig tekort is gedaan aan de belangen van Ennia doordat de aandelen van ECII in S&S voor een veel te lage prijs aan Parman Capital zijn verkocht en dat dit onbehoorlijke taakvervulling van [A] (als commissaris van Ennia Holding en feitelijk bestuurder van Ennia Holding, Ennia Investments en ECII) en van [B] en [C] (als bestuurders van Ennia Holding) oplevert. Gesteld noch gebleken is dat informatie hierover binnen het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders van Ennia Holding is gedeeld, of dat gegevens hierover uit de jaarrekening van Ennia Holding over 2014 zouden blijken of anderszins bekend zijn gemaakt aan de algemene vergadering van aandeelhouders voordat zij de jaarrekening vaststelde. Dat in de jaarrekening van Ennia Holding over 2014 de bedoelde transactie zelf wel is genoemd, maakt dat niet anders: vermeld is dat de *common units* werden ingewisseld voor een *promissory note* van een gelieerde company met een nominale waarde van USD 133,4 miljoen tegen een rente van 4%, maar daaruit blijkt niet het grote verschil tussen de verkoopprijs en de waarde van de aandelen die uit de diverse recente waarderingen kon worden afgeleid. Dat [A], [C] en [B] en/of andere betrokkenen deze waarderingen uit anderen hoofde wel kenden, maakt gelet op het hiervoor genoemde uitgangspunt geen verschil. Volledigheidshalve merkt het Hof nog op dat niet is gesteld of gebleken dat de jaarrekeningen van Ennia Investments of ECII wel informatie bevatten waaruit zou volgen dat [A], [C] en/of [B] van hun aansprakelijkheid voor deze transactie zijn bevrijd.

10.62. Overigens zou in het onderhavige geval een beroep op decharge ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geacht. De decharge zou dan (op het niveau van Ennia Holding) zijn verleend door Parman International, waarbij [A], [D] en [B] nauw betrokken waren. Gelet op de aard van de belangen die bij Ennia Holding zijn betrokken (zie wat hiervoor al bij de verjaring is opgemerkt), leidt een beroep op decharge tot een onaanvaardbaar resultaat.

*Conclusie ten aanzien van de vordering inzake S&S*

10.63. Het voorgaande betekent dat [A], [C] en [B] in beginsel verplicht zijn om aan Ennia Investments (als rechtsopvolger van ECII) een schadevergoeding van USD 117

miljoen te betalen wegens onbehoorlijke taakvervulling/onrechtmatig handelen bij de S&S-transactie in 2014. Op het beroep op matiging van de verplichting tot schadevergoeding zal na de beoordeling van de overige vorderingen worden ingegaan. Dan zal worden bepaald tot welk bedrag de vordering op dit punt tegen [A], [C] en [B] wordt toegewezen, waarbij reeds thans wordt opgemerkt dat matiging van de vordering tegen [A] niet voor de hand ligt. De schadevergoeding die aan Ennia Holding en Ennia Investments (op eigen titel) toekomt, moet zo nodig in een vervolprocedure worden vastgesteld. Uit het voorgaande volgt al wel dat de vordering ten aanzien van de S&S-transacties tegen Parman International, [E] en [D] wordt afgewezen.

## Oil rigs

### *De standpunten van partijen en het oordeel van het Gerecht*

10.64. Ennia c.s. verwijt de appellanten dat zij Energy Equipment hebben gebruikt om investeringen te doen waarbij Ennia noch haar verzekerden belang hadden en waarbij [F] voordeel hadden. Zij doelt daarbij op de aankoop in 2009 van zes mobiele olieplatforms (*oil rigs*) van S&S voor in totaal USD 37.469.232. Volgens Ennia c.s. werd daarmee enkel het (cash flow) belang van S&S gediend. De *oil rigs* zijn in de jaren 2011 tot en met 2017 met verlies terug verkocht aan S&S voor in totaal USD 26.436.456. Omdat appellanten het als (quasi-)bestuurders van Ennia daartoe hebben geleid, houdt Ennia c.s. hen aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade, gelijk aan het geleden verlies van USD 11.032.776. [A], Parman International, [C], [B] en [D] hebben aangevoerd dat deze investering inderdaad niet rendabel is geweest, maar dat dit geen verwijt jegens hen oplevert en dat bij de aankoop alleen [E] betrokken is geweest. [E] heeft aangevoerd dat met de keuze voor deze investering niets mis was.

10.65. Het Gerecht heeft hierover samengevat het volgende overwogen (5.85 e.v. van het eindvonnis). Vaststaat dat een deel van de olieplatforms met verlies is verkocht, maar dat is onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat gedaagden aansprakelijk zijn voor de door Ennia c.s. geleden schade. Daarvoor dient te worden vastgesteld dat hen een ernstig verwijt is te maken. De stellingen die Ennia c.s. naar voren heeft gebracht leiden niet tot dat oordeel. Allereerst heeft Ennia c.s. onvoldoende gemotiveerd waarom deze investering zo ongewoon zou zijn voor een verzekeraar dat gedaagden om die reden hadden moeten afzien van de investering. [E] heeft daarbij nog (onbetwist) naar voren gebracht dat het in de betreffende periode moeilijk was om aan bijvoorbeeld overheidsobligaties te komen, zodat gezocht moest worden naar alternatieven. Daar komt bij dat niet is gesteld en onderbouwd waaruit kan worden afgeleid dat de investering in olieplatforms per definitie niet in het belang van Ennia c.s. zou zijn. Dat de olieplatforms de productiefaciliteit van S&S niet hebben verlaten is daarvoor onvoldoende. Het moet er daarom voor worden gehouden dat Energy Equipment, nadat de eerste twee platforms met winst zijn verkocht, daarna niet (meer) heeft kunnen profiteren van een mogelijk op de installaties te behalen rendement. Gedaagden is vanuit het oogpunt van concentratierisico's wel te verwijten dat zij een relatief (te) grote investering deden in de olieplatforms. Gelet op alle omstandigheden is echter niet sprake van een aan gedaagden te maken ernstig verwijt op grond waarvan zij aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de door Ennia c.s. geleden schade

als gevolg van de koop en terugverkoop. Het Gerecht heeft daarom dit deel van de vordering afgewezen.

*Grief en verweer daartegen*

10.66. Ennia c.s. keert zich met grief 12 tegen dit oordeel. Zij voert daarbij het volgende aan, ter nadere onderbouwing van haar stelling dat met de investering in *oil rigs* niet de belangen van Ennia maar slechts de belangen van S&S werden gediend. In de eerste plaats gaat het om een reeks transacties waarmee S&S, een bedrijf waarin Ennia al een buitensporig belang had opgebouwd, opnieuw een significante liquiditeitsinjectie kreeg. Die injectie was zeer welkom, nu S&S in haar jaarverslag over het boekjaar van 1 februari 2009 tot 1 februari 2010 schreef dat sprake was van een sterke terugval in de vraag naar olieplatforms als gevolg van lagere olie- en gasprijzen, de krappe kredietmarkt en de zwakke Amerikaanse - en wereldeconomie. Hetzelfde jaarverslag laat zien dat deze order van Ennia bijna 20% van de totale orderpijplijn van S&S in dat jaar bedroeg en dat de verkoop van equipment in dat jaar met de helft was ingestort. S&S verkeerde dus in zwaar weer en de order van Ennia fungeerde als noodinfuus om S&S overeind te houden. In de tweede plaats vonden de transacties plaats tussen gerelateerde partijen die beide gecontroleerd werden door [A]. Daarnaast waren [A] en [D] aandeelhouder van Parman International (de aandeelhouder van Ennia) en van S&S, waarbij het ook nog eens zo was dat de omzet gerelateerd aan de verkoop van de *oil rigs* uiteindelijk zou leiden tot winst die kon worden uitgekeerd aan de (indirect) aandeelhouders van S&S en niet aan Ennia, omdat [F] het ertoe hadden geleid dat het belang van Ennia zodanig was verwaterd dat het grootste deel van de winsten gemaakt door S&S zouden vloeien naar [A] en [D]. In de derde plaats valt niet te zien dat de aanschaf van verrijdbare olieboorplatforms (die normaliter worden ingezet om olieputten te boren en daaraan onderhoud te plegen) kan worden beschouwd als een prudente investering voor een verzekeringsmaatschappij, een onderneming die zelf niets van doen heeft met de olie-industrie. Dat geldt eens te meer nu Ennia niet heeft kunnen nagaan (en appellanten niet hebben gesteld in reactie op de verwijten van Ennia) dat aan deze aanschaf een investeringsbeslissing of -plan ten grondslag lag. Dat is opvallend, omdat Ennia de olieboorplatforms pas in 2011, 2013 en 2017 weer van de hand deed. Als gezegd, het betreft de aanschaf van een aantal kostbare machines met een zeer specifiek gebruiksdoel door een onderneming die niet in het bezit is van olievelden of -bronnen waarop deze machines ingezet zouden kunnen worden noch specifieke kennis op dat gebied. Een business case was er niet. Integendeel, tussen partijen is niet in geschil dat de verrijdbare olieboorplatforms in de periode tussen aanschaf en verkoop de productiefaciliteit van S&S nooit hebben verlaten. Dit klemmt eens te meer nu de Centrale Bank Ennia Leven al in 2008 erop wees dat "*investment decisions must be carefully planned*".

10.67. [A] heeft de grief als volgt bestreden. Voorop staat dat elke commerciële investering onderhevig is aan onvoorziene omstandigheden. Het eerste aangekochte olieplatform werd binnen een jaar met een winst van USD 600.000 verkocht. Na de verkoop van het tweede olieplatform, die ook winstgevend was, stortte de olieprijs plotseling in van USD 100 per vat tot USD 30 per vat, waardoor alle ondernemingen in de VS en de rest van de wereld die actief zijn in de olie-industrie de waarde van hun met de olie- en gasindustrie verband houdende voorraden aanzienlijk hebben moeten afschrijven. S&S heeft dat ook moeten doen (USD 165 miljoen in de VS en USD 200

miljoen in Canada), waardoor alle aandeelhouders van S&S hun vermogen in de onderneming bijna volledig verloren, behalve Ennia Investments omdat haar aandelen onder druk van de Centrale Bank in 2014 waren omgezet in preferente aandelen met een rente van 6% per jaar. [A] heeft Ennia Investments verder zeer genereus aan de investeringen in S&S laten deelnemen (zoals verder uiteengezet). Het is onzinnig te suggereren dat de bestelling van de olieplatforms voor een bedrag van USD 37 miljoen 'de redder van S&S' was. Vanaf 2009 tot 2017 bedroegen de totale inkomsten van S&S - met ongeveer USD 700 miljoen per jaar - meer dan USD 4,5 miljard, waardoor de USD 37 miljoen aan orders van Ennia niet meer dan 0,8% van de inkomsten van S&S in die periode uitmaakte. Ook moet worden opgemerkt dat de gedane investeringen, na aftrek van USD 11 miljoen aan geleden verliezen met betrekking tot de booreilanden en USD 36 miljoen aan verliezen als gevolg van de Wall Street Meltdown op de New York Stock Exchange, Ennia Investments meer dan USD 200 miljoen aan rendement opleverden. Dat komt neer op USD 18 miljoen (NAf 32 miljoen) per jaar, veel meer dan het rendement van NAf 3,1 miljoen dat in 2005 op de totale activa van Ennia werd behaald. Met de verwijzing naar het feit dat S&S en Ennia Investments voor een groot deel in handen waren van de [A]s wordt voorbij gegaan aan het feit dat elk verlies als gevolg van de hiervoor genoemde omstandigheden uiteindelijk evenzeer de [A]'s zou treffen, ongeacht waar het verlies in een van deze entiteiten wordt geleden.

10.68. [C], [B] en Parman International hebben aangevoerd dat de aankoop van de *oil rigs* een investering is geweest die helaas geen winst heeft opgebracht en niets meer dan dat. Zij betwisten dat het in wezen een verlieslatende lening aan S&S betrof. Ook betwisten zij dat het geen prudente investering was. Daarnaast voeren zij aan dat zij geen persoonlijke betrokkenheid hierbij hadden en dat hen dus geen verwijt kan worden gemaakt. Verder verwijzen zij naar de argumentatie van [A].

10.69. [E] heeft verwezen naar zijn in eerste aanleg gevoerde verweer en het volgende toegevoegd. Als uitgangspunt geldt dat een deel van de *oil rigs* met verlies is verkocht. [E] was daarbij echter niet betrokken, omdat hij toen al was afgetreden als bestuurder. Ten aanzien van de investering zelf valt hem verder geen persoonlijk ernstig verwijt te maken. De investering in olieplatforms was op zichzelf niet ongewoon, immers vergelijkbaar met zonneparken, windparken, biomassa projecten, onroerend goed e.d. Daarbij was het in de betreffende periode nagenoeg niet meer mogelijk om in overheidsobligaties van het land Nederlandse Antillen en/of het eilandgebied Curaçao te investeren, zodat naar alternatieven moest worden gezocht. De keuze voor een dergelijke alternatieve vorm van investering was dan ook niet ongewoon en evenmin per definitie niet in het belang van Ennia. De investering is verder gedaan op basis van de op dat moment voorhanden zijnde investeringsinformatie. Twee *oil rigs* zijn in 2011 en 2013 met winst verkocht. Het was dus een rendabele investering. Dat het een investering betrof met een aan [A] gelieerde partij, doet daaraan niet af. [E] kan niet overzien op grond waarvan de verkoop in 2017 een verlies heeft opgeleverd, omdat hij daarbij niet betrokken was.

10.70. [D] heeft aangevoerd dat zij niet betrokken was bij de olieplatformtransacties en er geen wetenschap van had, zodat haar ook niet kan worden verweten dat zij niet heeft ingegrepen. Zij betwist verder dat de aankoop van de *oil rigs* een opzetje was om Ennia c.s. te benadelen ten gunste van S&S. Zij wijst erop dat in eerste aanleg is aangevoerd dat Energy Equipment de olieplatforms kocht met het oogmerk van

doorverkoop, via S&S, met winst. Verder betoogt zij dat het feit dat dezelfde personen (indirect) betrokken waren bij koper en verkoper de transactie nog niet onrechtmatig maakt. Dat Ennia c.s. niet actief is in de olie-industrie is volgens haar irrelevant: verzekeraars investeren dagelijks in industrieën waarin zij zelf niet actief zijn. Dat het in dit geval niet ging om een investering in aandelen en obligaties uitgegeven door een bedrijf in een dergelijke industrie, maar om een fysiek product, doet daaraan niet af. Bovendien was het risico dat Ennia c.s. niet actief was in de olie-industrie afgedekt doordat S&S zelf op zoek ging naar partijen aan wie de olieplatforms konden worden verkocht. Dat de olieplatforms de productiefaciliteit van S&S niet hebben verlaten, past bij een plan tot doorverkoop en wijst niet op enige onrechtmatigheid, aldus [D]. Daarnaast betwist zij dat de aan- en verkoop van de olieplatforms tot schade heeft geleid. Het eerste platform is in 2011 met winst verkocht, het tweede platform in 2013 zonder winst of verlies. De resterende vier olieplatforms zijn uiteindelijk in het kader van de Kirby-transactie samen voor USD 12 miljoen aan Kirby verkocht. Dat was echter een verlies dat in de Kirby-transactie is verdisconteerd en gecompenseerd met de uitkering van USD 286 miljoen die Ennia c.s. op grond van de Kirby-transactie kreeg voor haar aandelen in S&S. Vaststaat dat Ennia c.s. daarmee een voldoende rendement heeft behaald. Volgens [D] moet het ten aanzien van de laatste vier *oil rigs* behaalde rendement niet geïsoleerd worden beschouwd, maar worden gezien in samenhang met het rendement dat Ennia c.s. heeft behaald met haar investering in S&S.

*Beoordeling verwijten door het Hof*

10.71. Het Hof stelt allereerst vast dat het hier gaat om een investering door Energy Equipment, destijds een dochteronderneming van Banco di Caribe Investments en later van Ennia Investments. Beide vielen onder Ennia Holding als moedermaatschappij. De *oil rigs* zijn in november 2009 aangekocht van (een dochtervennootschap van) S&S. Ennia Investments had op dat moment al voor een bedrag van bijna USD 92 miljoen geïnvesteerd in aandelen in S&S. Met de aankoop van de *oil rigs* werd nog eens USD 37 miljoen geïnvesteerd in producten van (een dochteronderneming van) dit bedrijf ten behoeve van de olie-industrie. Daarbij ging het om een significant bedrag. Duidelijk is dat het concentratierisico, dat met de aanzienlijke investering in S&S al bestond, hiermee verder werd vergroot. De betrokkenen moeten hebben begrepen dat dit problematisch was, gezien de inhoud van de in 3.73 geciteerde e-mail (ook al is die van een jaar later). Appellanten hebben verder niet betwist dat in het jaar waarin deze investering werd gedaan sprake was van een sterke terugval in de vraag naar olieplatforms als gevolg van de door Ennia c.s. genoemde marktomstandigheden. Ook als niet wordt meegegaan in het algemene standpunt van Ennia c.s. dat het direct aanschaffen van olieplatforms geen passende/prudente belegging voor een verzekeraar is, blijft de vraag of de investering in dit geval - zeker in het licht van de genoemde omstandigheden - wel verantwoord was. Gelet op de gemotiveerde stellingen van Ennia c.s. hierover had van de appellanten die bij de investering waren betrokken een concrete toelichting daarop mogen worden verwacht. Die hebben zij echter niet gegeven. [A] voert slechts aan dat aan elke investering risico's zijn verbonden, maar maakt niet inzichtelijk welke overwegingen tot deze investering hebben geleid, laat staan dat hij een onderbouwing daarvan geeft. [C], [B] en Parman International hebben dat ook niet gedaan. [E] licht wel toe dat destijds niet of nauwelijks meer in obligaties van de Nederlandse Antillen of Curaçao kon worden belegd en

dat daarom naar alternatieven moesten worden gezocht, maar daarmee maakt hij nog niet duidelijk waarom is gekozen voor een investering in *oil rigs* voor dit bedrag en welke afwegingen daarbij zijn gemaakt. Wat de door hem genoemde investeringsinformatie inhield, heeft hij ook niet toegelicht. [D] komt ook niet verder dan de opmerking dat de olieplatforms zijn gekocht met de bedoeling ze via S&S weer met winst te verkopen. Appellanten hebben verder niet gereageerd op de stelling van Ennia c.s. dat niet is gebleken dat aan de aanschaf van de olieplatforms een investeringsbeslissing of investeringsplan ten grondslag lag. Het Hof gaat er daarom vanuit dat een dergelijk plan en/of een uitgewerkte beslissing ontbrak. Bij deze stand van zaken kan niet worden gezegd dat van een passende belegging sprake was. Dat de eerste twee olieplatforms met winst zijn verkocht, zoals [E] opmerkt, maakt dit niet anders. Daaruit volgt immers nog niet dat (er in 2009 van mocht worden uitgegaan dat) van een voor Ennia c.s. passende rendabele investering sprake was. Van belang is verder dat [A] niet alleen (indirect) belang en zeggenschap had in Ennia c.s., maar ook in S&S. Nu verder niet is betwist dat de order van Ennia (lees: Energy Equipment) bijna 20% van alle orders in dat jaar bedroeg en de verkoop van equipment in dat jaar met de helft was gedaald, heeft het er alle schijn van dat met de aankoop door Energy Equipment niet zozeer het belang van Ennia c.s., maar vooral het belang van S&S werd gediend. Het betoog van [A] dat de order van Ennia (Energy Equipment) van USD 37 miljoen niet meer dan 0,8% van de inkomsten van S&S in de periode van 2009 tot 2017 uitmaakt, doet daar niet aan af, omdat dit niets zegt over het belang van S&S bij de transactie in 2009. Welk rendement de totale investering in aandelen S&S en in *oil rigs* heeft opgeleverd aan Ennia c.s. doet ook niet ter zake. De aankoop van de *oil rigs* betreft immers een afzonderlijke transactie, naast de investering in aandelen S&S, die op zijn eigen merites moet worden gezien. De slotsom op grond van het vorenstaande is dat geen redelijk denkend bestuurder de transactie onder voormelde omstandigheden zou zijn aangegaan. En geen redelijk denkend commissaris zou de transactie zonder kritiek te uiten hebben laten plaatsvinden.

#### *Aansprakelijkheid van appellanten*

10.72. [A] heeft niet (gemotiveerd) betwist dat hij bij deze transactie - niet alleen aan de zijde van S&S, maar ook aan de zijde van Ennia - betrokken is geweest. Op de gronden als vermeld in 8.19 neemt het Hof aan dat hij hierbij als voorzitter van de raad van commissarissen en het *investment committee* van Ennia Holding en tevens als feitelijk bestuurder is opgetreden. Naar het oordeel van het Hof heeft [A] (persoonlijk) ernstig verwijtbaar gehandeld door zich als commissaris en feitelijk bestuurder niet te richten naar de belangen van Ennia bij deze investering. Daarmee heeft hij zijn taak als commissaris van Ennia Holding en feitelijk bestuurder van Ennia Holding, Ennia Investments en Energy Equipment onbehoorlijk vervuld. Hij is dan ook aansprakelijk voor de schade die Ennia Holding, Ennia Investments en Energy Equipment als gevolg daarvan hebben geleden.

10.73. [E] was als bestuurder en lid van het *investment committee* van Ennia Holding en als bestuurder van Energy Equipment eveneens betrokken bij deze investering (hij heeft er namens Energy Equipment ook voor getekend). De conclusie is onontkoombaar dat ook hij (persoonlijk) ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door zich niet te richten naar de belangen van Ennia bij deze investering en mee te gaan met [A]. Daarmee heeft hij zijn taak als bestuurder van Ennia Holding en Energy Equipment

onbehoorlijk vervuld en onrechtmatig gehandeld jegens Ennia Investments. Gronden voor disculpatie zijn hierbij verder niet gesteld of gebleken. Ook hij is daarom aansprakelijk voor de schade die Ennia Holding, Ennia Investments en Energy Equipment door deze onverantwoorde investering hebben geleden.

10.74. [C] en [B] waren ten tijde van deze investering nog geen bestuurders van Ennia c.s. [B] was al wel lid van het *investment committee* van Ennia Holding, maar dat maakt hem nog niet tot feitelijk bestuurder (zie 8.21). Tegenover de betwisting door [C] en [B] heeft Ennia c.s. verder onvoldoende onderbouwd dat zij betrokken zijn geweest bij deze investering, zodanig dat zij aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schade die daaruit is ontstaan.

10.75. Zoals hiervoor is overwogen (8.24), volgt het Hof Ennia c.s. niet in het standpunt dat Parman International als feitelijk bestuurder van Ennia c.s. moet worden aangemerkt. Dat oordeel geldt ook bij deze investering. Parman International kan daarom niet als feitelijk bestuurder worden aangesproken voor enige tekortkoming in dit verband. Ennia c.s. heeft verder geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan Parman International als aandeelhouder van Ennia Holding aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor de schade die door deze investering is ontstaan. Van ongerechtvaardigde verrijking van Parman International is bij deze investering ook geen sprake.

10.76. Het Hof heeft hiervoor geoordeeld dat [A] onder meer als voorzitter van de raad van commissarissen van Ennia Holding is tekortgeschoten in de uitoefening van zijn toezichthoudende taak en dat hem daarvan een ernstig verwijt treft ten aanzien van deze investering, zodat hij mede op die grond aansprakelijk is tegenover Ennia Holding. [D] was in mei 2009 als commissaris van Ennia Holding aangetreden. Gelet op het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid rust de aansprakelijkheid in beginsel ook op haar. Naar het oordeel van het Hof kan zij zich echter ook ten aanzien van deze investering disculperen, omdat zij bij de transactie zelf niet betrokken was en ook geen informatie had die haar in het kader van haar functie als commissaris aanleiding had moeten geven om vragen te stellen of anderszins actie te ondernemen. Wat haar wetenschap betreft heeft Ennia c.s. alleen aangevoerd dat uit het jaarverslag van S&S over het boekjaar eindigend op 31 januari 2010 blijkt dat deze transactie in dat jaar bijna 20% van de totale orderpijplijn van S&S vormde en dat S&S toen in zwaar weer verkeerde. [D] heeft daarover opgemerkt dat dit een geconsolideerd jaarverslag betreft en dat daaruit niet blijkt dat het ging om een transactie met Energy Equipment (of een andere entiteit uit de Ennia-groep). Ennia c.s. is daar niet op teruggekomen, zodat het Hof het ervoor houdt dat [D] uit dit verslag inderdaad niet kon en hoefde te weten dat het om een investering van Ennia/Energy Equipment ging. [D] heeft verder onweersproken aangevoerd dat deze transactie voor en na 17 november 2009 (de datum van de transactie) niet bij de raad van commissarissen ter tafel is gebracht, zodat zij ook uit dien hoofde geen wetenschap daarvan had. Gelet daarop valt haar niet te verwijten dat zij niet heeft ingegrepen. Zij is als commissaris dus niet aansprakelijk. Van ongerechtvaardigde verrijking van [D] als aandeelhouder van Parman International is bij deze investering ook geen sprake.

*Schade*

10.77. Aannemelijk is dat Ennia Holding, Ennia Investments en Energy Equipment als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling respectievelijk het onrechtmatig handelen van [A] en [E] jegens hen door de onverantwoorde investering in *oil rigs* schade hebben geleden. Deze schade moet worden begroot conform de in 10.30 vermelde uitgangspunten. Het gaat hier om vermogensschade in de vorm van geleden verlies, waarbij een concrete schadeberekening past. Niet in geschil is dat Energy Equipment in de werkelijk situatie een verlies heeft geleden van USD 11.032.776. Redelijkerwijs te verwachten is dat in de hypothetische situatie, bij een behoorlijke taakvervulling van [A] en [E], de investering in *oil rigs* niet had plaatsgevonden en het bedrag van USD 37 miljoen volgens het prudente investeringsbeleid van vóór de overname was belegd. Aannemelijk is dat in dat geval geen verlies op deze belegging zou zijn geleden (iets anders hebben partijen ook niet gesteld). Vergelijking van beide situaties resulteert erin dat de schade van Energy Equipment gelijk staat aan het bedrag van het verlies.

10.78. Verder zal door de vermogensschade die Energy Equipment heeft geleden ook schade zijn geleden door Ennia Investments (als aandeelhouder van Energy Equipment) en door Ennia Holding (als aandeelhouder van Ennia Investments). Deze schade kan echter niet zonder meer gelijk worden gesteld met het bedrag van de door Energy Equipment geleden schade. Bij gebrek aan verdere aanknopingspunten kan het hof deze schade daarom nu niet begroten. Het hof zal daarom wat dit betreft een veroordeling uitspreken tot schadevergoeding op te maken bij staat.

10.79. De schade die hiervoor is besproken staat in zodanig verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van [A] en [E] berust - de onverantwoorde investering van een aanzienlijk bedrag van het belegde vermogen van Ennia in olieplatforms van een aan [A] gelieerde partij (en het effect daarvan voor Ennia Holding en Ennia Investments) - dat zij hen, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid (bestuurders-/commissarissenaansprakelijkheid gebaseerd op schuld in de vorm van ernstige verwijtbaarheid) en van de schade (vermogensschade in de vorm van geleden verlies), als een gevolg van deze gebeurtenis is toe te rekenen (artikel 6:98 BW).

10.80. Volledigheidshalve merkt het Hof nog op dat het geen grond ziet voor het betoog dat het verlies dat op de *oil rigs* is geleden in de Kirby-transactie is verdisconteerd en gecompenseerd met de uitkering die Ennia c.s. op grond van de Kirby-transactie voor haar aandelen in S&S heeft gekregen. Niet is onderbouwd dat in de koopprijs die Kirby voor de activa van S&S betaalde en/of in de opbrengst die S&S op basis daarvan uitkeerde aan ECII een compensatie was begrepen voor het verlies dat Energy Equipment op de *oil rigs* leed. Van een situatie waarin een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde (in dit geval: Energy Equipment) naast schade ook voordeel heeft opgeleverd, is hierbij ook geen sprake, zodat er ook geen aanleiding is voor verrekening van voordeel op grond van artikel 6:100 BW.

*Vorderingsgerechtigdheid Ennia c.s.*

10.81. Uit het voorgaande volgt dat Ennia Holding en Ennia Investments een eigen recht op schadevergoeding hebben jegens [A] en [E]. Zij zijn dus zonder meer bevoegd deze vordering in te stellen. De vraag resteert wie bevoegd is ten aanzien van de vordering van Energy Equipment. Net als bij de vordering van ECII stelt Ennia c.s. dat dit Ennia Investments is, omdat de vordering van Energy Equipment aan haar is



gecedeerd. Zij heeft in eerste aanleg de daarop betrekking hebbende overeenkomst van cessie van 19 maart 2021 overgelegd. Het Gerecht heeft ook ten aanzien van deze cessie het verweer van appellanten verworpen dat de overeenkomst te onbepaald is en dat de mededeling van cessie ten onrechte pas is gedaan door overlegging van de overeenkomst in deze procedure en heeft geoordeeld dat sprake is van een rechtsgeldige cessie, zodat Ennia Investments de vordering tegen appellanten kan instellen (5.1 en 5.2 van het eindvonnis).

10.82. Nu het Hof hiervoor heeft geoordeeld dat [C], [B], Parman International en [D] niet aansprakelijk zijn voor deze transactie, hoeft op hun grieven tegen dit oordeel (en hun in eerste aanleg gevoerde verweren op dit punt) niet meer te worden ingegaan. Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep dient het Hof wel het in eerste aanleg door [A] gevoerde en niet prijs gegeven verweer op dit punt opnieuw te beoordelen. Het Hof ziet echter geen reden om hierover anders te oordelen dan het Gerecht heeft gedaan. Volledigheidshalve overweegt het Hof hierover nog het volgende (wat voor zover nodig ook geldt voor de zaak tegen [E]).

10.83. Voor het toepasselijke recht en de wettelijke vereisten voor overdracht van een vordering op naam verwijst het Hof naar hetgeen daarover is overwogen in 10.41. Naar het oordeel van het Hof is ook in dit geval aan deze vereisten voldaan. In de cessie-akte is vermeld dat Energy Equipment een vordering heeft op onder meer de directe en indirecte aandeelhouders, bestuurders en commissarissen van Ennia Holding en haar directe en indirecte dochterondernemingen, welke vordering is ontstaan in de periode vanaf 2005 tot en met 2018. Verder is vermeld dat Ennia Investments, samen met andere Ennia-entiteiten, bezig is een procedure aanhangig te maken voor het gerecht in Curaçao om vergoeding van schades te vorderen die aan verschillende vennootschappen van de Ennia-groep zijn toegebracht, waaronder die waarop de vermelde vordering betrekking heeft. Energy Equipment en Ennia Investments zijn overeengekomen dat Energy Equipment deze vordering overdraagt aan Ennia Investments. Gelet hierop is duidelijk dat het bij de over te dragen vordering gaat om de vordering tot schadevergoeding van Energy Equipment tegen (onder meer) de directe en indirecte aandeelhouders, bestuurders en commissarissen van Ennia Holding en haar dochterondernemingen die tussen 2005 en 2018 is ontstaan. Dit omvat de vordering tot schadevergoeding in verband met de investering in *oil rigs* in 2009. Verder staat vast dat Ennia mededeling van de cessie-akte heeft gedaan aan appellanten, in elk geval door de overeenkomst van cessie in deze procedure over te leggen (en overigens ook al door in de conclusie van repliek melding van de cessie te maken). Dat in de overeenkomst is opgenomen dat de cessie effect zal hebben nadat '*notice*' is gedaan aan de '*debtor*', correspondeert met de wettelijke vereisten en voegt daar niets wezenlijks aan toe. Dat de mededeling pas tijdens de procedure is gedaan, doet aan de geldigheid ervan niet af. De conclusie is dat de vordering van Energy Equipment rechtsgeldig is overgedragen aan Ennia Investments, zodat zij bevoegd is deze in te stellen.

#### *Klachtplicht*

10.84. Zoals in 10.43 is vermeld, heeft onder meer [A] zich op schending van de klachtplicht in de zin van artikel 6:89 BW beroepen. Op de gronden als vermeld in 10.44-10.46 gaat dat beroep echter niet op. Dat geldt ook voor de vordering tegen hem inzake

de *oil rigs*, die op onbehoorlijke taakvervulling tegenover Ennia Holding, Ennia Investments en Energy Equipment berust. De klachtplicht is daarop niet van toepassing en, voor zover dat anders zou zijn, kan niet worden gezegd dat Ennia c.s. niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd en haar rechten inzake de tekortkoming zijn vervallen, met name omdat niet is gesteld of gebleken dat [A] door het verstrijken van de tijd tot het moment waarop Ennia c.s. over zijn handelen heeft geklaagd in zijn belangen is geschaad.

#### *Verjaring*

10.85. Zoals in 10.49 en 10.50 is vermeld, hebben onder meer [A] en [E] zich verder op verjaring van de vorderingen van Ennia c.s. beroepen. Dat verweer dient alsnog te worden beoordeeld ten aanzien van de vordering inzake de *oil rigs* tegen hen, volgens de maatstaf van artikel 3:310 BW (zie daarover 10.52).

10.86. Ten aanzien van de verliesgevende investering in *oil rigs* zijn Ennia Holding, Ennia Investments en oorspronkelijk Energy Equipment de vennootschappen aan wie de vordering tot schadevergoeding toekomt. De schade waartoe deze investering heeft geleid is pas bij de verkoop van de laatste vier *oil rigs* in september 2017 daadwerkelijk ontstaan. Ennia Holding, Ennia Investments en Energy Equipment kunnen dan ook niet eerder met deze schade bekend zijn geweest. Daarvan uitgaande is van een voltooide verjaring geen sprake, wat verder niet in geschil is (de vordering inzake de *oil rigs* is bij de conclusie van repliek van 22 maart 2021 ingesteld). Daar komt nog bij dat de verjaring bij brief van 3 november 2018 tijdig is gestuit (zie 10.55, niet in geschil is dat de stuitingsbrief ook deze vordering omvat en dat [E] deze brief ook heeft ontvangen). Het beroep op verjaring treft ook ten aanzien van deze vordering dus geen doel.

#### *Decharge*

10.87. Zoals in 10.58 is vermeld, heeft [A] voorts aangevoerd dat de vorderingen moeten afstuiten op de jaarlijks verleende decharge. [E] heeft een verweer van dezelfde strekking gevoerd. Dat verweer moet in dit kader alsnog worden beoordeeld.

10.88. Het Hof heeft hiervoor geoordeeld dat de investering in *oil rigs* in 2009 niet in het belang van Ennia was en dat hierbij sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling van [A] (als commissaris van Ennia Holding en feitelijk bestuurder van Ennia Holding, Ennia Investments en Energy Equipment) en [E] (als bestuurder van Ennia Holding en Energy Equipment). Gesteld noch gebleken is dat informatie hierover binnen het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders van Ennia Holding, Ennia Investments en/of Energy Equipment is gedeeld, of dat gegevens hierover uit de jaarrekeningen over 2009 zouden blijken of anderszins bekend zijn gemaakt aan de algemene vergadering van aandeelhouders van deze vennootschappen voordat deze de jaarrekeningen vaststelde. Dat [A] en [E] en/of andere betrokkenen uit anderen hoofde de omstandigheden kenden waarin deze investering werd gedaan, maakt geen verschil. Het beroep op decharge gaat daarom ook ten aanzien van deze vordering niet op.

10.89. Overigens zou in het onderhavige geval een beroep op decharge ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geacht. De decharge zou dan (wat Ennia Holding betreft) zijn verleend door Parman International, waarbij [A], [D] en [B] nauw betrokken waren. Gelet op de aard van de belangen die bij Ennia Holding zijn betrokken (zie wat hiervoor al onder 10.56 is opgemerkt), leidt een beroep op decharge tot een onaanvaardbaar resultaat.

*Conclusie ten aanzien van de vordering inzake de oil rigs*

10.90. Het voorgaande betekent dat [A] en [E] in beginsel verplicht zijn om aan Ennia Investments (als rechtsopvolger van Energy Equipment) een schadevergoeding van USD 11.032.776 te betalen wegens onbehoorlijke taakvervulling/onrechtmatig handelen bij de investering in *oil rigs* in 2009. Op het beroep op matiging van de verplichting tot schadevergoeding zal na de beoordeling van de overige vorderingen worden ingegaan. Dan zal worden bepaald tot welk bedrag de vordering op dit punt tegen [A] en [E] wordt toegewezen, waarbij nu al wordt opgemerkt dat matiging van de vordering tegen [A] niet voor de hand ligt. Ook hier geldt dat de schadevergoeding die aan Ennia Holding en Ennia Investments (op eigen titel) toekomt, zo nodig in een vervolprocedure moet worden vastgesteld. Het voorgaande betekent verder dat de vordering ten aanzien van de *oil rigs* tegen Parman International, [C], [B] en [D] wordt afgewezen.

## 11. Mullet Bay en (dividend)uitkeringen

*De standpunten van partijen en het oordeel van het Gerecht*

11.1. Ennia c.s. heeft zich op het standpunt gesteld dat [F] ([A], Parman International, [C] en [B]), [E] en [D] in de periode 2009 tot en met 2015 ten onrechte voor een bedrag van NAF 223 miljoen hebben onttrokken aan Ennia c.s. in de vorm van dividenduitkeringen, kapitaalonttrekkingen en andere uitkeringen aan aandeelhouders. In hun visie zijn deze uitkeringen onrechtmatig/onverschuldigd gedaan en dienen zij door [F], [E] en [D] te worden terugbetaald. [F] en [D] hebben zich daartegenover op het standpunt gesteld dat de uitkeringen niet in strijd met de wet en de statuten hebben plaatsgevonden, dat uit de jaarrekeningen volgt dat nooit sprake is geweest van een negatief eigen vermogen en dat de financiële ruimte bovendien is bepaald na goedkeurende controleverklaringen bij de jaarrekeningen door externe accountants. [E] heeft aangevoerd dat de door Ennia c.s. als onrechtmatig betitelde uitkeringen pas na zijn vertrek als bestuurder hebben plaatsgevonden.

11.2. Het Gerecht heeft, onder verwijzing naar de wettelijke regeling in artikel 2:118 BW, vooropgesteld dat sprake moet zijn van een *besluit* tot het doen van een dividenduitkering, genomen in onmiddellijke samenhang met de goedkeuring van de jaarrekening, en dat een besluit tot het doen van uitkeringen terwijl het eigen vermogen van de vennootschap negatief is of door de uitkering zal worden, geen enkele rechtskracht heeft. In dat geval is sprake van onverschuldigde betaling als bedoeld in artikel 6:203 BW. Ook tussentijdse uitkeringen mogen niet leiden tot een negatief eigen vermogen. Voorts heeft het Gerecht de regeling in de statuten weergegeven (artikel 12 en 14, zie onder 3.86 hiervoor).

11.3. Het Gerecht is uitgegaan van de door Ennia c.s. verstrekte opgave van de uitgekeerde bedragen (tot een totaalbedrag van NAF 223.447.905), gebaseerd op de geldstromen van Ennia Holding naar Parman International, aldus (in NAF):

Jaar	Dividend	overige uitkeringen op aandelen	resultaat Ennia Holding
2009	-	6.962.841	13.255.000
2010	23.114.000	4.395.095	6.413.000
2011	26.616.000	213.998	- 25.619.000
2012	35.128.000	1.428.971	26.652.000
2013	-	83.001.000	- 9.078.000
2014	-	11.830.000	- 4.050.000
2015	-	30.758.000	- 113.314.000
<b>Totaal</b>	<b>84.858.000</b>	<b>138.589.905</b>	<b>- 99.790.000</b>

11.4. Bij de beoordeling heeft het Gerecht voorts de door Ennia c.s. bij repliek overgelegde besluiten (vermeld onder 3.87) tot uitgangspunt genomen en overwogen dat onvoldoende gesteld of gebleken is dat er meer of andere besluiten zijn. Het gaat derhalve om aandeelhouders- dan wel bestuursbesluiten in de periode van 2011 tot en met 2015 met betrekking tot verschillende (soorten) uitkeringen aan Parman International, tot een totaal van NAF 33 miljoen en USD 76.406.343.

11.5. De vraag naar de toelaatbaarheid van de uitkeringen heeft zich voorts toegespitst op de waardering van Mullet Bay. Het Gerecht heeft, kort gezegd, geoordeeld dat de gereede twijfel over de aan Mullet Bay toegekende waarde en dus aan het eigen vermogen van Ennia c.s. gedaagden ervan had moeten weerhouden miljoenen aan uitkeringen te doen aan de aandeelhouder, te meer nu diverse uitkeringen zijn gedaan in jaren waarin Ennia Holding verlies leed en degelijke besluitvorming in een (groot) aantal gevallen ontbrak. Het Gerecht merkte de uitkeringen die vanaf 2011 zijn gedaan aan als onrechtmatige onttrekkingen aan het eigen vermogen, derhalve tot een bedrag van in totaal NAF 188.975.969. De uitkeringen in de jaren 2009 en 2010, toen het eigen vermogen van Ennia Holding zelfs bij de laagste waardering van Mullet Bay positief was, zijn buiten beschouwing gelaten. Het Gerecht achtte Parman International, [A], [D], [B] en [C] voor de betaling van dit bedrag als schadevergoeding hoofdelijk aansprakelijk. De schadevergoedingsvordering jegens [E] werd afgewezen.

#### *De grieven*

11.6. Tegen dat oordeel en de gronden waarop het berust hebben [A], Parman International en [C] en [B] grotendeels gelijklopende grieven gericht (grief II van [A] en van [C] en [B] en de grief in §1 van Parman International), [D] heeft zich met grief 9 tegen dat oordeel gekeerd. Grief 14 in het incidenteel appel van Ennia c.s. betreft het oordeel van het Gerecht over de jaren 2009 en 2010. De diverse onderdelen van de grieven zullen hieronder nader aan de orde komen. De vraag of en zo ja in hoeverre (dividend)uitkeringen toelaatbaar waren, hangt grotendeels nauw samen met de vraag naar de waarde van Mullet Bay. Het Hof zal dit onderwerp het eerst bespreken. De vraag naar het al dan niet genomen zijn van (dividend)besluiten en de betekenis

daarvan, komt daarna aan de orde, gevolgd door overwegingen over de rol en positie van de tot (terug)betaling aangesproken (rechts)personen.

11.7. Tot slot zal het Hof ingaan op de formele verweren die [F] ([A], Parman International en [C] en [B]) hebben aangevoerd (schending klachtplicht, verjaring, decharge) en die in hun visie aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering van Ennia c.s. in de weg staan. Het Hof merkt op voorhand op dat deze verweren worden verworpen.

*De (waarde van) Mullet Bay.*

11.8. Het Gerecht is in 5.110 e.v. van het vonnis ingegaan op de stelling van Ennia c.s. dat de gedane dividend- en overige uitkeringen niet hadden mogen plaatsvinden vanwege de overwaardering van Mullet Bay en de als gevolg daarvan veel slechtere financiële situatie dan door [A], [E], [C] en [B] is voorgespiegeld. Het Gerecht heeft daarover, kort gezegd, het volgende overwogen. De waarde van Mullet Bay bepaalde voor een belangrijk (en steeds belangrijker wordend) deel de financiële positie van Ennia c.s. Gedaagden zijn in dat verband gewaarschuwd voor het hoge concentratierisico. Onder die omstandigheden was het belang van een juiste waardering van Mullet Bay bijzonder groot. Gedaagden dienden zich er in het belang van Ennia c.s. en de polishouders van te vergewissen dat Mullet Bay niet van een zo hoog mogelijke, maar van een zo reëel mogelijke taxatie zou worden voorzien. Dat zij dat voor ogen hebben gehouden blijkt in het geheel niet uit de overgelegde stukken. Daaruit blijkt juist het tegendeel. Na bespreking van die stukken, overwoog het Gerecht dat uit niets blijkt dat gedaagden zich daadwerkelijk hebben ingezet om tot een zo reëel mogelijke waardebeoordeling te komen, terwijl er alle aanleiding moest bestaan voor – minst genomen – twijfel over de aan Mullet Bay in de boeken toegekende waarde en daarmee aan het eigen vermogen van Ennia c.s. Het Gerecht kwam vervolgens tot de slotsom dat die gereede twijfel gedaagden ervan had moeten weerhouden miljoenen aan uitkeringen te doen aan de aandeelhouders, te meer nu diverse uitkeringen zijn gedaan in jaren waarin door Ennia Holding verliezen werden geleden en besluitvorming in een (groot) aantal gevallen ontbrak. Niet beslissend achtte het Gerecht of en in hoeverre Mullet Bay daadwerkelijk was overgewaardeerd en evenmin dat de jaarrekeningen en uitkeringen steeds door de controlerend accountant zijn goedgekeurd.

11.9. Uit artikel 2:218 lid 5 BW en de artikelen 12 en 14 van de statuten van Ennia Holding (zie hiervoor onder 3.86) volgt dat (dividend)uitkeringen niet zijn toegestaan als het eigen vermogen negatief is (of door de uitkering negatief wordt). Winst is op zichzelf niet vereist, zoals [F] en [D] op zichzelf terecht opmerken. Ook artikel 14 van de statuten sluit uitkering in een verliessituatie niet uit wanneer de reserves voldoende dekking bieden. Zoals ook het Gerecht heeft overwogen, speelde de waarde van Mullet Bay bij het bepalen van het eigen vermogen een belangrijke rol. Een goed onderbouwde en zo veel mogelijk op controleerbare gegevens gebaseerde taxatie van Mullet Bay was derhalve van zeer groot belang.

11.10. [A], Parman International en [C] en [B] hebben in hun grieven kritische opmerkingen gemaakt over de betekenis van de door het Gerecht vermelde waarschuwingen van [K] en [J] over het concentratierisico, dat volgens hen bovendien

niet door enige wet- of regelgeving wordt verboden. Ook los daarvan had het belang van een deugdelijke taxatie van Mullet Bay hen echter zonder meer duidelijk moeten zijn, alleen al vanwege het feitelijke gegeven dat de hoogte van het eigen vermogen van Ennia Holding hier grotendeels van afhing terwijl de financiële positie van Ennia Holding cruciaal was voor de verzekeraars en daarmee de polishouders. Dat Mullet Bay niet met gelden van de polishouders als investering is verworven maar als kapitaal is ingebracht, is in dit verband niet van belang. Het gaat hier om de vraag of het eigen vermogen van Ennia Holding toeliet dat uitkeringen aan de aandeelhouder werden gedaan.

11.11. Mullet Bay is eigendom van SunResorts. Van deze vennootschap was [A] (indirect) grootaandeelhouder/bestuurder. Mullet Bay is een perceel op Sint Maarten van ongeveer 67,7 hectare. Het perceel en de bebouwing hebben in 1995 grote schade ondervonden van de orkaan Luis. Sindsdien is vrijwel niets met het perceel gebeurd. Herstel of herbouw heeft niet plaatsgevonden. Ook enig concreet ontwikkelingsplan was er niet.

11.12. Mullet Bay stond op de balans van SunResorts voor een historische kostprijs van USD 2,2 miljoen. In 2005/2006 is overgegaan van rapportage op basis van de US GAAP naar rapportage op basis van de IFRS. Sindsdien werd een andere waarderingsgrondslag gehanteerd, de *fair value* waarde. Voor het boekjaar eindigend op 31 augustus 2005 is op die grondslag een waarde voor *Property and equipment* vermeld van USD 250,8 miljoen. Per 31 augustus 2006, de einddatum van het eerste boekjaar waarin definitief op (alleen) de IFRS was overgegaan, was dit USD 337,3 miljoen. De basis hiervoor waren de hierna te noemen rapporten van IEB.

11.13. Op 22 december 2005 en in december 2006 zijn via Parman International respectievelijk 11,5% en 11% aandelen SunResorts ingebracht in Banco di Caribe, voor een (papieren) waarde van NAf 98,5 miljoen. Vervolgens zijn deze aandelen voor een (papieren) waarde van NAf 100 miljoen aan Ennia Investments geleverd.

11.14. Het perceel is in 2006 (driemaal: eenmaal in maart, en tweemaal in december), in 2009, 2011, 2014 en 2018 getaxeerd door de op Sint Maarten gevestigde eenmanszaak IEB van de heer Toon Valkenburg. Valkenburg is geen lid van enige vereniging van taxateurs. De rapporten zijn beperkt van omvang en summier van inhoud. In het rapport van 29 maart 2006 staat als disclaimer dat het rapport oppervlakkig van aard is (zie 3.77 onder c). De getaxeerde waarde in het rapport is gebaseerd op een afweging van *pros and cons* en prijzen die zijn verkregen door navraag bij niet nader genoemde landeigenaren in de buurt (in Cupecoy). Er worden op basis daarvan vraagprijsvariaties genoemd voor gebieden die slechts geografisch zijn aangeduid (*along Simpson Bay Lagoon, land that does not border the sea or Simpson bay Lagoon, properties that border the sea*). IEB komt dan uit op een gemiddelde van USD 365/m<sup>2</sup> voor het hele grondoppervlak. Het totaal komt op ruim USD 246,8 miljoen voor de grond en ruim USD 250,8 voor het geheel. In de rapporten van 1 december 2006 en 28 december 2006 zijn enkele verwijzingen toegevoegd naar een project in het Cupecoy-gebied en twee projecten op Anguilla, zonder dat verder wordt uitgelegd welke invloed dit in concreto heeft op de waardering. De getaxeerde waarden lopen dan op tot ruim USD 288,4 miljoen voor de grond en ruim USD 292,4 voor het geheel respectievelijk ruim USD 333 miljoen voor de grond en ruim USD 337,3 voor het

geheel. In het laatste rapport staat nog een toevoeging over de potentiële *return on investment* van ontwikkelingen op het terrein. In beide rapporten staat nog steeds dat het rapport oppervlakkig van aard is en *“No aspects of any building or structure were studied in depth.”*. De vermelding *“Due to the limited time available, none of the documentation and information received from either the cadastre or VROM was studied in detail”* komt er niet meer in voor, maar zoals het Gerecht ook signaleerde, uit de rapporten van december 2006 blijkt niet dat dergelijke informatie toen wel nader is bestudeerd. Ook het Hof is van oordeel dat de rapporten voor het doel waarvoor ze zijn gebruikt te summier van inhoud zijn, onvoldoende controleerbaar zijn, ook verdere vragen oproepen en volstrekt onvoldoende verklaring bieden voor de aanzienlijke waardstijging in een periode van een paar maanden. Daarbij komt dat Mullet Bay in 2002 door ICE nog was getaxeerd op een bedrag van USD 68,3 miljoen, ook al is ook dat rapport summier te noemen. Ook het in juni 2005 uitgebrachte rapport van de heer David Morrison, dat uit kwam op een waarde van USD 242,5 miljoen voor de grond, is overigens summier. Een en ander betekent dat er al vanaf 2006 aanleiding was een grondiger taxatie van Mullet Bay te laten verrichten. Mede in het licht van de betekenis van Mullet Bay voor het eigen vermogen van Ennia c.s., konden de uitgebrachte rapporten van IEB in redelijkheid niet dienen om de *fair value* van Mullet Bay op te baseren.

11.15. In het rapport van 15 januari 2009 (dat grotendeels vrijwel letterlijk gelijk is aan de eerdere rapporten) wordt (niet nader gespecificeerd) een hogere waarde van prijzen van land grenzend aan het Simpson Bay Lagoon gebied genoemd, maar ontbreekt een van de projecten op Anguilla en wordt van het andere project vermeld dat dit *“temporarily” put on hold* is. Ook wordt er melding van gemaakt dat *“the current worldwide financial crisis will potentially have an impact on present and future developments/values in the coming years”*. Toch is de waardering weer aanzienlijk hoger dan in december 2006: Ruim USD 382 miljoen voor de grond en ruim USD 386,1 miljoen voor het geheel. De m2 prijs voor het land was USD 565.

11.16. In maart 2009 en oktober 2010 zijn via Parman International weer aandelen SunResorts ingebracht in Ennia, voor een waarde van respectievelijk NAF 150 miljoen en NAF 348,89 miljoen, waarna Ennia Investments over 93,3% van de aandelen in SunResorts beschikte en Mullet Bay 55% van de waarde van de totale activa van de verzekeraars (hoofdzakelijk bestaand uit intercompany-vorderingen) vertegenwoordigde.

11.17. In 2011 heeft IEB weer taxaties uitgevoerd. De opzet en inhoud van het rapport van 21 oktober 2011 zijn grotendeels gelijk aan de eerdere rapporten. Sinds 2006 wordt al de algemene opmerking gemaakt dat sprake is van *“a great deal of real estate activity in the Cupecoy/Lowlands area in the last three years”*. Sommige verwachte ontwikkelingen worden al sinds 2006 gesignaleerd, bijvoorbeeld, *“according to information (...) the main road will be rerouted”* (een verwachting die overigens ook in het laatste rapport van 2018 nog terugkomt). In het rapport van 2011 worden vijf *“more or less “similar” properties that have been recently developed or are in the process of being developed”* op Sint Maarten genoemd, waarvan een het ook in de eerdere rapporten genoemde project is. De andere vier projecten worden beschreven, maar er worden geen (grond)prijzen genoemd (in het eerste geval wordt een *projected sales value* genoemd). Voorts wordt er nog verwezen naar de (koop)prijs van een strook grond tegenover het vliegveld. Ook

hier ontbreekt weer een concrete uitwerking van de invloed van de genoemde vergelijkingsobjecten op de taxatiewaarde. Het rapport komt, met een gemiddelde grondprijs van USD 595/m<sup>2</sup> uit op ruim USD 400,7 miljoen voor de grond en ruim USD 405,7 miljoen voor het geheel. Ook in dit rapport wordt weer vermeld dat het oppervlakkig van aard is. Over dit rapport is in interne mails van Cees Rokx van PwC, de accountant van SunResorts, in de periode november 2011-februari 2012 een aantal vragen opgeworpen, zoals de vraag of de insteek dat de onroerend goed prijzen zijn gestegen kan worden gedeeld, of de waarde van de terreinen juist niet wordt gedrukt doordat Cupecoy vol wordt gebouwd, hoe Valkenburg nou eigenlijk aan de USD 595/m<sup>2</sup> komt en dat de link met de verkochte percelen niet wordt gezien, of je die grondprijs wel krijgt als je 700 hectare 'los' gaat verkopen en andersom of je geen volumekorting krijgt als je het als één stuk gaat aanbieden, of de golfcourse ook USD 595/m<sup>2</sup> waard is en of het geen tijd is voor een second opinion. Vragen die ook de verantwoordelijken bij Ennia c.s. hadden kunnen en moeten stellen. Rokx vroeg zich in de interne mails overigens ook af of er een doelredenering in zit om Ennia extra inkomen te bezorgen.

11.18. In het rapport van 2014 wordt een verminderde *real estate activity* gemeld, maar daaraan wordt toegevoegd dat de bestaande en nieuwe ontwikkelingen hun waarde hebben behouden dankzij de *return on investment* en omdat er een tekort blijft aan beschikbaar land. Deze stellingen worden niet verder toegelicht. Het rapport heeft verder een wat andere inhoud dan de eerdere rapporten omdat het, op basis van een in juni 2005 opgestelde *Zoning Plan of the Dutch Lowlands*, melding maakt van de onderverdeling van Mullet Bay in verschillende gebieden en van de bouwmogelijkheden en -voorschriften. Ook zijn twee *comparable properties* (van respectievelijk 2.660 m<sup>2</sup> en 3.317 m<sup>2</sup>) toegevoegd. De beschrijving van de in het rapport van 2011 genoemde projecten en de vermelding van de strook tegenover het vliegveld zijn weer opgenomen. De concrete invloed van een en ander op de waardering is niet uitgewerkt. Er wordt nog steeds met een gemiddelde prijs voor het hele perceel gerekend, deze keer USD 620/m<sup>2</sup>. Dit leidde tot waarden van ruim USD 417,4 miljoen voor de grond en ruim USD 422,4 miljoen voor het geheel. De vermelding van het oppervlakkige karakter komt ook in dit rapport weer terug.

11.19. De reden voor twijfel die de verantwoordelijken bij Ennia c.s. van aanvang af aan hadden moeten hebben bij de rapporten van IEB, is nadien niet in gewicht afgenomen. De rapporten zijn te summier en te weinig onderbouwd gebleven om ze in redelijkheid te kunnen gebruiken voor het doel waarvoor ze zijn gebruikt. Dit geldt te meer nu de betekenis van Mullet Bay inmiddels zeer groot was geworden voor Ennia c.s. Dat had nog tot extra zorgvuldigheid moeten nopen. De verzekeraars – met name Ennia Leven – waren voor het kunnen voldoen aan hun langlopende verplichtingen afhankelijk van Ennia Holding en Ennia Investments omdat hun intercompany-vorderingen alleen zouden kunnen worden betaald als de financiële basis van Ennia Holding en Ennia Investments sterk genoeg zou zijn. Mede in het licht daarvan had niet mogen worden volstaan met de genoemde rapporten om de waarde van Mullet Bay in de jaarcijfers op te baseren en, mede op grond daarvan, de ruimte voor (dividend)uitkeringen aan de aandeelhouder te bepalen. Het gaat hier om een vermogensbestanddeel waaraan honderden miljoenen dollars aan waarde is toegekend. Dit had minst genomen een aanzienlijk grondiger onderbouwing en toelichting gevergd en bij het achterwege



blijven daarvan inschakeling van een tweede taxateur voor een *second opinion*, zoals Ennia c.s. terecht stelt. Dat dit is nagelaten is ernstig verwijtbaar.

11.20. [A], Parman International en [C] en [B] en [D] hebben zich op het standpunt gesteld dat er geen reden is de rapporten van IEB als onjuist te beschouwen. [D] heeft erop gewezen dat verschillende taxateurs verschillend kunnen taxeren en taxaties inherent onnauwkeurig zijn. Dit mag zo zijn, dit neemt niet weg dat in dit geval niet had kunnen worden volstaan met summiere taxaties van slechts één lokale taxateur. Genoemde partijen hebben ook nog aangevoerd dat er beduidend meer taxaties zijn die wijzen op een hogere waarde dan taxaties die het standpunt van Ennia c.s. ondersteunen dat Mullet Bay aanzienlijk is overgewaardeerd, maar nu het overgrote deel daarvan afkomstig is van één taxateur (IEB) heeft dit argument geen betekenis. De rapporten van IEB volgens steeds dezelfde lijn en vertonen dezelfde soort tekortkomingen.

11.21. Dat er een serieuze reden was voor twijfel aan de waarderingen van IEB wordt nog benadrukt door de gebeurtenissen nadien. Die gebeurtenissen dateren weliswaar van na de jaren waarin de voorliggende (dividend)uitkeringen hebben plaatsgevonden, maar zij bevestigen dat een kritischer benadering van de in de hiervoor genoemde rapporten genoemde waarden aangewezen was geweest.

11.22. Op 4 augustus 2016 heeft de Centrale Bank in een brief aan de verzekeraars laten weten dat Ennia Leven het ertoe diende te leiden dat Mullet Bay (of de aandelen SunResorts) binnen een termijn van drie jaren zou worden verkocht c.q. de gerelateerde vorderingen werden afgelost (zie 3.42). De Bank wenste tevens een recente waardebeoordeling van Mullet Bay. Vervolgens is aan het Amerikaanse bureau CBRE opdracht gegeven voor een taxatie. In een gemotiveerd conceptrapport van 29 september 2016 heeft CBRE het terrein gewaardeerd op USD 35,4 miljoen. In het rapport staat dat het is opgesteld conform een aantal internationale (taxatie)-standaarden. Het is niet tot een definitief rapport gekomen. In een mail van [B] aan [C] van 27 oktober 2016 staat: “*The Ambassador [bedoeld is [A], Hof] doesn't want to use them. He wants to choose the firm.*” Het vervolgens ingeschakelde Franse bureau CEI, dat volgens zijn rapport van 30 november 2016 ook volgens een aantal internationale (taxatie)standaarden werkte, kwam uit op een waardering van USD 436 miljoen. CEI ging daarbij uit van volledig bebouwbaar land. In het rapport wordt melding gemaakt van het door IEB verstrekte *zoning plan* 2005 en de opmerking dat CEI van verschillende professionals had begrepen dat uitzonderingen op de geldende regels mogelijk zijn in geval van een potentieel waarde toevoegend project. In een e-mailbericht van 27 januari 2017 aan [M] vermeldde CEI dat haar was gevraagd het land als volledig bebouwbaar te beschouwen en dat haar was bericht dat er onderhandelingen waren met Chinese investeerders en Club Med en zij voegde daaraan toe dat de huidige waarde (*a golf course losing money*) bijna nul zou zijn. In een verslag van een bespreking op 26 maart 2017 waarbij ook KPMG aanwezig was staat dat CEI onder meer heeft opgemerkt dat “*It was difficult to approach the capacity of the market to buy this land as fully buildable land*” en tevens: “*Possibly there was not enough done on our part. Therefore we also are uncomfortable with the present value.*” Daarnaast heeft CEI opgemerkt dat het land, volledig bebouwbaar, USD 400 miljoen waard kon zijn, maar “*if used with a discount value of 5% per year, the value will be USD 200 million. We were told to be in line with the former local valuer.*” (zie 3.84).

11.23.[A], Parman International, [C] en [B] en [D] hebben aangevoerd dat de overweging van het Gerecht dat CEI er ten onrechte van is uitgegaan dat het perceel volledig kon worden ontwikkeld, onjuist is, want dat de wet- en regelgeving op Sint Maarten verregaande ontwikkeling mogelijk maakt. Onduidelijk is echter gebleven wat de mogelijkheden precies waren en of de overheidsinstanties zo nodig hun medewerking zouden geven aan afwijking van de regels; een ontwikkelingsplan is er ook nooit geweest. Zoals ook (onder 4.4.14) in de uitspraak van 21 januari 2022 van de Accountantskamer in de tuchtprocedure tegen twee accountants van Baker Tilly Curaçao aan de orde komt (zie 3.85.1), kan de vraag worden gesteld of het, gezien het feit dat Mullet Bay sinds 1995 grotendeels onbebouwd was gebleven, nog reëel was om als grondslag voor de waardering van het terrein uit te gaan van volledige bebouwing. Daarbij komt dat CEI zelf zich achteraf oncomfortabel heeft betoond met haar rapport.

11.24. In haar brief van 22 maart 2017 aan Ennia c.s. (zie 3.85) liet KPMG weten dat er in verband met het finaliseren van de controlewerkzaamheden over 2014 en 2015 van Ennia Holding en haar dochtervennootschappen nog steeds een aantal belangrijke openstaande kwesties was, waaronder duidelijkheid over de onderliggende aannames die zijn gebruikt voor de waardering van Mullet Bay. KPMG signaleerde het aanzienlijke verschil in waardering tussen het conceptrapport van CBRE en de rapporten van CEI en IEB. De suggestie die KPMG vervolgens deed om vanwege de onduidelijkheden de drie door Ennia ingeschakelde taxateurs – die dan dezelfde informatie, documentaties en aannames zouden ontvangen – onder leiding van een onafhankelijke deskundige derde tot een goed onderbouwde *fair market value* van Mullet Bay te laten komen, is niet opgevolgd.

11.25. In 2018 heeft IEB nog een taxatie verricht. In haar rapport van 11 juni 2018 (dat in grote lijnen de eerdere taxaties volgde maar ten opzichte daarvan wat verder is uitgebreid en waarin aandacht wordt besteed aan de gevolgen van de orkaan Irma) kwam IEB uit op ruim USD 416 miljoen voor de grond en ruim USD 419 miljoen voor het geheel bij een ten opzichte van 2014 gelijkblijvende m<sup>2</sup>-prijs van USD 620 (er is enig verschil in oppervlak). Daarna heeft Ennia c.s. (in 2018) Cushman en Wakefield en (in 2020/21) JLE ingeschakeld, die tot waarderingen kwamen van respectievelijk USD 50 miljoen en USD 96,4 miljoen.

11.26. Slotsom is dat de waarde van Mullet Bay in de jaren waarin de door Ennia c.s. genoemde (dividend)uitkeringen zijn gedaan (2009 tot en met 2015) in de jaarstukken ten onrechte is ontleend aan de waarderingen van IEB. Dit brengt tevens mee dat er niet langer van kan worden uitgegaan dat de gedane (dividend)uitkeringen in overeenstemming met de wet en de statuten zijn gedaan. Anders dan het Gerecht, leidt deze constatering het Hof echter niet zonder meer tot de conclusie dat (de bedragen van) de uitkeringen volledig als onverschuldigd dan wel ten titel van schadevergoeding dienen te worden (terug)betaald. Dit hangt af van de ruimte die er in de desbetreffende jaren voor dergelijke uitkeringen zou zijn geweest als Mullet Bay deugdelijk zou zijn gewaardeerd en de uitkomst daarvan was verwerkt in de geconsolideerde cijfers van Ennia Holding. Niet uitgesloten is dat ook in dat geval het eigen vermogen over een of meer jaren positief zou zijn geweest en een (dividend)uitkering van enig bedrag had kunnen plaatsvinden. Het Hof acht voor de beantwoording van deze vraag in de eerste plaats nadere deskundige voorlichting

noodzakelijk over de waarde die in de desbetreffende jaren redelijkerwijs aan Mullet Bay kon worden toegekend. De te benoemen deskundige kan bij zijn werkzaamheden de argumenten van [C] en [B] betrekken die zien op een verkocht stuk grond in het gebied en de volgens hen getoonde belangstelling van een koper. Op de deskundigenbenoeming wordt nader ingegaan in 11.73 aan het slot van dit hoofdstuk.

#### *De (dividend)uitkeringen en de daaraan voorafgaande besluiten*

11.27. Ennia c.s. heeft in haar memorie van antwoord onder 330 een overzicht gegeven van de besluiten die zij in de administratie heeft aangetroffen. Te constateren valt dat een aanzienlijk deel van de (dividend)uitkeringen in de jaarrekeningen van Ennia Holding is verwerkt. Het Hof gaat ervan uit dat de controlerend accountants zich in beginsel ervan hebben vergewist dat de uitkeringen in zoverre op deugdelijke besluitvorming berustten (tegenover het daartoe strekkende verweer heeft Ennia c.s. in wezen volstaan met de opmerking dat dit 'te kort door de bocht is'), waarbij komt dat (in ieder geval) de jaarrekeningen 2009 en 2010 door de vergadering van aandeelhouders zijn goedgekeurd.

11.28. Ennia c.s. heeft in reactie op de betwisting van [A], [C] en [B] en Parman International en (deels) [D] dat de in haar tabel vermelde bedragen daadwerkelijk zijn uitgekeerd, bij haar laatste akte betalingsbewijzen overgelegd. De als uitkering betaalde bedragen heeft zij in haar laatste akte nog aangepast en in het principaal appel haar vordering (ten opzichte van het door het Gerecht toegewezen bedrag van Naf 188.975.969) verminderd tot Naf 187.722.071. Van de kant van [A], Parman International en [C] en [B] is verzocht, gelet op de omvang van deze stukken, nog nader te mogen reageren op de producties die (voorafgaand aan de pleidooien) bij de laatste akte van Ennia c.s. zijn overgelegd. Dit verzoek is in beginsel toewijsbaar, maar in een later stadium zal worden beslist of en zo ja in hoeverre genoemde partijen hier belang bij hebben. Zo nodig zal dan ook worden ingegaan op het ter zitting opgeworpen bezwaar tegen het gebruik van de productie 335H en daaraan gekoppeld de producties 335A-G. Eerst zal het deskundigenbericht worden afgewacht, waarna vervolgens, zo nodig na verdere deskundige voorlichting, dient te worden beoordeeld of dit moet leiden tot de slotsom dat de post eigen vermogen zoals deze in de relevante jaren in de jaarrekeningen is vermeld op een onhoudbare grondslag berust en, indien dit zo is, wat daarvan de gevolgen zijn.

#### *De aansprakelijke personen*

11.29. Ennia c.s. heeft alle appellanten aansprakelijk gehouden voor (terug)betaling van de met de (dividend)uitkeringen gemoeide bedragen. Het Gerecht heeft Ennia c.s. hierin gevolgd, met uitzondering van [E]. [A], Parman International, [C] en [B] en [D] hebben grieven gericht tegen het oordeel van het Gerecht. Ennia c.s. heeft in haar voorwaardelijk incidenteel appel de gronden voor aansprakelijkheid aangevuld en ook een grief (14) gericht tegen afwijzing van de vordering tegen [E]. Appellanten zijn hier vervolgens in hun memories van antwoord in het voorwaardelijk incidenteel appel op ingegaan.

11.30. Mocht blijken dat Ennia Holding in verband met overwaardering van Mullet Bay meer uitkeringen heeft gedaan aan haar aandeelhouder dan wettelijk en statutair geoorloofd was, dan geldt het volgende.

*Met betrekking tot Parman International en [A], [D] en [B] als aandeelhouders van Parman International*

11.31. Op grond van het bepaalde in artikel 2:118 lid 5 BW hebben besluiten die strekken tot uitkering geen rechtskracht indien het eigen vermogen negatief is of door de uitkering negatief zou worden. Lid 6 bepaalt dat een uitkering wordt vermoed met deze regel in strijd te zijn gedaan als de jaarrekening van het boekjaar ten laste waarvan de uitkering wordt gedaan, met inachtneming van die uitkering, een eigen vermogen toont dat negatief is; als het gaat om een uitkering waarover door de algemene vergadering is beslist in samenhang met de goedkeuring van de jaarrekening is dit vermoeden onweerlegbaar. In de hiervoor onder 11.30 vermelde veronderstelling is sprake van uitkeringen ten aanzien waarvan niet uit de goedgekeurde jaarrekening van het desbetreffende boekjaar is gebleken dat het eigen vermogen negatief was/werd, maar ten aanzien waarvan dit pas later is geconstateerd. Gelet op de ratio van artikel 2:118 BW is er geen grond waarom het bepaalde in lid 5 niet voor dergelijke uitkeringen zou gelden. Overigens zou een dergelijk besluit ook nietig zijn op grond van het bepaalde in artikel 2:21 lid 1 BW. Van een derde te goeder trouw waarop artikel 2:22 lid 2 BW betrekking heeft (de toepasselijkheid van welk artikellid in artikel 2:118 lid 5 expliciet is uitgesloten) is hier sowieso geen sprake, gelet op de hierna nog te bespreken betrokkenheid van [A], de bestuurder van Parman International. Slotsom van het vorenstaande is dat de te veel betaalde bedragen door Ennia Holding als onverschuldigd betaald van Parman International kunnen worden teruggevorderd.

11.32. Ennia heeft voorts betoogd dat de te veel betaalde bedragen op grond van ongerechtvaardigde verrijking ook van [A], [D] en [B] als aandeelhouders van Parman International kunnen worden teruggevorderd. Het beroep van Ennia c.s. op ongerechtvaardigde verrijking gaat op voor zover kan worden nagegaan in hoeverre aan [A], [D] en [B] door Parman International betaalde bedragen zijn te herleiden tot door Ennia Holding aan Parman International gedane (dividend)uitkeringen. Bij pleidooi en in haar laatste akte lijkt Ennia c.s. te betogen dat hiervan sprake is geweest. In dat geval zijn [A], [D] en [B] ten koste van Ennia c.s. verrijkt zonder dat daar een rechtvaardiging voor is. Het betreft uitkeringen aan Parman International die zonder rechtsgrond zijn gedaan en op die grond van Parman International kunnen worden teruggevorderd. Gesteld noch gebleken is dat in een dergelijke situatie de aandeelhouders van Parman International wel recht kunnen doen gelden op de aan hen doorgeleide bedragen. [D] stelt zich op het standpunt dat 'afgeleide onrechtvaardigde verrijking' niet mogelijk is. Niet vereist is echter dat de verrijking rechtstreeks ten laste van het vermogen van de verarmde heeft plaatsgevonden. Ook als deze door tussenkomst van een derde is bewerkstelligd, is een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking mogelijk. Evenmin vereist is dat een vordering tegen die derde niet kan worden ingesteld. Als de betaalde bedragen herleid kunnen worden tot de onverschuldigd betaalde bedragen aan Parman International, is de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet gelijk te stellen aan 'een vordering wegens afgeleide winst'. Of en in hoeverre een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking

daadwerkelijk aan de orde komt, kan nu nog niet worden overzien. Mogelijk is te zijner tijd op dit punt nog verder debat aangewezen.

*Met betrekking tot [E]*

11.33. Het Gerecht heeft overwogen dat voor de uitkeringen in de jaren 2009 en 2010 geldt dat het eigen vermogen van Ennia Holding positief was, zelfs uitgaande van de laagste waardering van Mullet Bay, dat deze uitkeringen daarom buiten beschouwing worden gelaten en dat aan [E], die vanaf januari 2011 feitelijk niet meer werkzaam was bij Ennia c.s. in dit opzicht geen verwijt is te maken. Ennia c.s. heeft op zichzelf niet betwist dat de uitkeringen niet tot een negatief eigen vermogen leidden. Zij voert met grief 14 in het incidenteel appel in de eerste plaats aan dat [E] er ten onrechte niet op heeft toegezien dat de raad van commissarissen op grond van artikel 12 lid 2 van de statuten voorafgaand aan de beslissing van de algemene vergadering een beslissing nam over al dan niet reservering van het positieve saldo van de winst-en-verliesrekening. Ook is niet gebleken van een ingevolge artikel 12 lid 8 vereist voorafgaand besluit van de algemene vergadering voor een tussentijdse uitkering. Ten tweede voert zij aan dat binnen het relevante toezichtrechtelijke kader, waaronder artikel 36 LTV, geldt dat verzekeraars een bepaalde solvabiliteitsmarge dienen aan te houden en dat Ennia Holding als topvennootschap gehouden is een bedrag aan te houden gelijk aan de solvabiliteitsbuffer die de verzekeraars moesten aanhouden. Die buffer meenemend, was er volgens Ennia c.s. ook in 2009 en 2010 geen ruimte voor enige uitkering. Ennia voert deze argumenten ook aan tegenover de andere appellanten.

11.34. Op zichzelf is juist dat op grond van artikel 12 lid 8 van de statuten van Ennia Holding voor tussentijdse uitkeringen een voorafgaand besluit van de algemene vergadering is vereist. Voor wat betreft de uitkeringen uit de winst geldt dat in de systematiek van artikel 12 lid 2, 4 en 7 van de statuten de raad van commissarissen dient te bepalen welk deel van de winst zal worden toegevoegd aan de reserves, waarna het resterende deel wordt beschouwd als voor uitkering beschikbare winst. De algemene vergadering beslist dan over verdere uitkering, waarbij ook tot verdere reservering kan worden besloten. Het Hof volgt dus niet de uitleg van dit artikel door appellanten die inhoudt dat de bemoeienis van de raad van commissarissen niet is voorgeschreven.

11.35. Over de gestelde tussentijdse uitkeringen in 2009 en 2010 is nog onvoldoende duidelijk. De discussie naar aanleiding van de laatste producties van Ennia c.s. is nog onvoldoende gevoerd. [C] en [B] hebben geopperd dat dit mogelijk geen (dividend)uitkeringen waren, maar dat deze betalingen verband hielden met de aankoop van aandelen Banco di Caribe, maar dit heeft Ennia c.s. bij pleidooi betwist. Volgens haar was dat een *cashless* interne verhangings. Het Hof overweegt (los van de discussie over de toelaatbaarheid van de producties 355 A-H) dat voor zover de overmakingen een andere omschrijving hebben dan (interim)dividend, Ennia c.s. onvoldoende heeft toegelicht dat het hier om uitkeringen in de zin van artikel 12 leden 2 en 8 van de statuten zou gaan. Voorts geldt dat voor zover het wel gaat om dergelijke uitkeringen en deze uitkeringen niet (geheel) overeenkomstig de statutaire regeling zouden hebben plaatsgevonden, wel moet worden aangenomen dat deze op initiatief dan wel met goedvinden van de enige aandeelhouder (Parman International waarvan

[A] toen bestuurder was) en de voorzitter van de raad van commissarissen (eveneens [A]) hebben plaatsgevonden. Nu ervan moet worden uitgegaan dat er in 2009 en 2010 ruimte was voor de uitkeringen die in die jaren zijn gedaan (zie de volgende rechtsoverweging), acht het Hof het niet volledig volgen van de statutaire weg respectievelijk het niet toezien daarop, hoewel dit in beginsel een ernstig verwijt oplevert, in de gegeven omstandigheden onvoldoende zwaarwegend om tot persoonlijke aansprakelijkheid van [E] voor de uitgekeerde bedragen te leiden. Waar het gaat om winstuitkering komt daarbij dat gesteld noch gebleken is dat de raad van commissarissen aanleiding zou hebben gezien een beslissing te nemen die tot een andere uitkering zou hebben geleid (overigens merkt het Hof terzijde op dat de raad van commissarissen wel besluiten ter zake lijkt te hebben genomen, vgl. productie 328 van Ennia c.s. met betrekking tot 2009). Voor de overige (interim)uitkeringen geldt eens te meer dat niet valt aan te nemen dat een voorafgaand besluit van de algemene vergadering (zo daarvan geen sprake is geweest) tot een andere uitkomst had geleid.

11.36. Wat betreft de solvabiliteitsmarges volgt het Hof Ennia c.s. niet in haar stelling dat deze ook voor Ennia Holding als topvennootschap gelden. Ennia c.s. heeft geen concrete, tot Ennia Holding gerichte regel genoemd, waarop deze eis zou zijn gebaseerd. Ennia c.s. heeft niet alleen de verzekeraars als dochtermaatschappijen, maar ook - ten tijde hier in geding - Banco di Caribe. De verzekeraars moeten ervoor zorgdragen dat zij aan de (voor levensverzekeraars en schadeverzekeraars verschillende) solvabiliteitsvereisten voldoen; hierover wordt ook gerapporteerd in de geconsolideerde jaarrekening. In de gekozen constructie was het vervolgens de verantwoordelijkheid van Ennia Holding en Ennia Investments om in het belang van de polishouders de solvabiliteit van de verzekeraars zo goed mogelijk te waarborgen, zoals al aan de orde is gekomen.

11.37. Slotsom van het vorenstaande is dat het Gerecht [E] terzake van de dividenduitkeringen terecht niet aansprakelijk heeft gehouden. Grief 14 in het incidenteel appel treft geen doel.

*Met betrekking tot [C] en [B]*

11.38. [C] en [B] waren er in hun bestuursperiode als bestuurders van Ennia Holding verantwoordelijk voor dat de waarde van Mullet Bay in de geconsolideerde jaarcijfers van Ennia Holding werd gebaseerd op een deugdelijke waardebepaling. Dat de accountants van SunResorts en Ennia c.s. voor de jaarstukken over de jaren 2009 tot en met 2015 waarderingen van IEB hebben geaccepteerd, doet niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van [C] en [B]. Ook hun verwijzing bij pleidooi naar de bestuurders van SunResorts als eerst verantwoordelijken kan hen niet baten. Ook in dit verband geldt dat zij hun eigen verantwoordelijkheid hadden en behielden. Overigens merkt het Hof nog op dat de taxatierapporten vanaf 2014 ook op verzoek van Ennia Holding zijn opgemaakt en dat KPMG zich als accountant van de Ennia-groep nadrukkelijk met de materie heeft bemoeid. [C] en [B] hadden in het belang van de Ennia-groep kritisch moeten blijven. Zoals al vaker opgemerkt was Mullet Bay van groot belang voor de groep en daarmee voor de verzekeraars en de polishouders en vereiste dit extra zorgvuldigheid. Dit klemmt te meer nu de waarde van Mullet Bay werd benut voor het doen van uitkeringen aan de aandeelhouder. Illustratief is overigens dat, toen KPMG in 2017 adviseerde een taxatie onder leiding van een derde te laten

plaatsvinden, hiermee niets is gedaan, maar integendeel de opdracht aan KPMG is ingetrokken. Illustratief is ook dat de Accountantskamer een accountant van het opvolgend accountantskantoor Baker Tilly Curaçao een tuchtrechtelijke sanctie heeft opgelegd wegens een te weinig kritische houding ten aanzien van de waarde van Mullet Bay (3.85.1).

11.39. Door in de gegeven omstandigheden na te laten zorg te dragen voor taxaties die op steviger grondvesten waren gebaseerd en door voor de jaarcijfers te blijven afgaan op onvolkomen waardebepalingen, hebben [C] en [B] in strijd met het bepaalde in artikel 2:14 lid 1 BW hun taak als bestuurders onbehoorlijk vervuld. Dit is hen ernstig te verwijten. Gronden voor disculpatie als bedoeld in artikel 2:14 lid 4 BW acht het Hof niet aanwezig: in het licht van wat hiervoor is overwogen, kan niet worden gezegd dat [C] en/of [B] ter zake de onbehoorlijke taakvervulling, mede gelet op hun werkkring en de periode waarin zij in functie zijn geweest, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hen te wijten is en dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Het behoorde immers tot hun taak/werkkring erop toe te zien dat de waarde waarvoor het belangrijke vermogensbestanddeel Mullet Bay in de jaarcijfers werd opgenomen op een robuuste grondslag berustte. Het behoorde ook tot hun taak/werkkring Ennia Holding ervoor te behoeden dat haar eigen vermogen negatief zou worden als gevolg van uitkeringen aan de aandeelhouder. Niet gesteld of gebleken is dat [C] en/of [B] zich kritisch hebben betoond over de rapporten van IEB; ten aanzien van [B] lijkt eerder het tegendeel het geval (zie 3.82). [C] heeft nog aangevoerd dat voorafgaand aan zijn aanstelling (op 9 februari 2011) er al zes taxatierapporten waren waarvan die van 15 januari 2009 het laatste was. Dit ontslaat [C] echter niet van zijn verplichting kritisch naar de rapporten te kijken; de bezwaren tegen de rapporten (ook dat van 15 januari 2009) zijn hiervoor besproken. Ook de waardestijgingen in de reeks rapporten hadden tot extra aandacht aanleiding moeten geven. [C] en [B] zijn daarom jegens Ennia Holding hoofdelijk aansprakelijk ter zake van de onbehoorlijke taakvervulling in hun bestuursperiode. Of en in hoeverre dit handelen schade voor Ennia Holding heeft opgeleverd, zal na het te bevelen deskundigenbericht nader worden beoordeeld. Er is geen grond [C] en [B] op grond van onrechtmatige daad ook aansprakelijk te achten jegens de overige Ennia-vennootschappen.

11.40. Met betrekking tot het argument van Ennia c.s. dat de uitkeringsbesluiten niet conform de statuten zijn genomen, verwijst het Hof voor wat betreft de toepassing van artikel 12 leden 2 en 8 naar wat is overwogen bij [E] (zie 11.35). Wat daar is overwogen geldt *mutatis mutandis* ook hier. Overigens gaat het in de jaren na 2010 blijkens de jaarrekeningen in overwegende mate niet om uitkeringen van winst, waar artikel 12 leden 2 en 8 van de statuten op zien, maar om andersoortige uitkeringen, waaronder uitkeringen ten laste van de vrije reserve (*return of share premium*). Verdere discussie kan zo nodig in een later stadium plaatsvinden (zie 11.28). Het verweer van [B] en [C] (en het daarop betrekking hebbende bewijsaanbod) dat zij niet persoonlijk bij de besluitvorming en de betaling betrokken waren kan voorlopig onbesproken blijven.

*Met betrekking tot [A]*

11.41. Ennia c.s. heeft aangevoerd dat [A] ook met betrekking tot Mullet Bay als feitelijk bestuurder van Ennia c.s. heeft gehandeld. Dat [A] in het algemeen een verdergaande

betrokkenheid bij Ennia c.s. heeft betoond dan uit zijn formele posities voortvloeit (het deels onder 3.30 geciteerde gespreksverslag is daarvoor illustratief) neemt het Hof aan, maar dat [A] in het kader van de verantwoording van Mullet Bay in de jaarcijfers van Ennia Holding in de relevante periode mede het beleid van Ennia Holding heeft bepaald als ware hij bestuurder, vindt onvoldoende steun in de feiten. In wezen hebben Ennia c.s. hiervoor alleen verwezen naar zijn kennelijke betrokkenheid bij het beëindigen van de opdracht van CBRE in 2016 (zie 2.83). Los van de vraag of [A] met betrekking tot dit specifieke geval als feitelijk bestuurder is aan te merken, zegt dit te weinig over de volledige periode waarin Mullet Bay op basis van de waarderingen van IEB in de jaarcijfers is opgenomen. Dat hij zich in die periode ook overigens concreet met de waardering heeft bemoeid, kan niet worden vastgesteld. [A] had echter ook de rol van voorzitter van de raad van commissarissen. In die rol is hij ernstig tekortgeschoten. Hieromtrent geldt het volgende.

11.42. Artikel 2:19 leden 1 en 2 BW bepalen dat de statuten de taak van de raad van commissarissen omschrijven, maar dat tot die taak in ieder geval behoort het houden van toezicht op het bestuur. Artikel 10 van de statuten van Ennia Holding gaat over de raad van commissarissen. Lid 1 bepaalt: *“Executing the supervision on the management conducted by the managing board and rendering advice to the managing board, is entrusted to a Supervisory Board (...)”*. Daarnaast bevatten de statuten (in overeenstemming met artikel 2:19 lid 5 BW) nog enkele specifieke taken van de raad van commissarissen. Artikel 2:19 lid 7 BW bepaalt dat onder meer het bepaalde in artikel 2:14 BW van overeenkomstige toepassing is ten aanzien van commissarissen en bepaalt voorts dat de raad van commissarissen zich bij de vervulling van zijn taak richt naar het belang van de rechtspersoon en, voor zover daarvan sprake is, de met deze verbonden onderneming.

11.43. [A] was als bestuurder van SunResorts verantwoordelijk voor een deugdelijke taxatie van Mullet Bay. De eerste rapporten van IEB zijn ook op verzoek van SunResorts opgesteld. [A] moet dus op de hoogte zijn geweest van de inhoud van de taxatierapporten van IEB. Bij een hoge taxatiewaarde had [A] een persoonlijk belang onder meer omdat deze mede bepalend was voor de hoogte van de uitkeringen die door Ennia Holding zouden kunnen worden gedaan en hem via Parman International zouden toekomen. Dit had minst genomen aanleiding voor hem moeten zijn het onderwerp van de waardering van Mullet Bay nadrukkelijk bij zijn medecommissarissen onder de aandacht te brengen en om de bestuurders van Ennia Holding aan te sporen nog eens kritisch naar de rapporten te kijken. Dit geldt te meer nu hij zich bewust heeft moeten zijn van de beperkingen die aan de rapporten kleefden. Ook voor [A] geldt dat hij zich gelet op zijn eigen verantwoordelijkheid niet kan verschuilen achter de accountants.

11.44. Als redelijk handelend commissaris had [A] in het belang van Ennia Holding moeten ingrijpen toen de rapporten van IEB kritiekloos werden gebruikt ter onderbouwing van de waarde van Mullet Bay in de jaarstukken. Nu hij dit niet heeft gedaan, heeft hij zijn taak als commissaris onbehoorlijk vervuld en dit is hem ernstig te verwijten; enige grond voor disculpatie is er niet. Hij is derhalve jegens Ennia Holding aansprakelijk voor de schade als gevolg van dit handelen. Ook hier geldt weer dat de vraag naar de schade na het deskundigenbericht aan de orde zal komen. Ook hier ziet



het Hof geen grond [A] op grond van onrechtmatige daad ook aansprakelijk te achten jegens de overige Ennia-vennootschappen.

11.45. Ten slotte merkt het Hof naar aanleiding van het verweer van [A] dat de Amerikaanse belastingregels vereisen dat (volgens eigen regels berekend) dividend wordt uitgekeerd aan Amerikaanse belastingplichtigen nog op dat dit uiteraard niet kan rechtvaardigen dat in strijd met de wet en de statuten en met gevaar voor de continuïteit van de onderneming dividend wordt uitgekeerd. Zoals ook Ennia c.s. aanvoert, lijkt het hier om regels ter zake van fictief rendement te gaan.

*Met betrekking tot [D]*

11.46. Ennia c.s. heeft ook [D] aangesproken als commissaris. Geoordeeld is al dat [A] zijn toezichthoudende taak als commissaris onbehoorlijk heeft vervuld en dat hij ter zake daarvan jegens Ennia Holding aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen. De aansprakelijkheid voor de onbehoorlijke taakvervulling van een commissaris leidt, gelet op het wettelijke uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid, in beginsel tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de leden van de raad van commissarissen, tenzij zij een beroep kunnen doen op de disculpatiegrond als bedoeld in artikel 2:14 lid 4 BW. Het Hof is van oordeel dat dit ten aanzien van [D] het geval is.

11.47. Zoals hiervoor is overwogen heeft [A] reeds uit hoofde van zijn betrokkenheid bij SunResorts kennis moeten dragen van de taxaties van IEB en had dit hem aanleiding moeten geven handelend op te treden. Dit geldt niet voor [D]. Ennia c.s. heeft geen concrete feiten en omstandigheden genoemd waaruit volgt dat [D] de onderliggende taxaties onder ogen heeft gehad. Dat haar anderszins concrete signalen hebben bereikt over mogelijk onvolkomen waardebeoordelingen, is gesteld noch gebleken. Wat er verder zij van de passieve wijze waarop zij invulling heeft gegeven aan haar commissarispositie, het gaat te ver van haar te vergen zonder concrete aanleiding de onderliggende taxatierapporten op te vragen. In haar geval heeft zij op dit punt kunnen afgaan op de jaarrekeningen van Ennia Holding, waarop een goedkeurende controleverklaring was afgegeven. In die jaarrekeningen heeft zij geen aanleiding hoeven vinden voor nader onderzoek op het punt van Mullet Bay. Dat de historische kostprijs in geen verhouding stond tot de waarde op de balans hoeft niet per definitie argwaan te wekken. De groei van de post *investment property* in de geconsolideerde jaarrekening 2010, waar Ennia op wijst, is in diezelfde jaarrekening verklaard doordat er in de toelichting op wordt gewezen dat de groep in oktober 2010 nog aanvullend 48,7% van de aandelen in SunResorts verwierf, waarna Ennia Investments 93,3% van de aandelen ging houden en de transactie leidde tot consolidatie van SunResorts per 31 december 2010.

11.48. [D] kan ter zake de onbehoorlijke taakvervulling geen ernstig verwijt worden gemaakt. De onbehoorlijke taakvervulling is niet aan haar te wijten en nalatigheid in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden kan haar in de gegeven omstandigheden niet worden verweten. [D] is dus niet op grond van onbehoorlijke taakvervulling als commissaris aansprakelijk voor eventuele schade vanwege teveel betaalde (dividend)uitkeringen. Haar grief 9, die is gericht tegen het andersluidende oordeel van de rechtbank, treft doel.

11.49. Dat neemt niet weg dat zij mogelijk op de grondslag van ongerechtvaardigde verrijking bedragen aan Ennia Holding verschuldigd is. Zie over de grondslag ongerechtvaardigde verrijking hetgeen hiervoor is overwogen in 11.32.

#### *Formele verweren*

11.50. Appellanten hebben een aantal formele verweren aangevoerd, waarvan het Hof hiervoor in 11.7 al heeft vermeld dat deze worden verworpen. Het Hof zal deze verweren hierna inhoudelijk berspreken.

#### *Klachtplicht*

11.51. Het al eerder in het kader van de vordering van Ennia c.s. inzake S&S besproken beroep van [A] (grief V) en [B] en [C] (grief V) op schending door Ennia c.s. van haar klachtplicht in de zin van artikel 6:89 BW, heeft ook betrekking op de vordering van Ennia c.s. inzake de (dividend)uitkeringen. [D] (grief 3) heeft in het licht van wat hiervoor over haar positie is overwogen, geen belang meer bij een beroep op dit verweer. Het Hof verwijst naar wat hiervoor onder 10.44-10.47 in het kader van de bespreking van de vordering inzake S&S is overwogen. Voor het overzicht herhaalt het Hof hier de belangrijkste overwegingen.

11.52. Het betoog van Ennia c.s. dat artikel 6:89 BW niet geldt voor vorderingen op grond van interne en externe bestuurders- en commissarissenaansprakelijkheid (uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling/onrechtmatige daad) treft doel. De klachtplicht van artikel 6:89 BW heeft betrekking op het gebrekkig nakomen van verbintenissen. Het artikel bepaalt dat een schuldeiser geen beroep meer kan doen op een gebrek in de prestatie indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Het artikel staat in Boek 6, afdeling 1, titel 9, over de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis. Het Hof stelt voorop dat de verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon een verhouding is van vennootschappelijke aard. De gehoudenheid tot behoorlijke taakvervulling als neergelegd in artikel 2:14 lid 1 BW is geen verbintenis die gelijk is te stellen met een verbintenis van vermogensrechtelijke aard als waar artikel 6:89 BW betrekking op heeft. Artikel 6:89 BW is ook niet bedoeld voor de rechtsverhouding tussen een bestuurder of commissaris en de vennootschap.

11.53. [A], [C] en [B] betogen dat het hier niet gaat om een klassieke relatie tussen bestuurder/commissaris enerzijds en de vennootschap anderzijds, maar om een groep van vennootschappen met daarbinnen op diverse niveaus verschillende bestuurders (en commissarissen) die voldoende ruimte en mogelijkheid hadden om te klagen. Wat hiervan zij (dit argument komt ook bij het beroep op verjaring nog aan de orde) dit neemt niet weg dat de aard van de rechtsverhouding aan toepassing van artikel 6:89 BW in de weg staat.

11.54. De klachtplicht ziet verder niet op een vordering uit onrechtmatige daad. Dat is slechts anders indien de vordering uit onrechtmatige daad is gericht tegen de schuldenaar en is gegrond op feiten die tevens de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt. Daarvan is hier echter geen sprake.

Volledigheidshalve voegt het Hof hier nog aan toe dat de klachtplicht evenmin geldt voor de vordering uit onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking.

11.55. Uit het vorenstaande volgt dat het beroep op de klachtplicht niet slaagt.

#### *Verjaring*

11.56. [A] (grief V), Parman International (de grief in § 1 onder 42) en [C] en [B] (grief V) hebben voorts aangevoerd dat het Gerecht hun beroep op verjaring ten onrechte heeft verworpen. Het Gerecht heeft het beroep op verjaring verworpen met de overweging (in 5.114 jo. 5.82 en 5.83 – de verwijzing naar 5.81 is een kennelijke vergissing) dat Ennia c.s. terecht heeft gesteld dat zij pas na het uitspreken van de noodregeling op 4 juli 2018 bekend is geraakt met de schade. In dit geval geldt een uitzondering op de regel dat wetenschap van bestuurders geldt als wetenschap van de rechtspersoon omdat het gaat om schade die door de bestuurders zelf aan de vennootschap wordt toegebracht, aldus het Gerecht.

11.57. Volgens [A], Parman International en [C] en [B] heeft het Gerecht artikel 3:310 BW onjuist toegepast. Zij voeren – kort gezegd – het volgende aan, waarbij een deel van hun betoog parallel loopt met wat zij ook in het kader van hun verweer tegen de S&S-vordering hebben aangevoerd (zie 10.50). In 5.82 van het bestreden vonnis (waar het gaat om de S&S-transacties) is Ennia Investments als primair benadeelde aangemerkt. Niet valt in te zien dat zij in verband met Mullet Bay ook de primair benadeelde is. Voorts kende Ennia c.s. vanaf 2006 tot het uitspreken van de noodregeling op diverse niveaus veel andere bestuurders naast [C] en [B] die, als er sprake was van schade, daarvan op de hoogte hadden kunnen en moeten zijn zodat al eerder sprake was van bekendheid bij Ennia c.s. en al eerder adequate acties hadden kunnen worden getroffen. De verjaringstermijn gaat dan lopen op het moment waarop de relevante handelingen hebben plaatsgevonden, in dit geval de (dividend)-uitkeringen. Ennia c.s. zelf heeft bovendien correspondentie van de Centrale Bank overgelegd, waaruit ‘waarschuwingen’ zouden blijken. Ennia c.s. heeft op 11 oktober 2019 haar verzoekschrift ingediend, zodat gepretendeerde vorderingen van voor 11 oktober 2014 zijn verjaard. De ontvangst van de door Ennia c.s. gestelde stuitingsbrief van 3 november 2018 wordt betwist. Voor zover stuiting zou hebben plaatsgevonden zijn de vorderingen die voor 3 november 2013 zijn ontstaan verjaard. De verlengingsgrond van artikel 3:321 lid 1(d) jo. artikel 3:320 BW is niet van toepassing omdat de verstandhouding binnen het bestuur en met de grootaandeelhouder daar niet om vraagt en Ennia c.s. bovendien haar recht heeft verwerkt daarop een beroep te doen. Eventueel ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van [C] en [B] en [A] en de redelijkheid en billijkheid staan niet aan een beroep op verjaring in de weg, aldus – nog steeds – [A], Parman International en [C] en [B].

11.58. Ennia c.s. heeft op verschillende gronden gemotiveerd betwist dat [A], Parman International en [C] en [B] een beroep op verjaring kunnen doen. Deze komen, voor zover nodig, hierna aan de orde. Ook [D] (grief 4) heeft een beroep op verjaring gedaan. Het Hof beschouwt het beroep van Parman International en [D] als mede betrekking hebbend op de grondslagen waarop de vorderingen jegens hen eventueel kunnen worden toegewezen (onverschuldigde betaling respectievelijk

ongerechtvaardigde verrijking). Hof overweegt als volg, daarbij – voor zover ook hier relevant – deels herhalend wat al eerder is overwogen (10.52-10.56).

11.59. Met betrekking tot de (dividend)uitkeringen is Ennia Holding de vennootschap aan wie de vordering tot schadevergoeding toekomt. De schade is geleden op het moment waarop de te hoge uitkeringen zijn gedaan, maar dat hoeft niet het moment te zijn waarop ook de verjaringstermijn is aangevangen. Artikel 3:310 lid 1 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. In beginsel geldt dat wetenschap van een bestuurder in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als wetenschap van de rechtspersoon.

11.60. Het Hof is, met het Gerecht, van oordeel dat bekendheid van [C] en [B] tijdens hun bestuurderschap in de gegeven omstandigheden echter niet aan Ennia Holding is toe te rekenen. [C] en [B] waren vanaf het aftreden van [M] op 24 april 2012 tot aan het uitspreken van de noodregeling op 4 juli 2018 de enige bestuurders van Ennia Holding. De schadevordering betreft een vordering die voortvloeit uit hun eigen, als ernstig verwijtbaar onzorgvuldig handelen, gekenschetste onbehoorlijke taakvervulling. Hun belang was derhalve tegengesteld aan dat van Ennia Holding. Buiten [C] en [B] om, kon Ennia Holding geen rechtsmaatregelen treffen. Gelet op de betrokkenheid van [A], wiens handelen als commissaris eveneens ernstig verwijtbaar is bevonden en die bovendien (indirect) grootaandeelhouder was van Ennia Holding, kon Ennia Holding ook niet terugvallen op ingrijpen door de raad van commissarissen of de algemene vergadering (Parman International, van wie [A] en [B] aandeelhouders waren en [B] bestuurder). In het licht hiervan moet Ennia Holding geacht worden niet eerder met de schade en de daarvoor aansprakelijke personen bekend te zijn geraakt dan na het uitspreken van de noodregeling. Een andere opvatting, waarin de verjaringstermijn al gaat lopen op een moment waarop optreden tegen de schadeveroorzakende bestuurders en commissaris onmogelijk is, kan wegens de onredelijke gevolgen daarvan voor Ennia Holding niet worden aanvaard. In het onderhavige geval klemmt dat te meer, nu niet alleen het belang van Ennia Holding in het geding is, maar tevens dat van de tot de Ennia-groep behorende verzekeraars en hun polishouders. Het oordeel omtrent de aanvang van de verjaringstermijn geldt voor de vorderingen tegen [C] en [B] en [A] en, vanwege de nauwe betrokkenheid van haar bestuurder/aandeelhouders [B] en [A], ook voor de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling tegen Parman International. Voor de vordering uit onverschuldigde betaling geldt het bepaalde in artikel 3:309 BW, waarin voor de aanvang van de verjaringstermijn bekendheid met het bestaan van de vordering wordt geëist.

11.61. Het oordeel omtrent de aanvang van de verjaringstermijn geldt ook voor de eventuele schadevordering op [D] uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Hoewel zij, zoals hiervoor is geoordeeld, geen actieve kennis heeft gehad van de onbehoorlijke taakvervulling van [C], [B] en [A], is zij ook geen neutrale derde. De vordering jegens haar is een afgeleide van de vordering tegen Parman International, waarvan zij mede bestuurder en aandeelhouder is. Die nauwe betrokkenheid rechtvaardigt toepassing van hetzelfde verjaringsregime.

11.62. Overigens is de schadevordering jegens [C] en [B] hoe dan ook niet verjaard. Op grond van het bepaalde in artikel 3:321 lid 1(d) jo. artikel 3:320 BW wordt een verjaringstermijn die betrekking heeft op een vordering tussen de rechtspersoon en haar bestuurders, na het aftreden van de bestuurders met zes maanden verlengd. Er is geen reden waarom dit in het geval van Ennia Holding niet zou gelden. De bestuurlijke verhoudingen geven daartoe in dit geval juist wel aanleiding. Het beroep op rechtsverwerking gaat evenmin op. Aan de goedkeuring van (andere) bestuurders en commissarissen in de periode voorafgaand aan de noodregeling kunnen [C] en [B], gelet op de aard van de hun verweten gedragingen, geen argument ontleenen. Binnen zes maanden na het defungeren van [C] en [B] op 4 juli 2018 is mede namens Ennia Holding de stuitingsbrief van 3 november 2018 gestuurd. [B] betwist in hoger beroep de ontvangst daarvan, maar ter zitting in eerste aanleg is de ontvangst van die brief mede namens hem expliciet erkend. Niet gesteld is dat er gronden zijn in de zin van artikel 133 lid 2 Rv om die erkenning te herroepen. De verjaring is dus tijdig gestuit.

11.63. Ten slotte merkt het Hof nog het volgende op. Indien ervan zou worden uitgegaan dat de verjaringstermijn al ten tijde van het doen van de (dividend)-uitkeringen zou zijn aangevangen, zou een beroep op verjaring in de gegeven omstandigheden ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geacht (artikel 2:7 lid 2 BW). Het gaat hier om handelingen die potentieel aanzienlijke schade aan Ennia Holding hebben toegebracht terwijl optreden tegen de betrokken personen vanwege hun posities bij Ennia Holding tijdens het lopen van de verjaringstermijn voor 4 juli 2018 in ieder geval feitelijk geen reële optie was. Gelet op de maatschappelijke positie van Ennia c.s. en de al vaker genoemde belangen die gemoeid waren met een gezonde financiële toestand van Ennia Holding, zou onaanvaardbaar zijn dat Ennia Holding na het uitroepen van de noodregeling nog slechts beperkt aanspraken geldend zou kunnen maken tegen [A], Parman International, [C] en [B] en [D].

11.64. Slotsom van het vorenstaande is dat het beroep op verjaring geen doelt treft.

#### *Decharge*

11.65. [A] (grief IV) en [C] en [B] (grief IV) hebben voorts een beroep gedaan op de jaarlijks aan hen verleende decharge. Ook op dit punt heeft het Hof al eerder een oordeel gegeven (10.60-10.62), wat hier deels wordt herhaald.

11.66. Artikel 15 lid 2 van de statuten van Ennia Holding (zoals deze golden vanaf september 2009) bepaalt dat, tenzij uitdrukkelijk anders besloten, de directeuren en commissarissen door de vaststelling van de balans en de winst-en-verliesrekening door de algemene vergadering van aandeelhouders voor hun bestuur respectievelijk toezicht over het afgelopen boekjaar zijn gedechargeerd. Het Gerecht heeft geoordeeld (5.112 en 5.113) dat nu er geen vaststellingsbesluiten zijn over de jaren 2011 tot en met 2015, zoals Ennia Holding onbetwist heeft gesteld, er ook geen automatische decharge is en dat daarbij komt dat uit de jaarrekeningen niet volgt dat de uitkeringen zijn gebaseerd op de waardering van Mullet Bay. In 5.74 had het Gerecht (in het kader van de S&S-transacties) al overwogen dat een verleende decharge zich niet uitstrekt tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet naderszins aan de algemene vergadering bekend zijn gemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde. Het Gerecht

overwoog verder dat de informatie zonder meer en direct uit de jaarrekening moet kunnen worden afgeleid en als sprake is van onbehoorlijke bestuurshandelingen het bestuur ervoor moet zorgen dat deze expliciet en ondubbelzinnig uit de jaarrekening blijken.

11.67. [A] en [C] en [B] betogen dat het Gerecht uit het oog heeft verloren dat het niet alleen gaat om gegevens uit de jaarrekening, maar ook om gegevens die anderszins aan de algemene vergadering bekend zijn gemaakt. Dit betreft ook handelingen die door de aandeelhouder zelf zijn verricht, samen met de bestuurders die het verwijt wordt gemaakt. In dit geval beschikte de algemene vergadering volledig over alle informatie en gegevens, dus ook van de waarderingen van Mullet Bay en de gedane (dividend)uitkeringen. Volgens [A] en [C] en [B] is daar in de algemene vergadering uitvoerig over gesproken. Bovendien is de waardering van Mullet Bay wel degelijk opgenomen in de jaarrekeningen van Ennia Investments en Ennia Holding. De gedane (dividend)uitkeringen zijn ook opgenomen in de jaarrekeningen en/of andere (vergader)stukken, aldus [A] en [C] en [B]. Daarnaast betwisten [A] en [C] en [B] dat er geen vaststellingsbesluiten zouden zijn.

11.68. Ook als er vaststellingsbesluiten zouden zijn, gaat het beroep van [A] en [C] en [B] niet op. Uitgangspunt, zoals ook het Gerecht, onder meer met verwijzing naar HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (Staleman/Van de Ven) overwoog, is dat een decharge zich niet uitstrekt tot informatie waarover een individuele aandeelhouder uit anderen hoofde – buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders – de beschikking heeft gekregen, of tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn bekendgemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde. Dat het moet gaan om gegevens die de algemene vergadering als orgaan ter beschikking heeft gekregen, volgt uit het tweede door het Gerecht genoemde arrest (HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, De Rouw/Dingemans qq). In dat geval strekte de decharge zich niet uit tot frauduleuze handelingen die niet uit de jaarrekening en de verslaglegging kenbaar waren en maakte de omstandigheid dat de bestuurder/enig aandeelhouder (die die handelingen had verricht) daarvan ten tijde van de goedkeuring van de jaarrekeningen en verslagleggingen kennis moet hebben gedragen dit niet anders.

11.69. Het Hof heeft in het voorafgaande geoordeeld dat het kritiekloos baseren van de waarde van het vermogensbestanddeel Mullet Bay op onvolkomen taxaties als onbehoorlijke taakvervulling van [A] (als commissaris) en [C] en [B] (als bestuurders) moet worden aangemerkt. Uit de jaarrekeningen van Ennia Holding is kenbaar welke waarde er aan *'Investment property'* is toegekend, maar dat zegt zonder verdere onderliggende bescheiden onvoldoende om te kunnen beoordelen of deze post op een voldoende deugdelijke grondslag is gebaseerd. [A], [C] en [B] waren uiteraard zelf volledig op de hoogte van de taxatierapporten, maar dat deze rapporten ook aan Parman International in haar hoedanigheid van aandeelhouder zijn verstrekt, volgt nergens uit. Niet toegelicht is op welke wijze dit zou zijn gebeurd en evenmin is toegelicht hoe het optreden van Parman International als aandeelhouder formeel is vormgegeven. Dat er notulen zijn van aandeelhoudersvergaderingen is evenmin gesteld.

11.70. Overigens zou in het onderhavige geval een beroep op decharge ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geacht. De decharge zou dan zijn verleend door Parman International, waarbij [A], [D] en [B] nauw betrokken waren. Gelet op de aard van de belangen die bij Ennia Holding zijn betrokken (zie wat hiervoor al bij de verjaring is opgemerkt), leidt een beroep op decharge tot een onaanvaardbaar resultaat.

11.71. Het beroep op decharge wordt derhalve verworpen.

*Conclusie ten aanzien van Mullet Bay en de (dividend)uitkeringen*

11.72. De formele verweren van appellanten gaan niet op, zodat het Hof is toegekomen aan een inhoudelijke behandeling van de vordering van Ennia c.s. Zoals al overwogen is grief 16 in het incidenteel beroep van Ennia c.s. ongegrond en is de schadevordering jegens [E] derhalve reeds daarom niet toewijsbaar. Grief 9 van [D] is gegrond en dat brengt mee dat zij niet aansprakelijk is uit hoofde van haar positie als commissaris. Mogelijk heeft Ennia Holding een vordering jegens haar uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Parman International; dit komt eventueel nog later aan de orde. Dat geldt ook voor een mogelijke vordering op die grondslag tegen [A] en [B]. Grief II van [A] en de grief in §1 van Parman International hebben er – mede in het licht van het overige debat – toe geleid dat het Hof hun aansprakelijkheid deels op andere gronden heeft aangenomen dan het Gerecht heeft gedaan: Parman International uit hoofde van aan haar gedane onverschuldigde betalingen en [A] uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling als commissaris. Uit het vorenstaande volgt voorts dat grief II van [A] en van [C] en [B] en de grief in §1 van Parman International in zoverre doel treffen dat het Hof, anders dan het Gerecht, in het kader van de vraag naar de schade wel van belang acht of en zo ja in hoeverre Mullet Bay daadwerkelijk was overgewaardeerd.

11.73. Zoals hiervoor overwogen in 11.26 zal het Hof derhalve thans eerst een deskundige benoemen om een taxatierapport uit te brengen over de waarde van Mullet Bay in de jaren 2009 tot en met 2018. Deze periode is ruimer dan de periode waarin de (dividend)uitkeringen zijn gedaan omdat ook in verband met de nog aan de orde komende commissarissenvergoeding van belang is te weten hoe de vermogenssituatie van Ennia Holding was. Waardebepaling zal steekproefsgewijs kunnen plaatsvinden op een aantal peildata in de genoemde periode (waarbij het Hof, zoals ook in de *Valuation Guidelines*, wordt gedaan, een interval van drie jaar zal aanhouden). Het Hof stelt zich voor een taxateur die is verbonden aan een internationaal erkend kantoor met goede reputatie te benoemen en als vraag te formuleren:

Wat was de *fair value* van Mullet Bay op achtereenvolgens 31 december 2009, 31 december 2012, 31 december 2015 en 31 december 2018?

Voor de omschrijving van het perceel kan worden verwezen naar het rapport van Cushman & Wakefield, p. 10/11, tenzij partijen hier (gemotiveerd) bezwaar tegen hebben. De benoemde taxateur kan zich zo nodig door een of meer aan het kantoor verbonden anderen laten bijstaan, indien hij/zij dit voor een goede vervulling van zijn/haar taak noodzakelijk acht. De taxateur zal de beschikking krijgen over de tot op heden uitgebrachte taxatierapporten. Daarnaast zullen hem/haar de volgende passages uit de processtukken worden verstrekt:

- memorie van grieven [C] en [B], p. 22 onder p en (een deel van) de stukken waarnaar in noot 9 wordt verwezen (in die zin dat van de conclusie van dupliek de nummers 135 tot en met 144, met bijbehorende producties, zullen worden bijgevoegd),
- pleitnotities Ennia in eerste aanleg, randnummers 95 tot en met 99,
- memorie van grieven [D], randnummer 11.85 tot en met 11.87 en productie 23
- memorie van antwoord Ennia, randnummers 235 tot en met 247,
- pleitnotities [C] en [B] in hoger beroep, eerste termijn, randnummers 55 tot en met 57.

Bedoeling is de taxateur alvast opmerkzaam te maken op een tweetal punten die partijen op voorhand al als relevant voor de waardering hebben opgeworpen en hun standpunten daarover, te weten verkoop van een deel van Mullet Bay en de gestelde interesse van de Melia-groep. Niet nodig is dat de taxateur kennis neemt van de bezwaren van partijen tegen de eerdere rapporten. Hij/zij zal zijn/haar eigen oordeel dienen te vormen.

11.74. Het Hof verzoekt partijen met elkaar in overleg te treden om te bezien of zij tot een eensluidend voorstel kunnen komen voor een te benoemen taxateur. Indien dit niet zo is, zal het Hof zelf een taxateur aanzoeken.

11.75. De zaak zal naar de rol worden verwezen zodat partijen zich over het vorenstaande kunnen uitlaten. In afwijking van de hoofdregel dat de eisende partij het voorschot betaalt, zal het voorschot in dit geval ten laste worden gebracht van [A], [C] en [B], ieder voor een derde deel, nu het Hof reeds heeft geoordeeld dat zij hun taak als bestuurders respectievelijk commissaris onbehoorlijk hebben vervuld en voor eventuele schade aansprakelijk zijn.

#### *Overige verwijten in verband met Mullet Bay*

11.76. Ennia c.s. heeft in hoger beroep nog twee andere omstandigheden in verband met Mullet Bay genoemd die volgens haar tot schade bij Ennia c.s. hebben geleid (zie memorie van antwoord in principaal appel tevens houdende memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel, randnummers 297-306). Zij stelt dat sprake is geweest van het ten onrechte boeken op de balans van een latente belastingverplichting van SunResorts op basis van tarieven die gelden voor een *tax holiday* en een ten onrechte voor het volledige bedrag op de balans opgenomen vordering op de 49% deelneming van SunResorts in Towers at Mullet Bay. Ennia c.s. houdt appellanten aansprakelijk voor de vermindering in het eigen vermogen van Ennia Holding die de afwaardering op deze punten tot gevolg heeft om te komen tot een weergave van de werkelijke waarde van de bezittingen van Ennia Holding. Nu Ennia c.s. echter geen duidelijke gevolgen hieraan heeft verbonden voor haar vordering (zij heeft geen eis ingesteld die - voldoende kenbaar - op deze stellingen is gebaseerd), behoeven deze stellingen verder geen bespreking.

## 12. De gestelde excessieve uitgaven

12.1. Met grief III bestrijden [A], [C] en [B] het vonnis van het Gerecht voor zover zij daarbij zijn veroordeeld op het punt van een of meer excessieve uitgaven. De overige appellanten hebben afzonderlijke grieven gericht tegen het vonnis, voor zover zij daarbij zijn veroordeeld op het punt van een of meer excessieve uitgaven. Ennia c.s. heeft eveneens afzonderlijke grieven gericht tegen het vonnis, voor zover daarbij



vorderingen tegen appellanten op het punt van een of meer excessieve uitgaven zijn afgewezen. Deze grieven zullen hierna bij de beoordeling van de afzonderlijke uitgaven worden vermeld.

12.2. Ennia c.s. betoogt dat appellanten aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van diverse onrechtmatige excessieve uitgaven in de periode na de overname van de Ennia-groep. [A] heeft zijn taak als (feitelijk) bestuurder en als commissaris onbehoorlijk vervuld. [E], [C], [B] en Parman International hebben hun taak als (feitelijke) bestuurder onbehoorlijk vervuld en [D] heeft haar taak als commissaris onbehoorlijk vervuld, zo stelt Ennia c.s. Ennia c.s. voert daartoe het volgende aan. [A] heeft kort na de acquisitie van Ennia en Banco di Caribe toegezegd om NAF 100 miljoen te investeren, ten behoeve van de groei en uitbreiding van de ondernemingen. [A] heeft echter geen geld ingebracht, maar overgewaardeerde aandelen in SunResorts. Op papier leek de financiële situatie van Ennia daarom nog lange tijd niet problematisch. De geconsolideerde balans van Ennia dreef immers op de enorme kurk die Mullet Bay vormde. Appellanten hebben Ennia opgezaaid met allerlei excessieve kosten. Zo hebben zij voor tientallen miljoenen NAF aan 'goede doelen' gedoneerd, ten laste van Ennia. Die goede doelen hadden niets van doen met Ennia of de markt waarop Ennia zich begeeft. Veel van die doelen bevonden zich überhaupt niet in de voormalige Nederlandse Antillen, maar in de Verenigde Staten en dienden om in de Verenigde Staten de reputatie van [A] als filantroop en succesvol zakenman te bestendigen. Verder heeft Ennia grote betalingen gedaan aan adviseurs van [A], en aan hem gelieerde personen en vennootschappen, salarissen betaald van personen die niet bij Ennia werkzaam waren en buitensporige beloningen betaald aan functionarissen van Ennia, zoals commissarissen. Voorts hebben appellanten Ennia opgezaaid met disproportionele reis-, verblijf- en representatiekosten, en met kosten voor (het gebruik van) privévliegtuigen die (nagenoeg) uitsluitend door [A] zelf werden gebruikt om vliegreesjes te maken naar de Bahama's en andere (zon)bestemmingen waarvan niet valt in te zien wat die met Ennia van doen hadden, aldus Ennia c.s.

12.3. De excessieve uitgaven bedroegen volgens Ennia c.s., na vermindering van eis, ongeveer NAF 140 miljoen. Bij akte houdende overlegging producties en wijziging eis heeft Ennia c.s. nadere bewijsmiddelen in het geding gebracht. De uitgaven waarvan Ennia c.s. aan appellanten een verwijt maakt zijn in onderstaand overzicht vermeld.

	<b>Beschrijving</b>	<b>Totaalbedrag (NAF)</b>
(a)	Donaties aan diverse organisaties die geen verband houden met de bedrijfsvoering van Ennia, waaronder Amerikaanse politieke instellingen en (goede) doelen	20.791.970 ten laste van Ennia Holding, Ennia Investments of Ennia Leven (producties 356-365)
(b)	Kosten voor adviseurs [A], Parman International en daaraan gelieerde ondernemingen	6.136.250 ten laste van Ennia Holding of Ennia Investments (producties 365-367)

(c)	Betaling van salaris aan personen die niet bij Ennia in dienst waren, danwel die excessief werden betaald	10.805.610 ten laste van Ennia Holding, Ennia Investments of Ennia Leven (producties 383-389)
(d)	Excessieve beloning van commissarissen van Ennia	14.199.729 ten laste van Ennia Holding (productie 368)
(e)	Reis-, verblijf- en representatiekosten: zeer regelmatige en zeer luxueuze RvC-bijeenkomsten in het bijzonder	3.782.177,87 ten laste van Ennia Holding of Ennia Investments (productie 369)
(f)	Betalingen aan NetJets voor het privégebruik van vliegtuigen	27.407.006 ten laste van Ennia Investments (producties 370-380)
(g)	Kapitaal van Ennia aangewend om de eigenaren van verwoeste Mullet Bay appartementen uit te kopen	56.966.000 ten laste van Ennia Investments

12.4. Het Hof overweegt dat een bestuurder steeds moet handelen in belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dat geldt daarom ook wanneer uitgaven worden gedaan, zoals die welke hierboven zijn genoemd. Van een bestuurder van een vennootschap in de Ennia-groep geldt dat daarbij bijzondere zorgvuldigheid wordt gevestigd, zoals hiervoor in onderdeel 8 is overwogen. Afgezien van vaste kosten, zoals een vaste, passende beloning voor commissarissen, is voor het doen van uitgaven allereerst noodzakelijk dat de financiële ruimte van de vennootschap toereikend is voor de desbetreffende uitgave. Maar ook indien die ruimte toereikend is, geldt steeds ook dat de desbetreffende uitgave verantwoord moet zijn in het licht van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dat vergt een beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval. Indien een uitgave het belang van de vennootschap en haar onderneming in geen enkel opzicht dient, is sprake van onbehoorlijke taakvervulling. Wanneer geen redelijk denkend bestuurder de desbetreffende uitgave zou verrichten, treft de betrokken bestuurder daarvan een ernstig verwijt en zijn de bestuurders (collectief) aansprakelijk jegens de vennootschap. Het is de taak van een commissaris van de vennootschap om erop toe te zien dat een bestuurder zijn taak op de hiervoor beschreven wijze vervult als het gaat om het doen van uitgaven die hier ter beoordeling voorliggen. Het Hof beoordeelt nu achtereenvolgens de door Ennia c.s. genoemde uitgaven.

*a. Donaties*

12.5. Met grief 5 in incidenteel hoger beroep bepleit Ennia c.s. in het algemeen dat [D] als commissaris aansprakelijkheid is voor de schade die Ennia c.s. heeft geleden als gevolg van de excessieve uitgaven. Grief 6 in incidenteel appel van Ennia c.s. ziet op aansprakelijkheid van [D] op het punt van de donaties. Grief 10 van [D], grief 3 van [E] en grief III van [A], [C] en [B] zien op de donaties.

12.6. Ennia heeft betoogd dat appellanten het ertoe geleid hebben dat Ennia Holding, Ennia Investments en Ennia Leven gedurende lange tijd disproportionele donaties hebben gedaan aan partijen en doelen waarmee de vennootschappen in de Ennia-groep geen enkele logische relatie lijken te hebben. Zij voert voorts, kort gezegd, het volgende aan. Geen van deze donaties houdt op enige wijze verband met de bedrijfsvoering van de Ennia-groep. Veel van deze uitgaven zijn gerelateerd aan de Republikeinse partij in de Verenigde Staten, waarmee [A] nauwe banden onderhoudt. Het heeft er dan ook alle schijn van dat [A] de gelden van Ennia gebruikte om zijn reputatie in de Verenigde Staten te bestendigen. Voor de overname door [A] steunde Ennia op beperkte schaal enkele goede doelen in het Caribisch gebied. Onder appellanten doneerde Ennia echter voor vele miljoenen aan doelen die niets met Ennia of de regio te maken hadden, en die wat Ennia betreft excessief zijn. In de periode van 2007 tot en met 2017 (het Hof begrijpt uit onderstaand overzicht: 2010-2014) belopen deze excessieve donaties in totaal NAF 20.791.970. Deze uitgaven zijn in onderstaand overzicht vermeld.

Jaar	Organisatie / Beschrijving	Bedrag in NAF
<b>United Peace Institute</b>		<b>11.830.000</b>
2010	Donatie US Peace Institute USD 3.000.000	5.460.000
2011	Donatie US Peace Institute USD 3.500.000	6.370.000
<b>Museum of Fine Arts</b>		<b>2.184.000</b>
2010	Donatie Museum of Fine Arts USD 1.200.000	2.184.000
<b>Donatie aan ex President [MM]</b>		<b>1.820.000</b>
2010	Donatie [MM] USD 500.000	910.000
2011	Donatie [MM] Legacy USD 500.000	910.000
<b>Donatie aan Points of Light</b>		<b>1.456.000</b>
2011	Donatie Points of Light Institute USD 200.000	364.000
2013	Donatie Points of Light Institute USD 400.000	728.000
2013	Donatie Points of Light Institute USD 200.000	364.000
<b>Taking Charge Foundation</b>		<b>728.000</b>
2010	Donatie Taking Charge Foundation USD 200.000	364.000
2010	Donatie Taking Charge Foundation USD 200.000	364.000
<b>Pentagon Memorial Fund</b>		<b>546.000</b>
2010	Donatie Pentagon Memorial Fund USD 300.000	546.000
<b>[X] Institute</b>		<b>1.001.000</b>
2010	Donatie [X] Institute USD 150.000	273.000
2010	Donatie [X] Institute USD 150.000	273.000
2013	Donatie [X] Institute USD 250,000	455.000
<b>International Crisis Group</b>		<b>455.000</b>
2014	Donatie Int.Crisis Group USD 250. 000	455.000
<b>[A] Foundation</b>		<b>389.470</b>

2012	[A] Foundation / Meal Packages	389.470
<b>Cesar Foundation</b>		<b>382.500</b>
2010	Donatie Cesar Foundation USD 25.000	45.500
2010	Donatie Cesar Foundation USD 10.000	18.500
2010	Donatie Cesar Foundation USD 75.000	136.500
2014	Donatie Cesar Foundation USD 50.000	91.000
2014	Donatie Cesar Foundation USD 50.000	91.000
<b>TOTAAL</b>		<b>20.791.970</b>

12.7. Het Gerecht heeft beslist dat [A], [C], [B] en [E] aansprakelijk zijn voor de donaties die zijn gedaan in de periode dat zij bestuurder waren. Het Hof overweegt het volgende. Uitgangspunt is dat een bestuurder, vooropgesteld dat de financiële ruimte daartoe toereikend is, in hoge mate vrij is te beslissen om een donatie te doen en de bestemming daarvan te bepalen. Een vennootschap kan zich bij het vormen van beleid op dit punt uit een oogpunt van maatschappelijke betrokkenheid mede laten leiden door belangen van de nationale of internationale samenleving. Niet steeds noodzakelijk is dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de bestemming van de donatie en de bedrijfsvoering van Ennia c.s., zoals bijvoorbeeld het geval is bij het doen van een donatie met het oog op bevordering van de goede naam van de vennootschap. Evenmin is per definitie noodzakelijk dat de bestemming van een donatie zich in de geografische omgeving van Ennia c.s. bevindt. De vrijheid van een bestuurder vindt echter in ieder geval zijn grens daar waar een donatie geen zakelijk belang dient en ook niet kan worden beschouwd als uiting van maatschappelijke betrokkenheid van de vennootschap, hetgeen het geval is indien een donatie in wezen slechts een particulier doel/belang van een derde, bijvoorbeeld een aandeelhouder of bestuurder dient. Een dergelijke donatie dient niet het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

12.8. Het Hof is met Ennia c.s. van oordeel dat met de in 12.6. weergegeven donaties aan bestemmingen in de Verenigde Staten voormelde grens is overschreden en aldus sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Met de desbetreffende donaties werd een particulier doel of belang van [A] gediend. Die donaties zijn niet te beschouwen als een uiting van maatschappelijke betrokkenheid van de vennootschap in de Ennia-groep die de donatie betaalde. Ennia c.s. heeft, onbetwist, gesteld dat cheques met te doneren bedragen naar het privéadres van [A] in Houston werden gestuurd waarna [A] voor de donatie zorgde. Ennia c.s. heeft ter zitting de volgende voorbeelden gegeven van de wijze waarop de desbetreffende donatie vervolgens aan [A] werd toegeschreven. Er werd in totaal USD 6,5 miljoen gedoneerd aan het United States Peace Institute. Dat leidde tot een glimmend dak op een prominente plaats in Washington. [A] doopte het bouwwerk de "[A] Peace Dove". Er werd USD 550.000 gedoneerd aan het [X] Institute van mede-republikein [X]. De cheques werden persoonlijk door [A] overhandigd aan het [X] Institute. Vervolgens werd aan [A] en zijn vrouw op een feestelijk gala dank betuigd "*for his many years of distinguished public service and their support of the institute during this important year*". Er werd USD 800.000 gedoneerd aan Points of Light. Vervolgens werden "*the honorable Ambassador*" en zijn vrouw als *honorary chairs* op een jubileumbijeenkomst van dit instituut geroemd. De andere donaties in de Verenigde Staten kunnen eveneens niet anders worden

beschouwd dan als ten faveure van de persoon van [A], zoals bijvoorbeeld een donatie aan ex president [MM] of de [A] Foundation. Uit niets blijkt dat hier sprake is van uitingen van maatschappelijke betrokkenheid van Ennia c.s. Dat Ennia Investments investeerde in S&S in de Verenigde Staten is daarvoor onvoldoende. Zonder verdere uitleg, die ontbreekt, valt ook niet in te zien dat de donaties werden gedaan om potentiële investeerders uit de Verenigde Staten aan te trekken voor de eilanden en daarmee een zakelijk belang van Ennia dienden, nu niet is gesteld of gebleken dat bij de donaties enige link met Ennia en/of de eilanden werd gelegd.

12.9. Over de donaties aan twee bestemmingen in Sint Maarten oordeelt het Hof anders. Ennia c.s. heeft in haar memorie en ter zitting weinig woorden gewijd aan deze twee bestemmingen, mogelijk omdat zij niet over toereikende informatie beschikt. Dat moet echter voor haar risico komen. De stelling dat onduidelijk is welk doel de Cesar Stichting dient of dat zij geen informatie over de Taking Charge Foundation heeft kunnen vinden is ontoereikend om op grond daarvan te kunnen oordelen dat deze donaties niet zijn te beschouwen als uiting van maatschappelijke betrokkenheid van Ennia c.s. Dat, zoals Ennia c.s. stelt, de initiële betalingsgegevens van de Cesar Foundation afkomstig zijn van [JJ] en [KK] (de minister-president van Sint Maarten en haar zoon) en dat deze niet onthuld mochten worden, roept weliswaar vragen op, maar deze zijn door Ennia c.s., op wie de stelplicht rust, niet beantwoord. Deze donaties laat het Hof daarom buiten beschouwing.

12.10. Het Hof overweegt dat geen redelijk denkend bestuurder de in 12.8. besproken donaties zou hebben toegestaan. Reeds gelet op de hoogte van de diverse donaties diende een bestuurder extra zorgvuldigheid te betrachten voordat tot donatie werd overgegaan. Dat heeft het (collectieve) bestuur verzuimd en het heeft donaties toegestaan zonder dat er enig belang van Ennia Holding, Ennia Investments of Ennia Leven mee was gemoeid. Daarvan is het bestuur een ernstig verwijt te maken. Het Hof constateert dat uit de hierna te bespreken producties 294-296 bij memorie van antwoord en de producties 356-363 bij akte houdende overlegging producties en wijziging van eis van Ennia c.s. volgt dat tijdens de perioden dat [B] bestuurder was van Ennia Holding en Ennia Investments er geen betalingen door deze twee vennootschappen zijn verricht. De betalingen door Ennia Holding zijn in 2010 verricht, terwijl [B] pas per februari 2011 bestuurder van die vennootschap werd. De betalingen door Ennia Investments zijn ruim voor 2017 verricht, terwijl [B] pas per mei 2017 bestuurder van die vennootschap werd. Van bestuurdersaansprakelijkheid van [B] kan dan geen sprake zijn. Hij is ten onrechte veroordeeld op het punt van de donaties. Grief III van [B] slaagt in zoverre.

12.11. Uit de keuze van de bestemming van de donaties en de wijze waarop de betalingen via cheques werden gedaan volgt dat [A] bepaalde naar welke bestemming welk bedrag diende te worden betaald door de desbetreffende vennootschap in de Ennia-groep. Hij bepaalde daarmee het beleid op het punt van donaties. [A] geldt terzake daarom voor wat betreft het handelen op het punt van de donaties als feitelijk bestuurder van Ennia Holding en Ennia Investments. Op gelijke wijze als dat voor de statutair bestuurders is geoordeeld, is [A] van het onbehoorlijke bestuur een ernstig verwijt te maken.

12.12. Een commissaris is een ernstig verwijt te maken indien deze aanleiding had moeten zien over donaties nadere vragen te stellen of nadere informatie te wensen en dit niet is gebeurd. Ennia c.s. verwijt [D] dat zij geen vragen heeft gesteld naar aanleiding van de grote uitgaven voor 'marketing & public relations' in de jaarrekeningen van Ennia Investments. Het ontbreekt het Hof echter aan bijkomende feiten of omstandigheden die maken dat [D] aanleiding had moeten zien nadere informatie te vragen vanwege de mogelijkheid dat onder deze post grote donaties vielen waarbij vraagtekens waren te plaatsen. Haar is hier geen ernstig verwijt te maken. Grief 10 van [D] slaagt.

12.13. Over de nog niet behandelde verweren van de (feitelijk) bestuurders in de periode waarin de donaties zijn gedaan, [A], [E] en [C], overweegt het Hof het volgende. De benadering van hen allen dat, zo lang er financiële ruimte voor dividenduitkeringen is, de door [A] (als UBO) gewenste en door de vennootschappen gedane uitgaven zijn toegestaan en het aan hem is om daarin keuzes te maken, waarin het bestuur zich verder niet heeft te mengen, verwerpt het Hof. Zoals het Hof hiervoor heeft overwogen maakt de enkele omstandigheid dat een vennootschap financiële ruimte heeft nog niet dat het bestuur iedere donatie mag toestaan. Als het in wezen gaat om dividenduitkeringen, moeten hiervoor de wettelijke en statutaire regels worden gevolgd. Het verweer van [A] dat hij geen feitelijke handelingen heeft verricht met betrekking tot de donaties is niet deugdelijk (nader) gemotiveerd in het licht van de stellingen van Ennia c.s. Uit de in 12.8. geschetste handelwijze en bijvoorbeeld een e-mail van [B] aan [E] volgt dat [A] betrokkenheid had bij de donaties (productie 294 bij memorie van antwoord van Ennia c.s.). Deze e-mail luidt:

"[E],  
here it is

Celebration of Reading  
[X] Institute of Public Policy

The amount of each check is \$150,000.00 Mark each check as - Contribution.

Please have Bank Of America fedex the two checks to the Houston Office addressed to the Ambassador [Hof: [A]] and marked Private.

Regards [B]".

Het verweer van [C] dat als een donatie niet zou zijn verricht, het bedrag van de desbetreffende donatie wel aan een andere bestemming zou zijn gedoneerd, gaat niet op. Dit is speculatief en verder niet onderbouwd. Het verweer dat de donaties maar 0,63% van de geconsolideerde omzet van Ennia c.s. betreffen, gaat evenmin op. Het gaat niet om de hoogte van de donaties maar om het feit dat de desbetreffende donaties geen uiting zijn van enige maatschappelijke betrokkenheid van Ennia c.s. of enig ander belang van Ennia c.s. dienden en ze daarom achterwege hadden moeten blijven. Het verweer van [E] dat hij zich hield aan de liquiditeits- en solvabiliteitseisen is om dezelfde reden ondeugdelijk. Dat geldt ook voor zijn verweer dat niet persoonlijk is geprofiteerd. Het beroep van [E] op disculpatie slaagt evenmin. [E] heeft aangevoerd dat hij meermalen zijn zorgen bij [A] heeft aangekaart, dat hij heeft aangegeven dat zaken anders moesten en dat hij tweemaal ontslag heeft genomen. Dat

de donaties de reden voor de uitgesproken zorgen en voor het ontslag waren, blijkt echter in het geheel niet uit hetgeen [E] heeft aangevoerd. [E] heeft de donaties niet verhinderd en hij heeft ook geen handelingen verricht om de schade zoveel mogelijk te voorkomen. Daarom kan niet worden geoordeeld dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Dit brengt mee dat grief 2 van [E], waarin hij betoogt dat hij niet onrechtmatig heeft gehandeld of dat hem geen (persoonlijk) ernstig verwijt treft, faalt. Voor zover [E] bij de overige excessieve uitgaven aansprakelijk wordt geacht deelt deze grief aldaar hetzelfde lot. Meer of andere individuele (disculpatie)verweren zijn er niet.

12.14. Wat betreft de grieven die betrekking hebben op de formele verweren van appellanten, zijnde het beroep op schending van de klachtplicht, het beroep op verleende decharge en het beroep op verjaring verwijst het Hof naar de verwerping van deze verweren en de motivering daarbij in onderdeel 10 van dit vonnis (*S&S/oil rigs*), voor zover die motivering niet specifiek is toegesneden op de kwestie *S&S/oil rigs*. Het beroep op matiging wordt, behalve ten aanzien van [A] (zie 12.77), pas beoordeeld als over de gehele vordering van Ennia c.s. een eindbeslissing kan worden gegeven. Deze overwegingen gelden ook voor de hierna te behandelen onderdelen b tot en met g.

12.15. [A], [E] en [C] hebben de hoogte van de door Ennia c.s. aan hen verweten donaties, voor zover het Hof deze verwijten deelt, niet betwist. Zij hebben daarom geen belang bij een akte om zich uit te laten over de door Ennia c.s. in het geding gebrachte facturen met betrekking tot de donaties, nu die facturen louter de (nadere) onderbouwing van de onbestreden hoogte van de donaties betreffen. Ook hebben zij geen opmerkingen gemaakt over de door Ennia c.s. gehanteerde wisselkoers van NAF 1,82 voor USD 1. Op de door het Gerecht in 5.124. van het bestreden vonnis in een schema weergegeven bedragen dienen de donaties aan de twee bestemmingen in Sint Maarten in mindering te worden gebracht. Gelet daarop acht het Hof [A] en [E] hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag van in totaal NAF 9.646.000 en [A] en [C] hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag van in totaal NAF 10.035.000.

12.16. Omdat slechts die vennootschap in de Ennia-groep die de schade heeft geleden een vordering toekomt, dient het Hof hierover nog een oordeel te geven. Voor deze beoordeling zijn de producties 294-296 bij memorie van antwoord en de producties 356-363 bij akte houdende overlegging producties en wijziging van eis van Ennia c.s. relevant. Op grond daarvan overweegt het Hof het volgende. Ennia Leven heeft geen donatie gedaan met een bestemming die het Hof ontoelaatbaar heeft geacht. Uit de voormelde producties volgt welke vennootschap wanneer betalingen heeft verricht. Het Hof heeft de informatie uit deze producties in onderstaand schema verwerkt, daarbij lettend op de perioden waarin [A], [E] en [C] (feitelijk) bestuurder van Ennia Holding en/of Ennia Investments waren.

<i>Aansprakelijkheid terzake donaties</i>			
<i>[E] en [A]:</i>		<i>[C] en [A]:</i>	
<b>Doel</b>	<b>Bedrag (in NAF)</b>	<b>Doel</b>	<b>Bedrag (in NAF)</b>

US Peace Institute	5.460.000 Ennia Holding 2010 (productie 356)	US Peace Institute	6.370.000 Ennia Investments 2011 (productie 356)
Museum of Fine Arts	2.184.000 Ennia Holding 2010 (productie 357)	[MM] Legacy	910.000 Ennia Investments 2011 (productie 358)
President [MM]	910.000 Ennia Holding 2010 (productie 358)	Points of Light Institute	1.456.000 Ennia Investments 2011, 2013 (productie 359)
Pentagon Memorial Fund	546.000 Ennia Holding 2010 (productie 361)	[X] Institute	455.000 Ennia Investments 2013 (producties 294-296)
[X] Institute	546.000 Ennia Investments 2010 (producties 294-296)	Int. Crisis Group	455.000 Ennia Investments 2014 (productie 362)
		[A] Foundation/ Meal Packages	389.470 Ennia Investments 2012 (productie 363)

Hieruit volgt dat [A] en [E] jegens Ennia Holding hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een bedrag van NAf 9.646.000 en jegens Ennia Investments voor een bedrag van NAf 546.470 en dat [A] en [C] jegens Ennia Investments hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een bedrag van NAf 10.035.000 aan Ennia Investments. Het voorgaande betekent dat grief III van [A] en [C], voor zover betrekking hebbend op de donaties, en grief 3 van [E] ten dele slagen en ten dele falen.

*b. Kosten adviseurs PwC Houston, [G] en [H]*

12.17. Grievens 7 en 15 in incidenteel appel van Ennia c.s. zien op de aansprakelijkheid van [D] op het punt van de kosten van adviseurs en grief 17 in incidenteel appel van Ennia c.s. ziet op aansprakelijkheid van [C] en [B] voor de kosten van PwC. Grief III van [A], [C] en [B] is gericht tegen de veroordeling door het Gerecht op dit punt. Grief 11 van [D] is gericht tegen de beslissingen van het Gerecht op dit punt, ook al is de vordering tegen haar door het Gerecht afgewezen. Uit de navolgende beoordeling zal blijken dat [D] geen belang heeft bij beoordeling van grief 11.

12.18. Ennia c.s. heeft aangevoerd dat door [A] is bewerkstelligd dat voor een totaalbedrag van minimaal NAf 6.136.250 is betaald aan kosten voor adviseurs van [A] zelf, voor zijn entiteit Parman International en aan haar gelieerde personen of vennootschappen zoals S&S. Ennia c.s. voert het volgende aan. De diensten waarvoor [A] Ennia heeft laten betalen houden op geen enkele wijze verband met de bedrijfsvoering van Ennia. Het gaat om diensten geleverd door PwC Houston, [G] en [H]. Uit de facturen zoals opgenomen in de administratie van Ennia Investments volgt dat het wat PwC Houston betreft gaat om minimaal NAf 1,7 miljoen voor diensten geleverd aan Parman International en S&S over de jaren 2014-2018 (zo volgt uit pagina 184 van de memorie van antwoord van Ennia c.s.). Ennia c.s. vordert niet de kosten van adviesdiensten geleverd door PwC Houston voor zover die ten goede kwamen aan entiteiten binnen de Ennia-groep. De verwijzing van [A] naar facturen die hij als



productie 42 en 43 bij memorie van grieven heeft overgelegd is daarom niet relevant. Deze zien niet op de periode 2014-2018. Wat betreft [G] gaat het om USD 2 miljoen, oftewel NAf 3.640.000, begin 2014 betaald door Ennia Investments, terwijl niet gebleken is van enige werkzaamheden ten behoeve van Ennia c.s. [G] is de bestuursvoorzitter van Nabors Industries Ltd., een onderneming die wereldwijd olie- en gasboringen verricht en waarin Ennia Investments aandelen hield. Daarnaast was hij als commissaris betrokken bij S&S LLC. De stelling van [F] dat [G] ingenieuze fiscale constructies heeft bedacht waarvan Ennia c.s. heeft geprofiteerd, is zonder verdere motivering niet te volgen. Niet valt in te zien waarom de CEO van een grote beursgenoteerde internationale onderneming als Nabors Industries als nevenactiviteit een verzekeringsmaatschappij op Curaçao zou voorzien van fiscaal advies. Wat betreft [H] gaat het om op verschillende momenten van oktober 2016 tot april 2018 (productie 109 in eerste aanleg van Ennia c.s.) door [A] naar Ennia doorgeleide facturen van [H], waarna Ennia zorgdroeg voor betaling van in totaal een bedrag van NAf 796.250. [H] was de huisadvocaat van S&S en hij was verbonden aan [A] en andere vennootschappen van [A]. [H] heeft bij zijn werkzaamheden feitelijk die belangen, en niet die van Ennia, gediend. Het gaat dan niet aan om Ennia daarvoor te laten betalen. Dit alles, aldus Ennia c.s.

12.19. Het Gerecht heeft alleen [A] (als feitelijk bestuurder) voor de schade als gevolg van de betalingen aan PwC aansprakelijk gehouden en [A], [B] en [C] voor de overige betalingen. Het Hof overweegt het volgende. Partijen hebben de vraag of een vennootschap in de Ennia-groep opdrachtgever van PwC Houston, [G] of [H] is geen onderdeel van debat gemaakt. Ennia c.s. aanvaardt klaarblijkelijk dat zij gehouden is tot betaling voor zover werkzaamheden aan haar ten goede zijn gekomen.

12.20. Het Hof overweegt wat betreft de betalingen aan PwC Houston allereerst het volgende. Het Gerecht heeft in 5.128 van het bestreden vonnis overwogen dat voor de betalingen aan PwC niet voldoende duidelijk is welke bedragen in welk jaar zijn betaald, zodat evenmin kan worden vastgesteld welke statutair bestuurder, naast [A] als feitelijk bestuurder, voor welk bedrag aansprakelijk kan worden gehouden. Het Gerecht heeft alleen [A] (als feitelijk bestuurder) voor de schade als gevolg van de betalingen aan PwC aansprakelijk gehouden. Ennia c.s. heeft met grief 17 in reactie op de overwegingen van het Gerecht het volgende aangevoerd. [C] en [B] zijn wel aansprakelijk te houden. De betalingen aan PwC zijn gedaan in de periode 2014-2018. [C] was in die jaren bestuurder van Ennia Holding en Ennia Investments, [B] was in die periode bestuurder van Ennia Holding en in de jaren 2017 en 2018 van Ennia Investments. In reactie op het verweer van [C] en [B] in hun memorie van antwoord in incidenteel appel, samengevat inhoudende dat bij gebreke van facturen en betalingsbewijzen nog steeds niet duidelijk is wanneer welke betaling is gedaan en dus ook niet waarvoor is betaald, heeft Ennia c.s. bij akte houdende overlegging producties en wijziging eis met de producties 366 en 367 facturen van PwC Houston, betalingsopdrachten en betalingsbewijzen van Ennia Holding en Ennia Investments overgelegd. Ter zitting heeft Ennia c.s. daaraan toegevoegd dat met productie 366 wordt onderbouwd dat de betalingen aan PwC hebben plaatsgevonden in de periode februari 2014 tot en met juni 2018. Daarop hebben [C] en [B] niet meer gereageerd.

Het Hof kan zonder nadere toelichting, die ontbreekt, uit de bij producties 366 en 367 overgelegde verzameling van facturen, betaalopdrachten en betalingen niet opmaken

welke vennootschap in de Ennia-groep, op welk tijdstip, welk bedrag heeft betaald aan PwC Houston. Het Hof kan daarom ook nu nog niet vaststellen op welk tijdstip en tot welk bedrag Ennia Holding en Ennia Investments betalingen aan PwC hebben verricht in de periode dat [C] en [B] bestuurder waren van die vennootschappen. Om grief 17 van Ennia c.s. te kunnen beoordelen dient Ennia c.s. alsnog een nadere toelichting te verstrekken. Zij kan dit doen bij haar memorie na deskundigenbericht. [C] en [B] zullen gelegenheid krijgen hierop te reageren. Daarna zal het Hof beoordelen of aan alle voorwaarden voor aansprakelijkheid van [C] en [B] is voldaan en zo ja, tot welk bedrag zij aansprakelijk zijn.

12.21. Het Hof overweegt voorts naar aanleiding van de door Ennia c.s. overgelegde producties het volgende. Het Hof citeert de omschrijving bij twee van de facturen van PwC Houston die als onderdeel van productie 367 zijn overgelegd als voorbeeld.

“Progress billing for professional services performed through October 31, 2015 rendered in connection with the preparation of Forms 5471 for Parman International B.V. and subsidiaries.

- Preparation of thirty-five Forms 5471 for Parman International B.V. and subsidiaries; and
- Preparation of three U.S. Form 8858, Information Return of U.S. Persons with Respect to Foreign Disregarded Entities, including related schedules, elections, and U.S. income tax return statements.”

en

“Billing for professional services performed through September 30, 2015 rendered in connection with third quarter distribution calculation and analysis of estimates for Parman International B.V.

- Second Quarter Subpart F Model;
- Second Quarter estimate calculation and review;
- Third Quarter Subpart F model;
- Third Quarter estimate calculation and review; and
- Multiple meetings and conference calls.”

De beschrijvingen bij de overgelegde facturen vermelden in hoofdzaak Parman International of in de VS belastingplichtige inwoners of ondernemingen (U.S. Persons) als onderwerp van werkzaamheden. Slechts bij enkele facturen van PwC Houston is voorstelbaar dat diensten (mede) ten goede zijn gekomen aan Ennia c.s. Uit de beschrijving van de eerste weergegeven factuur kan worden afgeleid dat er mogelijk voor dochtermaatschappijen van Parman International werkzaamheden zijn verricht. [A] heeft het verweer gevoerd dat de werkzaamheden waarvoor Ennia c.s. heeft betaald ten goede aan Ennia c.s. zijn gekomen en hij heeft daarvan bewijs aangeboden. Hij heeft echter volstaan met een (zeer) globale uitleg, zonder verdere feitelijke onderbouwing. Een gemotiveerde onderbouwing was wel mogelijk en daarom van hem te vergen. PwC Houston, in de VS, was immers de accountant van [A] c.q. Parman International en S&S, zodat hij om informatie over de facturen had kunnen vragen. [A] heeft dan ook onvoldoende gemotiveerd betwist dat het hierbij gaat om kosten die ten onrechte door Ennia Investments en Ennia Holding zijn betaald. Voor bewijslevering is dan geen plaats.

12.22. Voor de betaling van USD 2 miljoen aan [G] is in het licht van de hierboven weergegeven stellingen van Ennia c.s. een nadere verklaring van [F] nodig om te kunnen oordelen dat werkzaamheden van [G] ten goede zijn gekomen van Ennia c.s. Geen van de appellanten heeft voldoende gemotiveerd toegelicht welke werkzaamheden [G] voor Ennia c.s. heeft verricht. De niet nader van een feitelijke toelichting voorziene stelling dat [G] juridisch advies heeft verstrekt in verband met de constructie met een vestiging van de Ennia-groep in Luxemburg en zo - voor Ennia, zo begrijpt het Hof - vele miljoenen aan belasting heeft bespaard, is ontoereikend. Enig inzicht in waaruit de werkzaamheden van [G] en het belastingvoordeel van Ennia c.s. heeft bestaan wordt niet gegeven. De betwisting is daarom onvoldoende gemotiveerd. Aan bewijslevering wordt dan niet toegekomen. De conclusie is dat Ennia Investments begin 2014 ten onrechte USD 2 miljoen, oftewel NAF 3.640.000, aan [G] heeft betaald.

12.23. Wat betreft [H] geldt dat uit door Ennia c.s. weergegeven e-mailcorrespondentie (bijvoorbeeld nrs. 131 en 174 memorie van antwoord van Ennia c.s.) blijkt dat [H] S&S van advies dient. Uit de in eerste aanleg door Ennia c.s. overgelegde productie 109 blijkt dat [H] in de periode 2016-2018 regelmatig facturen ten bedrage van USD 26.500 stuurde met als omschrijving 'advies'. Ennia c.s. heeft dit omgerekend naar NAF 113.750 en het Gerecht heeft deze omrekening gevolgd. Uit de producties 308 en 309 bij de akte houdende overlegging producties en vermindering van eis van Ennia c.s. blijkt dat [A] vanuit een e-mailadres van S&S instructies aan Ennia c.s. gaf om facturen van [H] te betalen. Dit, nadat [H] bij S&S om betaling rappelleerde. Evenals dat met de betalingen aan [G] het geval is, is in het licht van de hierboven weergegeven stellingen van Ennia c.s. ook voor de betalingen aan [H] een nadere verklaring van appellanten nodig om te kunnen oordelen dat werkzaamheden van [H] die Ennia c.s. heeft betaald ten goede zijn gekomen van Ennia c.s. [A] wijst in zijn memorie van grieven naar productie 44, een e-mailbericht van 11 december 2017, en stelt niet meer dan dat uit dit bericht van werkzaamheden van [H] ten behoeve van Ennia c.s. in het algemeen en Ennia Investments in het bijzonder blijkt. Uit dat bericht blijkt echter alleen dat [H] aan [B] documenten ter ondertekening toestuurt in verband met een betaling van Kirby aan Ennia Investments. Dat is onvoldoende om te kunnen oordelen dat [H] ten behoeve van Ennia werkzaamheden heeft verricht in plaats van ten behoeve van een andere (rechts)persoon. Het Hof deelt ook niet de stelling van [C] en [B] dat uit dit e-mailbericht blijkt dat [H] aan Ennia Investments advies gaf met betrekking tot de investering in S&S. Bij gebreke van een voldoende gemotiveerde betwisting is voor bewijslevering geen plaats. De conclusie is dat in de periode 2016-2018 ten onrechte NAF 796.250 (zeven maal NAF 113.750) aan [H] is betaald. Uit de bij voormelde akte overgelegde productie 365 van Ennia c.s. blijkt dat Ennia Holding viermaal de betaling heeft verricht, in totaal NAF 455.000, en Ennia Investments driemaal, in totaal NAF 341.250.

12.24. Door het ten laste van Ennia Investments en Ennia Holding brengen van kosten voor diensten van [G] en [H] die niet aan Ennia c.s. ten goede zijn gekomen, is sprake van onbehoorlijke taakvervulling door het (collectieve) bestuur, in deze kwestie [C] en [B]. Geen redelijk denkend bestuurder zou dermate omvangrijke betalingen hebben verricht zonder dat er enige prestatie ten gunste van de vennootschap die hij bestuurt tegenover staat. Van het toestaan van die betalingen is het bestuur om die reden een ernstig verwijt te maken. In de periode waar het hier om gaat, van 2014-2018, waren

[C] en [B] bestuurder van Ennia Holding. Van Ennia Investments was [B] bestuurder van 4 mei 2017 tot 4 juli 2018 en [C] vanaf 9 februari 2011 tot 4 juli 2018. Hun verweer dat geen sprake kan zijn van schade omdat de liquiditeits- en solvabiliteitspositie van Ennia Holding en Ennia Investments in orde is, wordt verworpen. Ook als de liquiditeits- en solvabiliteitspositie van Ennia Holding en Ennia Investments daadwerkelijk in orde is, hetgeen niet vaststaat, geldt dat het verrichten van betalingen ten laste van deze vennootschappen, zonder dat daar goede gronden voor zijn, leidt tot vermogensschade van die vennootschappen. Meer of andere (disculpatie)verweren zijn er niet.

12.25. [A] heeft het verweer gevoerd dat Ennia c.s. geen concrete handelingen heeft genoemd die [A] zou hebben verricht, zodat, zo begrijpt het Hof, er geen grond is hem hier als feitelijk bestuurder aansprakelijk te houden. Het Hof ziet als enige handeling van [A] het doorsturen van facturen van [H] met het verzoek deze door Ennia te laten betalen. Het ontbreekt het Hof aan door Ennia c.s. te stellen feiten en omstandigheden om te kunnen vaststellen dat [A] ter zake van alle betalingen aan PwC Houston, [G] en [H] de initiator was en als beleidslijn bepaalde dat deze (rechts)personen ook voor werkzaamheden die niet ten goede kwamen aan Ennia c.s. door Ennia c.s. moesten worden betaald. Vermoedens volstaan niet. Dit brengt mee dat er geen grond is om [A] als feitelijk bestuurder op dit punt aan te merken.

12.26. [A] was in de periode waar het hier om gaat echter voorzitter van de raad van commissarissen van Ennia Holding. PwC was de accountant van Parman International, [G] was commissaris bij S&S en [H] was de huisadvocaat van S&S. [A] was met hen bekend. Uit zijn eigen stelling, inhoudende dat diensten van PwC Houston, [G] en [H] ten behoeve van Ennia c.s. werden verricht en uit e-mailcorrespondentie waarin hij vraagt om voor betaling zorg te dragen, volgt dat [A] op de hoogte was van het feit dat voor aanzienlijke bedragen bij Ennia c.s. in rekening werd gebracht. Uit vorenstaande overwegingen van het Hof volgt dat op grond van de stellingen van Ennia c.s., weergegeven in 12.18., niet voor de hand ligt om aan te nemen dat Ennia c.s. op goede gronden betalingen aan PwC Houston, [G] en [H] verrichtte. [A] had daar om die reden als commissaris van Ennia Holding vraagtekens bij moeten stellen en aan het bestuur om een nadere toelichting moeten vragen over de gegrondheid van de betalingen. Dat heeft hij niet gedaan, waardoor niet is voorkomen dat Ennia Holding en Ennia Investments schade hebben geleden. Hij heeft zijn taak als commissaris van Ennia Holding op dit punt onbehoorlijk vervuld. Had [A] zijn taak als commissaris van Ennia Holding behoorlijk vervuld dan zou ook de schade bij Ennia Investments zijn voorkomen. Daarvan is [A] persoonlijk een ernstig verwijt te maken en hij is ook voor de schade van Ennia Investments aansprakelijk. Het verweer van [A] dat Ennia c.s. eerst PwC Houston, [G] en [H] moet aanspreken op grond van onverschuldigde betaling en pas wanneer zij geen verhaal bieden [A], wordt verworpen. Wanneer een vordering een deugdelijke feitelijke en juridisch grondslag kent, is deze toewijsbaar. Daarvan is sprake. Meer of andere verweren zijn er niet.

12.27. Ook [D] was commissaris van Ennia Holding in de periode waar het hier om gaat. Vanwege de collectieve aansprakelijkheid van commissarissen is [D] daarom in beginsel aansprakelijk als commissaris. Zij kan zich naar het oordeel van het Hof echter disculperen. Ennia c.s. verwijt [D] een te passieve houding. Ennia betoogt in haar memorie van grieven in incidenteel hoger beroep dat [D] in de jaarrekeningen van

Ennia Investments had moeten zien dat er voor NAF 6 miljoen aan kosten van adviseurs werd betaald. [D] had hierin volgens Ennia c.s. aanleiding moeten zien vragen te stellen aan het bestuur vanwege de hoogte van de advieskosten. Het Hof overweegt dat in de posten en de toelichtingen in de jaarrekening van Ennia Holding, waarvan [D] commissaris is, geen aanknopingspunten zijn te vinden voor het oordeel dat [D] vragen had moeten stellen bij uitgaven van Ennia Investments, een dochtervennootschap. Het ontbreekt het Hof daarom aan feiten of omstandigheden om [D] als commissaris hier een ernstig verwijt te maken. De onbehoorlijke taakvervulling is niet aan haar te wijten en nalatigheid in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden kan haar in de gegeven omstandigheden niet worden verweten. [D] is op dit punt dus niet op grond van onbehoorlijke taakvervulling als commissaris aansprakelijk.

12.28. Omdat slechts die vennootschap in de Ennia-groep die de schade heeft geleden een vordering toekomt, dient het Hof hierover, in aanvulling op hetgeen ten aanzien van PwC Houston is overwogen, nog een oordeel te geven. Voor deze beoordeling zijn de producties 365 en 366 bij akte houdende overlegging producties en wijziging van eis van Ennia c.s. relevant. Op grond daarvan overweegt het Hof het volgende. Niet in geschil is dat Ennia Investments begin 2014 NAF 3.640.000 (USD 2 miljoen) aan [G] heeft betaald. Hiervoor zijn [C] als bestuurder en [A] als commissaris hoofdelijk aansprakelijk. [B] was in 2014 geen bestuurder van Ennia Investments.

12.29. Op grond van productie 365 stelt het Hof vast dat zevenmaal NAF 113.750 (USD 62.500) aan [H] is betaald. Door Ennia Holding op 16 mei 2017, 18 juli 2017, 6 februari 2018 en 24 april 2018 en door Ennia Investments op 17 oktober 2016, 22 maart 2017 en 15 november 2017. Voor de schade van Ennia Holding van NAF 455.000 zijn [A], [C] en [B] hoofdelijk aansprakelijk. Voor de schade van Ennia Investments zijn [A], [C] en [B] hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag van NAF 113.750 en zijn [A] en [C] hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag NAF 227.500, betaald in de periode voordat [B] bestuurder van Ennia Investments was. Dit brengt mee dat grief III van [C] en [B], voor zover deze op de kosten van adviseurs ziet, faalt.

12.30. Voor wat betreft PwC Houston geldt dat [A] voor betaling aansprakelijk is als commissaris. Zoals het Hof in 12.20. heeft overwogen kan het Hof zonder nadere toelichting niet uit de producties 366 en 367 opmaken door welke vennootschap, Ennia Holding of Ennia Investments, welke bedragen aan PwC Houston zijn betaald om aldus te kunnen vaststellen welk bedrag [A] aan welke vennootschap dient te betalen. Ennia Holding en Ennia Investments zullen, zoals hierboven al is overwogen, worden toegelaten om een nadere toelichting te geven. Zij dienen op overzichtelijke wijze een overzicht van betalingen per vennootschap, voorzien van schriftelijke stukken, te verstrekken. Dit, te zijner tijd bij memorie na deskundigenbericht.

*c. 'Spookpersoneel'*

12.31. Grief III van [A], [C] en [B] is mede gericht tegen de veroordeling door het Gerecht op dit punt. [E] bestrijdt met grief 4 zijn veroordeling op dit punt. Ennia c.s. betoogt met grief 16 in incidenteel appel dat (ook) [D] dient te worden veroordeeld tot betaling van de schade op dit punt.

12.32. Ennia c.s. verwijt [F] dat in de periode 2008-2018 door verschillende Ennia-entiteiten in totaal NAf 10.805.610 is uitbetaald aan een groot aantal personen die wel op de loonlijst stonden maar die in feite niet voor Ennia, maar voor of in opdracht van [A] werkten. Het gaat – voor zover in hoger beroep nog relevant – om [Y] en [Z] en om [AA], [BB], [CC], [DD] en [EE]. Deze personen werden binnen de HR-afdeling van Ennia – in opdracht van [E] of [W] – geclassificeerd als "*Supervisory Director*", terwijl zij op geen enkel moment een commissarisrol binnen de groep hebben vervuld. Deze individuen hebben geen enkele sollicitatieprocedure doorlopen. De HR-afdeling ontving doorgaans enkel de instructie om de relevante persoon op de loonlijst te plaatsen, met daarbij het periodiek uit te betalen bedrag. Bovendien heeft geen van hen een arbeidsovereenkomst of overeenkomst tot het verlenen van diensten met enige Ennia-entiteit gesloten, aldus Ennia c.s.

12.33. Het Gerecht heeft in 5.137 overwogen dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – betalingen zou hebben verricht voor werkzaamheden die niet ten goede zijn gekomen aan Ennia c.s. maar aan andere entiteiten of personen en dat de bestuurders daarvan een ernstig verwijt treft. Het Gerecht heeft voorts het volgende overwogen. De bestuurders zijn steeds (hoofdelijk) aansprakelijk voor zover de betalingen in hun bestuursperiode zijn verricht. Ennia c.s. heeft niet gespecificeerd wanneer de betalingen aan diverse personen precies hebben plaatsgevonden. Gelet daarop zullen [E], [B] en [C] alleen aansprakelijk worden gehouden voor betalingen in de jaren waarin zij het volledige jaar als statutair bestuurder waren aangesteld. [A] is als feitelijk bestuurder over de gehele periode aansprakelijk.

12.34. Het Hof overweegt het volgende. Niet in geschil is dat [AA], [BB], [CC], [DD] en [EE] persoonlijke assistenten van [A] waren. Ook is niet betwist dat zij geen (arbeids)overeenkomst met enige vennootschap van Ennia c.s. hebben. Uit de door Ennia c.s. overgelegde loonbelastingkaarten (producties 180, 181, 184 en 186) blijkt, zoals Ennia c.s. stelt, dat daarop als functie "commissaris" is vermeld. Vaststaat dat zij geen commissaris van een vennootschap van de Ennia-groep waren. Hiermee heeft Ennia c.s. aan haar stelplicht met betrekking tot het zijn van 'spookwerknemer' voldaan. [C] en [B] verweren zich in hun memorie van grieven met de stelling dat deze assistenten voor [A] in zijn rol binnen Ennia c.s. werkten en zij bieden daarvan bewijs aan. Enig voorbeeld van werkzaamheden die die personen ten behoeve van Ennia c.s. verrichtten geven zij echter niet, terwijl zij daarover bij [A] navraag hadden kunnen doen. In de voormelde producties en de producties 114 en 116 bij het verzoekschrift van Ennia c.s. zijn geen aanknopingspunten te vinden voor de stelling van [C] en [B]. Integendeel, daaruit blijkt dat [DD] voor Towers of Mullet Bay (SunResorts) werkte. Voor bewijslevering is dan geen plaats. Hun verweer wordt verworpen. [A] heeft aangevoerd dat hij niet betrokken was bij het aannemen en betalen van personeel. Als verweer is dit in het licht van het vorenstaande ontoereikend. Van [A] is te vergen dat hij toelicht hoe zijn persoonlijke assistenten op de loonlijst van Ennia Investments of Ennia Holding kwamen en welke werkzaamheden zij ten behoeve van Ennia c.s. verrichtten. Dat heeft hij niet gedaan. Meer verweren over de assistenten van [A] zijn er niet.

12.35. Ennia c.s. heeft in het verzoekschrift gewezen op e-mailcorrespondentie uit 2010 (productie 111 bij verzoekschrift) waaruit blijkt dat [E] heeft beslist dat het loon van [Z] wordt geadministreerd onder 'commissarissen'. Vaststaat dat [Z] geen commissaris

was. Uit e-mailcorrespondentie uit 2013 (productie 113 bij verzoekschrift) blijkt dat [B] de instructie heeft gegeven dat [Z] op Aruba diende te worden voorzien van een kantoor, auto en appartement en dat [C] zich afvraagt aan wie [Z] rapporteert. Welke werkzaamheden [Z] verrichtte, hebben [C] en [B] niet uitgelegd. [A] heeft ter zitting over [Z] meegedeeld dat hij wist dat [Z] voor een van de bedrijven op de eilanden werkte en dat hij graag jonge mensen kansen geeft. Welke werkzaamheden [Z] verrichtte in het kader van die kans heeft [A] niet uitgelegd. Aan [Z] zijn in de periode 2010-april 2017 jaarlijks bedragen betaald tussen (ruim) NAF 214.000 en NAF 246.000 (productie 185 conclusie van repliek van Ennia c.s.). [E] heeft de hoogte van deze vergoeding in 2010 in een instructie aan de administratie gegeven (productie 111). Ook de vergoeding aan [Y] werd onder de noemer 'commissaris' betaald. Vaststaat dat ook [Y] geen commissaris was. Ennia c.s. heeft aan haar stelplicht van het zijn van 'spookwerknemer' voldaan. De betwisting van appellanten is onvoldoende.

12.36. Het bestuur van een rechtspersoon is er onder andere verantwoordelijk voor dat een goede loonadministratie wordt gevoerd. Wanneer personen op de loonlijst van een vennootschap worden geplaatst met vermelding van een functie die zij niet vervullen en zonder dat zij enige kenbare andere functie binnen de vennootschap vervullen, is geen sprake van een goede administratie. In het onderhavige geval is dit gedurende vele jaren gebeurd en is er in totaal meer dan NAF 10 miljoen – gemiddeld ongeveer NAF 1 miljoen per jaar – betaald. Deze tekortkoming is daarom dermate ernstig dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur. Het (collectieve) bestuur van Ennia Holding en Ennia Investments dat de betalingen onder voormelde omstandigheden heeft toegelaten treft daarvan in beginsel een ernstig verwijt. Of enig op de persoonlijke verwijtbaarheid betrekking hebbend verweer slaagt wordt hierna beoordeeld.

12.37. [A] heeft aangevoerd dat hij niet betrokken was bij het aannemen van werknemers en het betalen van personeel. Het Hof begrijpt dat [A] betwist dat hij hier als feitelijk bestuurder is aan te merken. Het Hof maakt uit de eigen stellingen van [A] op dat hij [Z] bij Ennia heeft binnen geleid en dat hij wist dat zijn persoonlijke assistenten door Ennia werden betaald. Hier is sprake van instructies van [A] om diverse personen op de loonlijst van Ennia Holding of Ennia Investments te plaatsen. Daarmee is hij aan te merken als feitelijk bestuurder.

12.38. Naar aanleiding van de nog niet besproken (disculpatie)verweren overweegt het Hof het volgende. [C] en [B] hebben het verweer gevoerd dat zij geen van de besproken personen hebben aangenomen, dat bij Ennia c.s. sprake is van een omvangrijke onderneming met ongeveer 240 werknemers met een HR-manager en dat alleen als er iets ernstigs is op het gebied van personeel er een signaal bij het bestuur terecht komt. Ook [E] en [A] hebben aangevoerd dat een bestuurder niet van alle personen hoeft te weten welke werkzaamheden zij binnen Ennia c.s. verrichten en dat een bestuurder alleen bij signalen dat er iets mis is moet ingrijpen. Die signalen waren er niet en daarom is hen geen ernstig verwijt te maken, zo betogen zij. Het Hof onderschrijft het standpunt dat een bestuurder niet van de bijzonderheden van elk personeelslid op de hoogte kan en hoeft te zijn. Wanneer een bestuurder echter wel op de hoogte is van de hier aan de orde zijnde 'personeelskwestie' of anderszins hierover signalen kreeg, had de desbetreffende bestuurder actie moeten ondernemen om betaling zonder goede gronden te voorkomen, wil hem geen ernstig verwijt treffen. [A]

wist dat zijn persoonlijke assistenten zonder goede grond door Ennia Holding of Ennia Investments werden betaald. Hij heeft echter niets gedaan om dit te voorkomen of te beëindigen. Hem treft van al die betalingen een ernstig verwijt. Ennia c.s. heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die meebrengen dat [A] ook wist of moest weten dat [Z] en [Y] geen werkzaamheden voor Ennia c.s. verrichtten. Van de betalingen aan hen treft [A] dan geen ernstig verwijt. [C] en [B] waren er blijkens voormelde e-mailcorrespondentie in 2013 van op de hoogte dat [Z] in Aruba een kantoor en appartement kreeg. Voor het oordeel dat zij signalen hadden dat [Z] geen werkzaamheden ten behoeve van Ennia c.s. verrichtte, ontbreken toereikende feiten en omstandigheden. Datzelfde geldt voor [Y]. Dat [C], [B] en/of [E] wisten of hadden moeten weten dat de persoonlijke assistenten van [A] op de loonlijst van Ennia Holding of Ennia Investments stonden, zonder dat zij daarvoor werkzaamheden verrichtten kan het Hof bij gebreke van toereikende feiten en omstandigheden niet aannemen. Vermoedens volstaan niet. [E] had wel signalen over [Z] die hem aanleiding hadden moeten geven tot actie. Hij stelt zelf dat [Z] voor de NIB-bank werkte en dat hij daarom zijn salaris niet ten laste van de verzekeraars wilde boeken en ook (blijkens voormeld e-mailcorrespondentie uit 2010) dat hij het salaris onder de categorie 'commissaris' liet boeken. Deze feiten en omstandigheden hadden [E] er in 2010 toe moeten brengen opheldering te vragen over de werkzaamheden van [Z] voor Ennia c.s. en vervolgens tot beëindiging van zijn medewerking aan de betalingen aan [Z]. Dat heeft hij niet gedaan zodat hem terzake de betalingen aan [Z] ten tijde van zijn bestuurderschap wel een ernstig verwijt treft. Het gaat dan om het jaar 2010 nu [E] na de bespreking bij [A] in januari 2011 geen werkzaamheden meer heeft verricht en per april 2011 ontslag heeft genomen. Uit het vorenstaande volgt dat grief III van [C] en [B] op dit punt slaagt.

12.39. [A] heeft ter rechtvaardiging van de betalingen aan zijn persoonlijke assistenten nog aangevoerd dat hij zelf geen beloning voor zijn functies in Ennia c.s. ontvangt. Het Hof verwerpt dit verweer. Voor loonbetalingen door Ennia c.s. dient een deugdelijke feitelijke en juridische grondslag te bestaan. Die ontbreekt.

12.40. De vraag of [D] als commissaris aansprakelijk is, beantwoordt het Hof ontkennend. Het ontbreekt aan door Ennia c.s. te stellen feiten en omstandigheden die grond kunnen bieden voor het oordeel dat [D] signalen had ontvangen die haar tot actie hadden moeten brengen of dat zij zelfstandig op dit punt in het kader van haar toezichthoudende taak actie had moeten ondernemen. Grief 16 in incidenteel appel van Ennia c.s. faalt.

12.41. Voor beantwoording van de vraag voor welk bedrag en jegens welke vennootschap [A] met betrekking tot de betalingen aan zijn persoonlijke assistenten aansprakelijk is en tot welk bedrag en jegens welke vennootschap [E] met betrekking tot [Z] aansprakelijk is, zijn de voormelde producties 180, 181, 184, 185 en 186 relevant. Productie 180 vermeldt de optelling van aan [EE] en [DD] in NAF betaalde bedragen en de overige producties vermelden gemarkeerd de per jaar aan loon aan personen betaalde bedragen. Op grond daarvan begroot het Hof het door [A] aan Ennia Investments te betalen bedrag op NAF 267.627,36 ([EE] NAF 127.443,68 en [DD] NAF 140.183,68) en het aan Ennia Holding te betalen bedrag op NAF 634.351,26 ([BB] NAF 233.810,92, [CC] NAF 165.220,28, [AA] NAF 235.320,06). Het door [E] aan Ennia Holding te betalen bedrag begroot het Hof op het in 2010 aan [Z] betaalde bedrag van NAF



246.437,83. Het vorenstaande betekent dat grief 4 van [E] en grief III van [A] op dit punt ten dele slagen en ten dele falen.

*d. Commissarisvergoedingen*

12.42. Grief III van [A], [C] en [B] is mede gericht tegen de veroordeling door het Gerecht op dit punt. [D] richt zich met grief 12 tegen haar veroordeling op dit punt en [E] doet dat met grief 5.

12.43. Ennia c.s. heeft betoogd dat de aan commissarissen van Ennia Holding toegekende beloning excessief is. Daartoe heeft Ennia c.s. het volgende aangevoerd. In de beloning van commissarissen van Ennia Holding werd een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de reguliere commissarissen en anderzijds commissarissen die ook een rol hadden als adviseur. In de eerste jaren ontvingen de reguliere commissarissen een netto standaardvergoeding van NAf 45.500 (bruto ongeveer NAf 52.780). Anderzijds zetelden vertrouwelingen van [A] in de raad van commissarissen. Dit waren in het bijzonder (a) [D], (b) [T], (c) [II], (d) [FF], (e) [Q], (f) [GG] en (g) [S]. Over de jaren 2009, 2010, 2011 en 2012 kregen de genoemde vertrouwelingen bonussen toegekend ter hoogte van minimaal USD 100.000. De (financiële) resultaten van Ennia hebben over deze jaren geen enkele aanleiding gegeven tot de toekenning van een dergelijke bonus.

In een aparte klasse valt de aanvullende vergoeding die aan commissaris [GG] is toegekend. [GG] vertrok in 2014 als commissaris, waarna hij Minister van Financiën en (vervolgens) interim Minister van Justitie van Sint Maarten werd. Met zijn vertrek kreeg hij door [A] een vertrekbonus van NAf 2.045.024,33 bruto (NAf 1.274.000 netto) toegekend. In totaal is aan [GG] over de periode vanaf 2006 een vergoeding uitbetaald van ruim NAf 7,5 miljoen. [GG] was naast commissaris van Ennia Holding en Banco di Caribe ook actief als 'adviseur' van Ennia. Het is Ennia niet bekend welke activiteiten of diensten [GG] aan Ennia heeft verleend naast zijn (overigens beperkte) handelingen als commissaris. In een andere klasse valt tevens [LL] die adviseur was van de raad van commissarissen. [LL] was dus officieel geen lid van de raad van commissarissen, maar kreeg wel een vergoeding van ruim NAf 1,2 miljoen in de periode van 2011 tot 2018.

De beloningen – inclusief de genoemde bonussen – die in de praktijk aan commissarissen werden toegekend, stonden in geen enkele verhouding tot de geldende standaardvergoeding of de in de markt gangbare compensatie. In de periode 2006 tot en met 2018 ging het om een totaalbedrag van NAf 18.659.504, waar dat op basis van de standaardvergoeding in totaal NAf 4.425.195 zou zijn geweest. Onderstaande tabellen geven een overzicht van de daadwerkelijk uitbetaalde vergoedingen en een overzicht van het deel van die vergoedingen dat excessief is (dat wil zeggen: het deel dat de standaardvergoeding van NAf 52.780 per jaar overtreft). [A] was stevast betrokken bij de toekenning van de bovengenoemde bonussen en andere vergoedingen aan commissarissen. Wat Ennia c.s. betreft zijn de beloningen aan commissarissen die uitstijgen boven de standaardvergoedingen excessief. In totaal is dus een bedrag van NAf 14.234.309 aan excessieve kosten gemaakt. Dit alles, aldus Ennia c.s.

12.44. Ennia c.s. heeft de beloningen in een schema weergegeven als volgt.

Naam	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	Totale vergoeding in ANG
<b>[D]</b>														
Werkelijke betalingen	58.619	117.237	117.237	119.401	121.996	218.739	232.489	53.225	235.498	26.938	-	-	-	1.301.380
Excessief	5.839	64.457	64.457	66.621	69.216	165.959	179.709	445	182.718	548	-	-	-	799.970
<b>[T]</b>														
Werkelijke betalingen	57.789	115.577	115.577	117.723	120.318	217.177	231.181	51.948	234.247	52.664	153.976	52.780	52.780	1.573.738
Excessief	5.009	62.797	62.797	64.943	67.538	164.397	178.401	-	181.467	-	101.196	-	-	888.546
<b>[FF]</b>														
Werkelijke betalingen	57.789	115.577	115.577	117.723	120.318	217.177	231.181	51.948	234.247	52.664	153.976	52.780	52.780	1.573.738
Excessief	5.009	62.797	62.797	64.943	67.538	164.397	178.401	-	181.467	-	101.196	-	-	888.546
<b>[P]</b>														
Werkelijke betalingen	-	-	67.420	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	67.420
Excessief	-	-	41.030	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	41.030
<b>[GG]</b>														
Werkelijke betalingen	495.177	-	-	-	2.045.024	1.115.222	1.113.891	860.291	659.132	484.277	603.349	368.550	26.390	7.771.303
Excessief	442.397	-	-	-	1.992.244	1.062.442	1.061.111	807.511	606.352	431.497	550.569	315.770	-	7.269.893
<b>[S]</b>														
Werkelijke betalingen	57.789	85.248	115.577	117.723	120.318	228.077	231.181	51.948	233.613	52.577	266.099	-	-	1.560.150
Excessief	5.009	32.468	62.797	64.943	67.538	175.297	178.401	-	180.833	-	213.319	-	-	980.605
<b>[HH]</b>														
Werkelijke betalingen	-	-	-	-	-	-	-	-	-	21.944	153.976	52.780	52.780	281.479
Excessief	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	101.196	-	-	101.196
<b>[II]</b>														
Werkelijke betalingen	57.789	115.577	115.577	117.723	120.318	217.177	231.181	51.948	234.247	52.664	153.976	52.780	52.780	1.573.738
Excessief	5.009	62.797	62.797	64.943	67.538	164.397	178.401	-	181.467	-	101.196	-	-	888.546
<b>[Q]</b>														
Werkelijke betalingen	57.789	405.653	405.653	417.836	425.628	218.433	305.305	125.889	275.850	57.175	261.346	-	-	2.956.557
Excessief	5.009	352.873	352.873	365.056	372.848	165.653	252.525	73.109	223.070	4.395	208.566	-	-	2.375.977
Totaal werkelijke betalingen	842.739	954.870	1.052.620	1.008.130	3.073.921	2.432.003	2.576.410	1.247.196	2.106.834	800.904	1.746.698	579.670	237.510	18.659.504
Excessief	473.279	638.190	709.550	691.450	2.704.461	2.062.543	2.206.950	881.064	1.737.374	436.440	1.377.238	315.770	-	14.234.309

Ennia Holding heeft de vordering op dit punt met NAF 34.580 verminderd naar NAF 14.199.729 vanwege een voor [T] in 2017 te hoog vermeld bedrag aan vergoeding.

12.45. Het Gerecht heeft [E], [C] en [B] aansprakelijk gehouden voor de excessieve uitbetalingen aan de commissarissen in hun respectievelijke bestuursperiodes, [A] voor de gehele periode en [D] voor de betalingen gedaan na haar aantreden in 2009 (5.139-5.140). Daartoe heeft het Gerecht overwogen dat tegen de achtergrond van waarschuwingen door onder meer de Centrale Bank en het grote concentratierisico, geen redelijk handelend en op zijn taak toegeruste bestuurder deze excessieve betalingen had kunnen doen, nog daargelaten de vraag of de van een raad van commissarissen te verwachten onafhankelijkheid daarmee niet in gevaar werd gebracht. De bestuurders treft hiervan een ernstig verwijt. Dat geldt ook voor [D] in haar hoedanigheid van commissaris, die immers op de hoogte was van de excessieve beloning.

12.46. Het Hof overweegt het volgende. De beloning van bestuurders en commissarissen dient, ongeacht de aard van de door hen verrichte werkzaamheden, in het belang van duidelijke verhoudingen binnen de vennootschap op het punt van de bevoegdhedenverdeling, en om belangenconflicten bij de toekenning van beloningen van bestuurders en commissarissen te voorkomen, te geschieden door de in de wet en de statuten aangewezen organen (Hoge Raad 6-1-2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6509). Dat is in het geval van Ennia Holding de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:141 lid 3 BW en artikel 10.15 statuten Ennia Holding). De aandeelhoudersvergadering is voor de vaststelling van een beloning niet gebonden aan vaste uitgangspunten of regels. Boek 2 BW bevat geen verplichting voor een nv en bv om een door de algemene vergadering vastgesteld beleid te hebben op het terrein van de bezoldiging van commissarissen. De beloning dient zodanig te zijn dat deze de vennootschap in staat stelt gekwalificeerde commissarissen aan te trekken die op hun toezichhoudende

taak zijn berekend en die voldoende tijd hebben om hun functie uit te oefenen. Onder 'bezoldiging' kan worden verstaan iedere vergoeding die een commissaris van een vennootschap ontvangt voor zijn werkzaamheden als commissaris. Artikel 2:141 lid 3 BW stelt daaraan een grens, te weten dat de bezoldiging niet afhankelijk kan zijn van de financiële resultaten van de vennootschap en dat zij niet kan bestaan of mede bestaan uit aandelen in de vennootschap of een groepsmaatschappij of daarvan afgeleide rechten.

12.47. Het vorenstaande brengt mee dat de benadering van Ennia c.s. dat elke NAF die boven het bedrag van NAF 52.780, de gangbare vergoeding toen Delta Lloyd aandeelhouder van Ennia was, als excessief heeft te gelden niet houdbaar is. Een vergoeding hoeft niet jaarlijks een zelfde bedrag te betreffen en mag worden verhoogd met een 'bonus'. Evenmin is onderscheid tussen commissarissen voor wat betreft de hoogte van de vergoeding verboden. Het Hof maakt uit vorenstaand schema op dat aan commissarissen uit de VS en uit Curaçao meermalen en door de jaren heen vergoedingen werden betaald van ruim NAF 50.000. Vaststaat dat aan commissarissen ook bonussen werden verstrekt. De vergoedingen boven de ruim NAF 50.000 lijken dan bij wijze van bonus te zijn verstrekt. Uit de door Ennia c.s. overgelegde verklaringen van [Q], [B] en [C] (productie 310 bij memorie van antwoord) volgt immers dat ook een commissaris die in de verzekeringstak van Ennia meerdere commissariaten vervulde een vergoeding voor één commissariaat ontving. Wat precies over de commissarissenvergoedingen is afgesproken, is onduidelijk gebleven. Dat aan de toezichthouders een bonus is betaald, roept wellicht bedenkingen op omdat dit de onafhankelijkheid van de toezichthouders kan ondergraven, maar niet zonder meer kan worden gezegd dat betaling van een bonus niet is toegestaan. Daarvoor geldt dan echter wel (op zijn minst) dat de financiële positie van de vennootschap de betaling van een bonus toestaat, wat afhangt van de liquiditeitspositie en de vraag of aan de solvabiliteits-eisen is voldaan. Of dit zo is, kan het Hof pas beoordelen nadat een deskundige de waarde van Mullet Bay heeft getaxeerd en het Hof de gevolgen daarvan heeft beoordeeld.

*e. Reis-/verblijf-/representatiekosten*

12.48. Ennia c.s. betoogt met grief 18 in incidenteel appel dat alle appellanten aansprakelijk zijn voor de schade op dit punt.

12.49. Ennia c.s. heeft haar vordering verminderd met NAF 30.025,13, zodat deze nu NAF 3.782.177,87 bedraagt. Ennia c.s. heeft (in het kader van haar grief 18 in het incidenteel appel) het volgende over deze vordering aangevoerd. Over de jaren 2006 tot juli 2018 werd ten minste het hiervoor genoemde bedrag besteed aan reis- en verblijfkosten en kosten voor bijeenkomsten van de raad van commissarissen. Ennia Investments betaalde deze kosten. De commissarissen van Ennia Holding vergaderden twee á drie keer per jaar. De vergaderingen werden verschillende keren in Amerika gehouden, in de meest luxe hotels, met hoge kosten (zoals hotels met kosten van NAF 32.760 per overnachting en verblijfkosten per bezoek van bijvoorbeeld ruim USD 118.000 en USD 104.000) die door Ennia werden gedragen. Uitgaande van drie vergaderingen per jaar waarbij alle commissarissen altijd fysiek aanwezig waren (wat niet zo is, zo nam [D] vaak telefonisch deel aan vergaderingen, voor zover zij al deelnam aan vergaderingen) bedragen de uitgaven per commissaris per vergadering

ca. NAF 13.000. Dat is exorbitant. Appellanten leidden het ertoe dat door interne en externe toezichthouders in de watten te leggen, effectief toezicht in gevaar kwam. Dat betekent dat ook deze post niet in isolatie moet worden gezien, maar met in het achterhoofd de eveneens excessieve kosten die gemaakt werden voor de commissarissen zelf. In samenhang daarmee zijn deze reis-, verblijf- en representatiekosten excessief, aldus Ennia c.s. Wat Ennia c.s. betreft zijn de kosten boven NAF 50.000 per jaar excessief.

12.50. Het Gerecht heeft deze vordering afgewezen, overwegende dat een voldoende onderbouwing van Ennia c.s. ontbreekt om te oordelen dat appellanten op dit punt een ernstig verwijt treft (5.141).

12.51. Het Hof overweegt het volgende. Of en zo ja in hoeverre de uitgaven excessief zijn, moet mede worden gezien in het licht van de omstandigheden, waaronder de financiële situatie van de onderneming. Het Hof kan hierover pas oordelen nadat een deskundige de waarde van Mullet Bay heeft getaxeerd en het Hof de gevolgen daarvan heeft beoordeeld.

*f. NetJets*

12.52. Grief III van [A], [C] en [B] is mede gericht tegen de veroordeling door het Gerecht op dit punt. [E] richt zich met grief 6 tegen zijn veroordeling op dit punt. Ennia c.s. betoogt met grief 8 in incidenteel appel dat ook [D] aansprakelijk is voor de schade op dit punt.

12.53. Ennia c.s. heeft haar vordering op dit punt verminderd met NAF 315.276 en vordert nu een totaalbedrag van NAF 27.407.006. Deze vermindering is erin gelegen dat Ennia c.s. aanneemt dat 16 van de 488 vluchten met NetJets verband houden met de bedrijfsvoering van Ennia c.s. Zij acht de kosten voor een businessclasticket voor die vluchten acceptabel en brengt die in mindering op de vordering.

Ennia c.s. heeft met betrekking tot deze vordering het volgende aangevoerd. In 2007 en 2008 nam Ennia Investments aandelen in twee vliegtuigen uit de NetJets-vloot. Hiervoor betaalde zij in totaal NAF 9.168.250 (USD 5.037.500). Ennia Investments heeft deze aandelen ingeruild voor nieuwe aandelen. Op 31 januari 2014 werd vervolgens een overeenkomst getekend tussen Ennia Investments en verschillende entiteiten uit de NetJets-groep strekkende tot de koop van een aandeel van 12,5% in een Cessna en een aandeel van 12,5% van een Bombardier. [A] - en niet één van de vertegenwoordigers van Ennia - is in deze overeenkomst aangeduid als de "*Owner's Principle Contact*". Ennia Investments betaalde (na inruilen van de oude aandelen) op 10 december 2014 de koopprijs ad NAF 4.649.792 (USD 2.554.831) voor de aandelen. In december 2014 is de waarborgsom van de oude vliegtuigen ter waarde van NAF 728.000 (USD 400.000) teruggestort naar Ennia Investments. Bovenop de betaalde koopprijzen voor de aandelen in de voornoemde vliegtuigen, betaalde Ennia Investments in de periode 2007 tot en met 2017 gemiddeld ongeveer NAF 2.000.000 per jaar voor het gebruik van deze vliegtuigen. Uit de facturen volgt dat de vluchten met het NetJets-vliegtuig tot maart 2018 voornamelijk werden uitgevoerd voor [A]. Ennia Investments heeft in totaal NAF 32.883.153 aan NetJets betaald; bij de verkoop van de aandelen in NetJets is

NAf 5.001.258 terugbetaald. Per saldo heeft Ennia aldus NAf 27.881.895 aan kosten gemaakt (producties 121-125 bij het verzoekschrift van Ennia c.s.).

Voor zover bekend hebben de NetJets-vluchten op geen enkele wijze verband gehouden met de bedrijfsvoering van Ennia, laat staan dat zij daarvoor benodigd zouden zijn geweest. De bestemmingen – voornamelijk Amerikaanse en Europese steden en (zon)bestemmingen – vallen daarmee niet te rijmen. Voor zover dit (deels) wel het geval zou zijn geweest, geldt dat het niet aangaat dat [A] op kosten van Ennia en – indirect – polishouders van de Verzekeraars voor tientallen miljoenen (privé) gebruik maakt van een vliegtuig. Het gebruik van een reguliere luchtvaartmaatschappij was daarvoor de aangewezen weg geweest. Het feit dat [A] een Amerikaan is en woonachtig is in de Verenigde Staten maakt vanzelfsprekend niet dat hij om die reden als aandeelhouder van Ennia te pas en te onpas op kosten van Ennia privé kon vliegen van Curaçao naar de Verenigde Staten en Europa. Er is simpelweg geen enkele argumentatie denkbaar die de gemaakte kosten ten aanzien van NetJets zou kunnen verantwoorden. De ter zake van NetJets gemaakte kosten zijn dan ook excessief.

Ennia c.s. heeft bij akte voor de zitting van het Hof facturen, bestemmings- en passagierslijsten van NetJets overgelegd met betrekking tot de periode 2008-2018 (productie 381). Uit productie 381 blijkt volgens Ennia c.s. dat de gestelde vluchten hebben plaatsgevonden en dat nagenoeg alle vluchten blijkens de bestemming en de betrokken passagiers inderdaad geen vluchten zijn in de normale bedrijfsvoering van Ennia. Vluchten vonden plaats binnen de Verenigde Staten, van en naar de Bahama's of Mexico, van en naar (zon)- en vakantiebestemmingen in Italië, Frankrijk, Mexico, de Bahama's, Canada en Marokko. Dit alles, aldus Ennia c.s.

12.54. Het Gerecht heeft [E], [B] en [C] aansprakelijk gehouden voor excessieve betalingen terzake NetJets in de jaren waarin zij het volledige jaar als statutair bestuurder waren aangesteld en [A] als feitelijk bestuurder over de gehele periode 2008-2018 (5.143 en volgende). Daartoe heeft het Gerecht overwogen dat uit de door Ennia c.s. overgelegde stukken niet anders kan worden geconcludeerd dan dat ten laste van Ennia Investments voor miljoenen aan onzakelijke, excessieve uitgaven is gedaan. Gesteld noch gebleken is dat het gebruik van privévluchtelingen op enig moment van belang was voor de bedrijfsvoering van Ennia c.s. Dat [A] als aandeelhouder woonachtig is in de Verenigde Staten is daarvoor in ieder geval onvoldoende grond. Daar komt bij dat er diverse vluchten zijn gemaakt tussen de Verenigde Staten en (zon)bestemmingen in Europa, die hoe dan ook geen enkel verband houden met de bedrijfsvoering van Ennia c.s. en die kennelijk door [A] en/of zijn echtgenote zijn gemaakt. Hoewel [A] heeft gesteld dat hij deze vluchten zelf heeft betaald, heeft hij daar geen enkel bewijs van overgelegd. Zelfs indien [A] de privévluchten zelf heeft betaald, neemt dat niet weg dat Ennia Investments hoe dan ook onnodig hoge kosten betaalde voor (de mogelijkheid tot) het gebruik van de privévluchtelingen. Naar het oordeel van het Gerecht had geen redelijk handelend en op zijn taak toegeruste bestuurder deze excessieve betalingen kunnen doen, de aard van de onderneming in ogenschouw nemend.

12.55. Het Hof stelt op grond van het overzicht van de vluchten in de periode 2008-2017 (productie 382) vast dat [A] het overgrote deel van de vluchten heeft genoten. De

bestemmingen zijn veelal in de VS gelegen en ook (zon)bestemmingen zoals de Bahama's komen frequent op het overzicht voor. Naast [A] komen familieleden van [A] en gasten van [A] op het overzicht voor. Uit het overzicht blijkt dat enkele vluchten hebben plaatsgehad rond een datum waarop een vergadering van de raad van commissarissen is gehouden. Ook in hoger beroep heeft geen van appellanten een nadere toelichting verstrekt die aanknopingspunten kan bieden voor het oordeel dat vluchten, anders dan het Gerecht oordeelde, wel verband houden met de bedrijfsvoering van Ennia c.s. en dus een zakelijk karakter hadden. Dat was na het vonnis van het Gerecht wel van hen te vergen. Dat er meer vluchten een zakelijk karakter hadden dan die welke Ennia c.s. in hoger beroep noemt, is dan ook niet aannemelijk gemaakt.

Het Hof vermeldt bij wijze van voorbeeld van de met de vluchten gepaard gegane kosten een factuur van 3 februari 2012 die onderdeel uitmaakt van vele facturen in productie 381. Te zien is dat voor een retourvlucht Houston-Washington en een vlucht New-York-Sint Maarten van [A], USD 55.672,03 door Ennia Investments werd betaald. Duidelijk is dat de kosten van NetJets de kosten van alternatieve reismogelijkheden, zoals voor businessclasstickets van reguliere lijndiensten, verre overstijgen.

**“SUMMARY OF CHARGES**

<b>Description</b>	<b>Hours</b>	<b>Passengers</b>	<b>Rate</b>	<b>Total</b>
Regular Hourly Charge	9.4		\$3,933.00	\$36,970.20
Fuel Variable Charge	9.4		\$1,592.39	\$14,968.47
International Flat Fees				\$1,910.00
Domestic Segment Fee	11		\$3.80	\$41.80
Federal Excise Tax	7.50%			\$1,681.36
International Passenger Fee	6		\$16.70	\$100.20
<b>Total Invoice Amount:</b>				<b>\$55,672.03”</b>

12.56. Het Hof is van oordeel dat geen redelijk denkend bestuurder zou toestaan of bewerkstelligen dat Ennia Investments kosten van vluchten betaalt, terwijl deze geen verband houden met de bedrijfsvoering van de onderneming van Ennia c.s. Ook zou geen redelijk denkend bestuurder toestaan of bewerkstelligen dat voor het beperkte aantal vluchten dat wel verband houdt met vergaderingen van de raad van commissarissen en dus met de bedrijfsvoering van Ennia c.s., gebruik wordt gemaakt van het met hoge kosten gepaard gaande NetJets. Dat brengt mee dat [E], [C] en [B] gedurende de periode dat zij bestuurder waren van Ennia Investments aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van hun onbehoorlijke bestuur. [A] is een grootverbruiker van de vluchten met NetJets en [A] is – terwijl hij niet één van de vertegenwoordigers van Ennia is – in de overeenkomst aangeduid als de "*Owner's Principle Contact*" (productie 123 bij het verzoekschrift van Ennia c.s.). Het Hof leidt hieruit af dat [A] bepaalde dat Ennia Investments met NetJets in zee ging en daarvoor hoge kosten betaalde. [A] is hier om die reden feitelijk bestuurder en als bestuurder aansprakelijk voor de schade van Ennia Investments. Het gaat hier om schade bestaande uit de vaste kosten die waren verbonden aan NetJets en de privévluchten voor zover de kosten daarvoor niet aan Ennia Investments zijn vergoed.

12.57. Het ontbreekt aan door Ennia c.s. te stellen feiten of omstandigheden die tot het oordeel kunnen leiden dat [D] vragen had moeten stellen bij uitgaven van Ennia Investments, een dochtervennootschap, of zelfstandig in het kader van haar toezichthoudende taak in Ennia Holding, een onderzoek had moeten instellen. Het

ontbreekt het Hof daarom aan feiten of omstandigheden om [D] als commissaris hier een ernstig verwijt te maken. Grief 8 in incidenteel appel van Ennia c.s. faalt.

12.58. [A] heeft in zijn memorie van grieven de omvang van de schade betwist. Ook heeft [A] gesteld dat hij voor zijn privévluchten zelf heeft betaald. Daartoe heeft hij gewezen op een e-mail van 20 juni 2021 (productie 45 bij memorie van grieven van [A]) en ter zitting heeft [A] zijn bewijsaanbod, inhoudende dat hij betaalbewijzen heeft van door hem betaalde NetJets vluchten herhaald. Ter zitting heeft [A] het Hof verzocht nog schriftelijk op de nadere akte met producties van Ennia c.s. te mogen reageren. Meer (disculpatie)verweren zijn er niet.

12.59. Het Hof overweegt dat uit het vorenstaande volgt dat Ennia c.s. met de nadere producties van betalingen ten laste van Ennia Investments toereikend bewijs van de schade heeft bijgebracht. Ennia c.s. heeft voorts gesteld dat de hoogte van de vordering is gebaseerd op uitsluitend de netto kosten die zijn betaald. Het bedrag dat op grond van de e-mail van [A] uit 2012 (genoemde productie 45) op instructie van zijn assistent niet door Ennia aan NetJets hoefde te worden betaald is dan ook buiten beschouwing gelaten. Naar aanleiding van het bewijsaanbod van [A] laat het Hof hem conform zijn aanbod toe bij memorie na deskundigenbericht betaalbewijzen over te leggen van door hem verrichte betalingen voor NetJets-vluchten die Ennia Investments hier als schade vordert. Het gaat dus niet om betalingen, zoals die in productie 45 worden genoemd, nu dergelijke door [A] voor zijn rekening genomen bedragen niet door Ennia Investments zijn betaald en worden gevorderd. Het Hof overweegt naar aanleiding van het verzoek van [A] om nog schriftelijk te mogen reageren op de nadere akte van Ennia c.s. het volgende. Ennia c.s. heeft in eerste aanleg al gemotiveerd toegelicht wat de inhoud van haar verwijt op het punt van NetJets is, om welke vluchten het gaat en om welke bedragen het gaat. Het Hof wijst op het verzoekschrift met de producties 121-125 en op de akte vermindering van eis in eerste aanleg met de producties 277 en 278. Gelet daarop had [A] in hoger beroep gemotiveerd verweer kunnen en moeten voeren tegen deze stellingen. Daarom wordt een nadere schriftelijke reactie niet toegestaan voor zover die zou zijn bedoeld om alsnog verweer te voeren. Wel wordt [A] toegestaan tegelijk met het overleggen van betaalbewijzen te reageren op de door Ennia c.s. als bewijs van de schade (de betalingen van Ennia Investments) overgelegde producties.

12.60. [C] en [B] hebben in hun memorie van grieven de hoogte van de schade betwist. Ook zij hebben aangevoerd dat [A] zelf voor privévluchten heeft betaald (productie 41 bij memorie van grieven van [C] en [B]) en ook dat [A] de helft van het verschil tussen de aan- en verkoopprijs van de aandelen NetJets heeft betaald. Zij hebben hiervan bewijs aanboden. [C] en [B] betogen ook dat geen sprake is van excessieve kosten en dat een vennootschap zelf mag bepalen welke kosten zij aan reizen uitgeeft. Tot slot moeten de kosten die met businessclasstickets gepaard zouden zijn gegaan, worden afgetrokken van de vordering, aldus [C] en [B]. Ook zij verzoeken het Hof om schriftelijk op de nadere akte van Ennia c.s. te mogen reageren. Meer (disculpatie)verweren zijn er niet.

12.61. Het Hof verwerpt de verweren van [C] en [B] op grond van hetgeen hierboven is overwogen over het ernstig verwijt aan het bestuur, over de hoogte van de schade en over de door hen genoemde betalingen door [A]. [C] en [B] hebben ter zitting

aangeboden met stukken te bewijzen dat [A] zelf voor privévluchten heeft betaald. Naar aanleiding van dit bewijsaanbod laat het Hof hen conform hun aanbod toe bij memorie na deskundigenbericht met stukken te bewijzen dat [A] zelf betalingen heeft verricht voor NetJets-vluchten die Ennia Investments hier als schade vordert. Onder verwijzing naar hetgeen het Hof ten aanzien van [A] heeft overwogen wordt het [C] en [B] toegestaan tegelijk met het overleggen van betaalbewijzen te reageren op de door Ennia c.s. als bewijs van de schade (de betalingen van Ennia Investments) overgelegde producties.

12.62. [E] heeft aangevoerd dat ook verzekeraar Royal Guardian gebruik maakt van privévliegtoegen en dat de kosten voor het gebruik van lijndiensten eveneens hoog zouden zijn geweest. Bovendien liet de financiële situatie van Ennia ten tijde dat hij bestuurder was volgens [E] de uitgaven op dit punt toe. Tot slot heeft [E] aangevoerd dat als [A] privévluchten heeft gemaakt, Ennia [A] moet aanspreken. Meer (disculpatie)verweren zijn er niet.

12.63. Het Hof verwerpt de verweren van [E] op grond van hetgeen hierboven is overwogen over het ernstig verwijt aan het bestuur en over de hoogte van de schade. Wanneer er een deugdelijke grondslag is voor de vordering van Ennia Investments jegens [E], en die is er, brengt de aansprakelijkheid van anderen, zoals [A], mee dat de aansprakelijkheid een hoofdelijke is, niet dat [E] niet aansprakelijkheid kan worden gehouden.

12.64. Wat betreft de hoogte van de schade overweegt het Hof voorts het volgende. Het Gerecht heeft [E], [C] en [B] aansprakelijk geoordeeld voor de uitgaven in die jaren waarin zij het gehele jaar bestuurder waren. [A] is voor de uitgaven in alle jaren aansprakelijk gehouden. Tegen deze beslissingen zijn geen grieven gericht zodat het Hof eenzelfde uitgangspunt bij de schadebegroting per persoon hanteert. Vanwege de betwisting van de hoogte van de uitgaven heeft Ennia c.s. nadere producties als bewijsmiddelen in het geding gebracht. De in de akte overlegging nadere producties van Ennia c.s. vanaf nummer 39 vermelde bedragen per jaar, met verwijzing naar de producties 370-380, corresponderen niet met de door het Gerecht in 5.145 per jaar vermelde uitgaven. De in de akte vermelde bedragen sluiten op een totaalbedrag van NAF 17.851.495. Ennia Investments heeft haar vordering verminderd met NAF 315.276, zoals hierboven is vermeld. In productie 382 zijn de data te zien van die 16 vluchten. Om de door [E], [C], [B] en [A] te vergoeden schade te kunnen begroten heeft het Hof een nadere toelichting van Ennia c.s. van de schade (uitgaven) per jaar van zowel vaste als variabele kosten, waarbij Ennia dient in te gaan op de voormelde discrepantie tussen de door het Gerecht genoemde bedragen en de door Ennia c.s. in de akte genoemde bedragen. Ennia c.s. zal dit in de memorie na deskundigenbericht kunnen doen.

#### *g. Resorts Caribe*

12.65. Het Gerecht heeft in 5.142 het gevorderde met betrekking tot de uitkoop van appartementseigenaren door SunResorts en de afkoop van winstrechten voor in totaal NAF 56.966.000 niet toewijsbaar geacht. Het Gerecht overwoog dat tegenover de vanuit Ennia Investments gedane investeringen (indirect) de verwerving van circa 49.000 m<sup>2</sup> grond staat, waarop de appartementen stonden zonder verdere verplichtingen jegens



de appartementseigenaren en/of Resorts Caribe. Het Gerecht zag onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat deze transacties voor Ennia evident ongunstig waren en dat appellanten ter zake daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

12.66. Tegen dit oordeel komt Ennia c.s. op met haar grief 13 in het incidenteel appel. Volgens Ennia c.s. werden met de reeks van transacties die zijn verricht alleen de belangen van appellanten gediend en valt hen wel degelijk een ernstig verwijt te maken.

12.67. Uit de toelichting op de grief volgt dat Ennia c.s. haar verwijten in de eerste plaats richt op [A], [B] en [E]. [A] en [B] waren bestuurder van Resorts Caribe vanaf 21 juli 2006 (de dag van oprichting van Resorts Caribe door Parman International) en [E] vanaf 31 juli 2006, [A] en [E] waren bestuurder van Ennia Investments vanaf 20 juli 2006 en [A] was bestuurder van SunResorts. Voor zover Ennia c.s. de andere partijen aansprakelijk acht op grond van groepsaansprakelijkheid, is deze grond al afgewezen (zie 9.10-9.12).

12.68. Ennia c.s. betoogt kort gezegd het volgende. Nadat in 1995 de meeste appartementencomplexen in Mullet Bay waren verwoest door de orkaan Luis, ontstond een conflict tussen SunResorts en de appartementseigenaren over de afhandeling van de orkaanschade, verdeling van de verzekeringsgelden en herstelplannen. Dit conflict leidde in 1997 tot een surseance van betaling van SunResorts. Op 14 juli 2006, kort na de gedeeltelijke inbreng van SunResorts in de Ennia-groep, trof SunResorts een schikking met de appartementseigenaren, onder meer inhoudend dat de appartementseigenaren hun appartementsrechten verkochten. Het ging om 312 appartementsrechten, gelegen in 61 gebouwen, en ongeveer 50.000 m<sup>2</sup> grond. Op 20 juli 2006 hebben Resorts Caribe, SunResorts en Ennia Investments een overeenkomst gesloten op grond waarvan de rechten van SunResorts uit de schikkingsovereenkomst werden overgedragen aan Resorts Caribe. Als tegenprestatie bedong SunResorts een jaarlijks winstrecht van 20% van de winst voor belastingen van Resorts Caribe. De surseance van betaling van SunResorts is vervolgens, na homologatie van een aangeboden akkoord, tot een einde gekomen. Op 29 september 2006 heeft Ennia Investments een bedrag van USD 35 miljoen, afkomstig van liquide middelen van de Verzekeraars overgemaakt aan Resorts Caribe en heeft Resorts Caribe de koopsom van USD 31.714.000 voldaan aan de appartementseigenaren, waardoor zij het (economisch) eigendom verkreeg van de appartementen en de bijbehorende grond. Dit betekent dat Ennia voor Resorts Caribe, waarin zij geen belang hield, de aankoop van appartementsrechten heeft gefinancierd en een probleem van SunResorts, waarin zij op dat moment 11,5% hield, volledig heeft opgelost. Na voldoening van de koopsom beschikte Resorts Caribe nog over USD 9 miljoen (restant van de USD 35 miljoen en USD 6 miljoen verzekeringsgeld) om de appartementen te herstellen. Op 12 maart 2007 heeft Resorts Caribe echter USD 8,5 miljoen betaald aan SunResorts om het winstrecht van SunResorts af te kopen. SunResorts werd op dat moment nog voor bijna 90% gehouden en bestuurd door [A]. Niet valt in te zien hoe deze betalingen in het belang van Ennia c.s. kunnen zijn geweest. In 2007 is een bedrag van USD 13,5 miljoen uitgekeerd uit SunResorts aan [A]. Op 23 mei 2007 is de eigendom van Resorts Caribe overgedragen van Parman International aan Ennia Investments. Onduidelijk is welk belang Ennia Investments hier nog bij had, nu in Resorts Caribe geen middelen

meer aanwezig waren om tot renovatie of alternatieve ontwikkeling van de appartementsrechten of de grond over te gaan. Per saldo heeft Ennia USD 35 miljoen betaald voor grond die op grond van de waardering van Mullet Bay door Cushman & Wakefield slechts ongeveer USD 3,7 miljoen waard was. Ennia is als gevolg van deze transactie benadeeld voor minimaal USD 31,3 miljoen. Met deze reeks van transacties werden uitsluitend de belangen van [A] gediend. [F] valt hiervan wel degelijk een ernstig verwijt te maken. Dit alles, aldus Ennia c.s.

12.69. Het Hof gaat ervan uit dat deze vordering is ingesteld door Ennia Investments aangezien haar bestuurders betrokken waren bij de transacties en de eventuele schade als gevolg van de gestelde onzakelijkheid van de koop van de appartementen door haar geleden is. Daarbij neemt het Hof aan dat tegenover de liquide middelen van de Verzekeraars die naar stelling van Ennia c.s. zijn gebruikt voor de koop intercompany-vorderingen zijn opgenomen. Ennia c.s. heeft erop gewezen dat [A] bestuurder was van SunResorts en [A] en [B] bestuurders waren van Resorts Caribe. Deze entiteiten zijn geen partij in deze procedure zodat de vorderingen tegen [A] en [B] geen interne bestuurdersaansprakelijkheid kunnen betreffen. Voor zover de vorderingen gegrond zijn op externe bestuurdersaansprakelijkheid, heeft Ennia c.s. niet nader toegelicht op welke wijze zij welke specifieke norm als bestuurders van SunResorts respectievelijk Resorts Caribe op welk moment jegens welke Ennia-vennootschap hebben geschonden en welke schade hieruit in concreto uit is voortgevloeid. Zoals gezegd is de grondslag groepsaansprakelijkheid al verworpen. Het gaat dus om de vraag of [A] en [E] als bestuurders van Ennia Investments jegens Ennia Investments aansprakelijk zijn.

12.70. [A] heeft zijn verweer toegespitst op de in mei 2019 gedane dividenduitkering van Banco di Caribe aan Ennia Holding. Het ging daarbij om een uitkering in natura, waarbij het aandeel in Resorts Caribe dat Banco di Caribe Investments nog hield is overgedragen voor NAf 62,5 miljoen. Dit bedrag staat gelijk aan USD 34,7 miljoen voor de 50.000 m<sup>2</sup> grond en dat bewijst meteen de waarde die volgens Ennia c.s. zelf aan Mullet Bay moet worden toegekend, aldus [A]. Dat het alleen om een ‘balanscorrectie’ ging zoals Ennia c.s. bij pleidooi in eerste aanleg heeft aangevoerd, betwist [A].

12.71. [E] betwist dat hem terzake van de transacties van Ennia Investments met betrekking tot Resorts Caribe een verwijt kan worden gemaakt. In verband met de oorspronkelijke intentie dat Mullet Bay zou worden herontwikkeld, was essentieel dat de appartementshouders zouden worden uitgekocht. De waardering van NAf 35 miljoen had een strategische insteek. Projectontwikkeling is voor een pensioen-verzekeraar niet ongebruikelijk omdat als *spin off* vaak verzekeringen worden verkocht en hypotheekverstrekking. Om met de kennis van nu te oordelen dat de investering niet is uitgekomen als oorspronkelijk bedoeld, levert geen persoonlijk verwijt aan [E] op, aldus [E].

12.72. [A] heeft opgemerkt dat Ennia c.s. geen stukken met betrekking tot de transacties heeft overgelegd, maar hij heeft de gestelde feiten op zichzelf niet betwist. Ook [E] heeft de gestelde feiten niet betwist. De te beantwoorden vraag is dus of [A] en [E] als bestuurders van Ennia Investments een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de medewerking van Ennia Investments aan de hiervoor omschreven transacties en, in verband daarmee, van het fourneren van de koopprijs van USD 31.714.000.

12.73. [A] heeft aangevoerd dat het om een positieve *opportunity* ging in Mullet Bay, die werd doorgegeven aan Resorts Caribe. Het ging om een terrein van ongeveer 50.000 m<sup>2</sup> met de rechten op en verplichtingen tot 50% van de voordelen en corresponderende verplichtingen tot herbouw van het *resort* en zijn faciliteiten tot een van de belangrijkste *full service resorts* in de Cariben, aldus [A]. Ennia c.s. heeft daartegenover gesteld dat het ging om transacties die SunResorts van de problemen met de appartementseigenaren verlost en ervoor zorgden dat zij uit surseance zou kunnen komen, waarna zij in tranches aan Ennia c.s. is overgedragen. Ennia c.s. heeft zich niet beroepen op wettelijke of statutaire bepalingen inzake tegenstrijdig belang, maar meer in het algemeen aangevoerd dat de transacties appellanten ten koste van Ennia c.s. hebben verrijkt.

12.74. Het Hof acht de stellingen van Ennia c.s. echter onvoldoende concreet om op grond hiervan te kunnen concluderen dat de medewerking aan de transacties dermate ernstig verwijtbaar was dat dit moet leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van [A] en [E]. Om te beginnen zijn de relevante overeenkomsten niet overgelegd, zodat het Hof geen concreet beeld heeft van de rechten en verplichtingen waar het precies om gaat. Ook is geen inzicht verstrekt in de wijze waarop de koopprijs destijds is bepaald. [A] en [E] hebben beiden aangevoerd dat de transactie destijds was gericht op herbouw. Dat daar niets van is gekomen, wil niet zeggen dat dat ook toen niet de bedoeling was. [E] heeft daarnaast nog aangevoerd dat bij de transacties ook heeft meegewogen dat er andere voordelen voor Ennia c.s. uit konden voortvloeien, als verzekeringen en hypotheek. Ten slotte kan de door Cushman & Wakefield genoemde vierkante meter prijs, waarop Ennia c.s. zich beroept, niet zonder meer als richtsnoer worden aangehouden, in de eerste plaats niet omdat deze prijs weinig zegt over de waarde van dit specifieke gedeelte van Mullet Bay in 2006. Daarbij komt nog dat het rapport inmiddels is gevolgd door het daarna eveneens in opdracht van Ennia c.s. opgestelde rapport van JLL.

12.75. Uit het vorenstaande volgt dat het Hof de conclusie van het Gerecht onderschrijft. Grief 13 wordt verworpen.

#### *h. Tussenconclusie*

12.76. Het Hof heeft, samengevat, over de diverse gestelde 'excessieve uitgaven' de volgende beslissingen gegeven.

##### a. Donaties:

[A] en [E] zijn jegens Ennia Holding hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag van NAf 9.646.000 en jegens Ennia Investments voor een bedrag van NAf 546.470 en [A] en [C] zijn jegens Ennia Investments hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag van NAf 10.035.000.

##### b. Kosten adviseurs PwC Houston, [G] en [H]:

[C] en [A] zijn jegens Ennia Investments hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag van NAf 3.640.000 (USD 2 miljoen), dat aan [G] is betaald.

[A], [C] en [B] zijn jegens Ennia Holding hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag van NAf 455.000. [A], [C] en [B] zijn jegens Ennia Investments hoofdelijk aansprakelijk voor

een bedrag van NAf 113.750 en [A] en [C] zijn jegens Ennia Investments hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag NAf 227.500, welke bedragen zijn betaald aan [H]. [A] is aansprakelijk voor de betalingen die aan PwC Houston zijn verricht door Ennia Holding of Ennia Investments. Om te kunnen vaststellen welk bedrag [A] aan welke vennootschap dient te betalen zullen Ennia Holding en Ennia Investments worden toegelaten om op overzichtelijke wijze een overzicht van betalingen per vennootschap, voorzien van schriftelijke stukken, te verstrekken. Dit, te zijner tijd bij memorie na deskundigenbericht. Deze toelichting dient er ook toe om te kunnen beoordelen of en zo ja welke bedragen Ennia Holding en Ennia Investment aan PwC hebben betaald in de periode dat [C] en [B] bestuurder van die vennootschappen waren. Daarna zal het Hof over hun aansprakelijkheid oordelen.

c. 'Spookpersoneel':

[A] is jegens Ennia Investments aansprakelijk voor een bedrag van NAf 267.627,36 ([EE] NAf 127.443,68 en [DD] NAf 140.183,68 ) en jegens Ennia Holding voor een bedrag van NAf 634.351,26 ([BB] NAf 233.810,92, [CC] NAf 165.220,28, [AA] NAf 235.320,06).

[E] is jegens Ennia Holding aansprakelijk voor een bedrag van NAf 246.437,83, in 2010 betaald aan [Z].

d. Commissarisvergoedingen

Wat precies over de commissarissenvergoedingen is afgesproken, is onduidelijk. Niet zonder meer geldt dat een bonus niet is toegestaan; of hiervoor ruimte was kan het Hof pas beoordelen nadat een deskundige de waarde van Mullet Bay heeft getaxeerd en het Hof de gevolgen daarvan heeft beoordeeld.

e. Reis- verblijf- en representatiekosten

Of en zo ja in hoeverre de uitgaven excessief zijn, moet mede worden gezien in het licht van de omstandigheden, waaronder de financiële situatie van de onderneming. Ook hierover kan het Hof pas oordelen nadat een deskundige de waarde van Mullet Bay heeft getaxeerd en het Hof de gevolgen daarvan heeft beoordeeld.

f. NetJets

[E], [C] en [B] zijn gedurende de periode dat zij bestuurder waren van Ennia Investments aansprakelijk voor de schade van Ennia Investments, bestaande uit de vaste kosten die waren verbonden aan NetJets en de privévluchten voor zover de kosten daarvoor niet aan Ennia Investments zijn vergoed. [A] is als (feitelijk) bestuurder aansprakelijk voor deze schade. Deze aansprakelijkheid geldt voor die jaren waarin zij het gehele jaar (feitelijk) bestuurder waren.

Ennia c.s. heeft met de nadere producties van betalingen ten laste van Ennia Investments toereikend bewijs van de schade bijgebracht. Om de juiste hoogte van de door [E], [C], [B] en [A] te vergoeden schade te kunnen begroten heeft het Hof een nadere toelichting van Ennia c.s. van de schade (uitgaven) per jaar van zowel vaste als variabele kosten, waarbij Ennia dient in te gaan op de in 12.64 vermelde discrepantie tussen de door het Gerecht genoemde bedragen en de door Ennia c.s. in de akte genoemde bedragen. Ennia c.s. zal dit in de memorie na deskundigenbericht kunnen doen.

[A] wordt conform zijn aanbod toegelaten bij memorie na deskundigenbericht betaalbewijzen over te leggen van door hem verrichte betalingen voor NetJets vluchten

die Ennia Investments hier als schade vordert. [A] wordt niet toegestaan een nadere schriftelijke reactie op de nadere akte van Ennia te geven, voor zover die zou zijn bedoeld om alsnog verweer te voeren. Wel wordt [A] toegestaan tegelijk met het overleggen van betaalbewijzen te reageren op de door Ennia c.s. als bewijs van de schade (de betalingen van Ennia Investments) overgelegde producties. [C] en [B] worden conform hun aanbod toegelaten bij memorie na deskundigenbericht met stukken te bewijzen dat [A] zelf betalingen heeft verricht voor NetJets vluchten die Ennia Investments hier als schade vordert. Het wordt [C] en [B] toegestaan tegelijk met het overleggen van betaalbewijzen te reageren op de door Ennia c.s. als bewijs van de schade (de betalingen van Ennia Investments) overgelegde producties.

g. Resorts Caribe:

De vordering op dit punt ligt voor afwijzing gereed.

12.77. Het hof overweegt over deze posten nu al dat, voor zover aansprakelijkheid bestaat, ten aanzien van [A] gelet op zijn rol geen aanleiding wordt gezien voor matiging van de verplichting tot schadevergoeding. Ten aanzien van de andere appellanten zal daarover later worden beslist.

### 13. Slotsom

13.1. Slotsom van al het vorenstaande is als volgt.

13.2. Het Hof acht de vordering van Ennia Investments (als rechtsopvolger van ECII) inzake S&S in beginsel tegen [A], [C] en [B] toewijsbaar tot een bedrag van USD 117 miljoen. De vordering van Ennia Investments (als rechtsopvolger van Energy Equipment) inzake de *oil rigs* acht het Hof in beginsel tegen [A] en [E] toewijsbaar tot een bedrag van USD 11.032.776. Voor wat betreft de vorderingen inzake S&S en de *oil rigs* van Ennia Holding en Ennia Investments (op eigen titel) zal de zaak te zijner tijd worden verwezen naar de schadestaat. Tegen de andere appellanten zijn de vorderingen niet toewijsbaar. Over het beroep op matiging zal later worden beslist.

13.3. In verband met de vordering van Ennia Holding inzake de gedane (dividend)uitkeringen acht het hof eerst nadere taxatie nodig van Mullet Bay in de relevante periode. De zaak zal in verband daarmee naar de rol worden verwezen zodat partijen zich kunnen uitlaten over de te benoemen deskundige en de te stellen vragen. Geoordeeld is reeds dat de vordering niet toewijsbaar is jegens [E] en dat de vordering jegens Parman International respectievelijk [D] niet toewijsbaar is ten titel van schadevergoeding maar mogelijk (deels) wel op grond van onverschuldigde betaling dan wel ongerechtvaardigde verrijking.

13.4. De beslissingen inzake de gestelde excessieve kosten staan hiervoor samengevat vermeld onder 12.76 en 12.77, waarnaar het hof verwijst.

13.5. De zaak zal nu eerst naar de rol worden verwezen voor akte als bedoeld in 11.75. Bij de memories na deskundigenbericht kan tevens een nadere toelichting worden verstrekt/een nadere reactie worden gegeven dan wel nadere stukken worden overgelegd met betrekking tot de kosten of betalingen terzake van PWC Houston en

Netjets, een en ander zoals nader uiteengezet in 12.20 en 12.30 en in 12.59, 12.61 en 12.64.

13.6. Voor zover in het vorenstaande een genummerde grief niet specifiek is benoemd, bestond bij afzonderlijke bespreking daarvan geen belang (meer) dan wel betreft deze een onderwerp dat nog niet aan de orde was.

#### 14. BESLISSING

Het Hof:

verwijst de zaak naar de rol van 24 oktober 2023 voor akte als bedoeld in 11.75 aan de zijde van alle partijen om zich uit te laten over hetgeen het Hof in 11.73 en 11.74 heeft overwogen;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mrs. P.W.A. van Geloven, M.M.M. Tillema en H.L. Wattel, plaatsvervangende leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en ter openbare terechtzitting van het Hof in Curaçao uitgesproken op 12 september 2023 in tegenwoordigheid van de griffier.