

exacte tijdstip waarop de overgang van de onderneming plaatsvindt.

93. Opgemerkt zij echter dat deze vraag is gesteld in verband met een vordering die de FNV en haar medeverzoeksters subsidiair bij de verwijzende rechter hebben ingediend.⁴⁶ Zoals de Commissie heeft opgemerkt, is een dergelijke vraag echter alleen relevant indien zou worden geoordeeld dat de in de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23 voorziene bescherming niet geldt bij de overgang van een onderneming die in het kader van een *pre-pack* plaatsvindt.

94. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het Hof, gelet op het antwoord dat op de eerste drie prejudiciële vragen wordt voorgesteld, de vierde vraag niet hoeft te beantwoorden.

V. Conclusie

95. Op basis van alle voorgaande overwegingen geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland te beantwoorden als volgt:

1) Een procedure zoals die welke zich in Nederland heeft ontwikkeld en die tot de sluiting van een *pre-pack* leidt, kan, gelet op het doel en de toepassingswijze ervan en ofschoon zij ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, niet worden aangemerkt als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. Die procedure valt derhalve niet onder de in die bepaling voorziene uitzondering, zodat de bij de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23 geboden bescherming van toepassing is op de overgang van een onderneming of van de nog levensvatbare onderdelen daarvan die in het kader van een dergelijke *pre-pack* plaatsvindt.

2) Voor zover de Nederlandse faillissementsprocedure, zoals die door bepaalde rechtbanken in Nederland wordt toegepast, in geval van een overgang van een onderneming in het kader van een *pre-pack* niet erin voorziet dat de werknemers van de overgedragen onderneming (of van de overgedragen onderdelen daarvan) de bescherming genieten welke hun bij de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23 wordt geboden, is

deze procedure niet in overeenstemming met die richtlijn. Het staat aan de verwijzende rechter om, met inachtneming van het gehele nationale recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het door richtlijn 2001/23 nagestreefde doel en dus ervoor te zorgen dat bij de overgang van een onderneming of van bepaalde onderdelen daarvan in het kader van een *pre-pack*, de bij richtlijn 2001/23 geboden bescherming wordt verzekerd voor de werknemers van de overgedragen onderdelen van de onderneming.

3) Rekening houdend met het feit dat de procedure die tot de sluiting van een *pre-pack* leidt, de voortzetting van de exploitatie van de onderneming (of van de overgedragen levensvatbare onderdelen daarvan) beoogt, kan de omstandigheid dat de toepassing van die procedure tevens kan leiden tot een maximalisatie van de uitbetaling van de schuldeisers, niet tot gevolg hebben dat de bescherming die richtlijn 2001/23 de werknemers biedt niet van toepassing is bij een overgang van een onderneming die in het kader van een *pre-pack* plaatsvindt.'

RI 2017/71

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

7 juli 2017, nr. 17/02153

(Mrs. E.J. Numann, G. Sniijders, G. de Groot, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; A-G mr. L. Timmerman)

Art. 228, 242, 243 Fw

ECLI:NL:PHR:2017:528

ECLI:NL:PHR:2017:529

ECLI:NL:HR:2017:1280

Intrekking voorlopige surseance. Internationale herstructurering.

Is intrekking van de voorlopige surseance van betaling mogelijk? Wat is de verhouding met een buitenlandse herstructureringsprocedure?

De Oi Groep is een van de grootste telecomserviceproviders ter wereld, gevestigd in Brazilië. Het in Nederland gevestigde Oi Brazil Holdings Coöperatief U.A. (Oi Coop) is een groepsfinancieringsmaatschappij. Zij heeft obligaties uitgegeven voor € 1,9 miljard. Terugbetaling van de obligaties is gegarandeerd door Oi S.A., de moedervennootschap van de Oi Groep. Daarnaast heeft Oi Coop van een andere groepsfinancieringsmaatschappij, PTIF, € 3,8 miljard geleend. Tot en met maart 2016 heeft Oi Coop circa € 5,6 miljard aan groepsvennootschappen uitgeleend.

⁴⁶ Zie punt 33 van deze conclusie.

Op 29 juni 2016 is een geconsolideerde, gerechtelijke herstructureringsprocedure van Oi Groep in Brazilië geopend. Op 9 augustus 2016 is aan Oi Coop voorlopige surseance van betaling verleend. Op 5 september 2016 heeft Oi Groep in de Braziliaanse herstructurering een voorstel ingediend. Daaruit volgt dat Oi Coop geen uitkering zal ontvangen op haar vorderingen op de groepsvennootschappen. Bovendien is daarin geen rekening gehouden met de aan de obligatiehouders verstrekte garantie van Oi S.A. De bewindvoerder en appellanten, als schuldeisers van Oi Coop, hebben de rechtbank verzocht om intrekking van de voorlopige surseance onder gelijktijdige faillietverklaring van Oi Coop. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen. Zij meent dat de crediteuren niet beter af zijn in een faillissement en dat zich geen gronden voor intrekking als bedoeld in art. 242 Fw voordoen. De crediteuren zijn in beroep gekomen. Het hof heeft het verzoek alsnog toegewezen. Oi Coop heeft cassatieberoep ingesteld.

HR: Art. 243 lid 3 Fw staat er niet aan in de weg dat de rechter naast de in dat artikel genoemde personen (verzoeker, schuldenaar en bewindvoerder) andere belanghebbenden oproept.

De intrekkinggrond van art. 242 lid 1 sub 2 Fw (trachten schuldeisers te benadelen) omvat mede gegronde vrees voor benadeling. Deze vrees kan onder meer worden gebaseerd op handelen van de schuldenaar voorafgaand aan de verlening van de voorlopige surseance. Toereikend is dat benadeling van de schuldeisers met een voldoende mate van waarschijnlijkheid was te verwachten; zij hoeft niet daadwerkelijk te zijn ingetreden. Die benadeling is dezelfde als in art. 3:45 BW en 42 Fw. Voldoende is dat de schuldenaar begreep of behoorde te begrijpen dat benadeling van de schuldeisers het van zijn gedraging te verwachten gevolg was.

Aan de orde is de verhouding tussen de Nederlandse surseance van betaling en de poging tot een geconsolideerde herstructurering van de Oi Groep in Brazilië. Bij gebreke van een (toepasselijke) internationale of een bijzonder nationale regeling in andere zin blijft op Oi Coop als in Nederland gevestigd onderdeel van de groep het Nederlandse faillissementsrecht van toepassing, ook al behoort zij tot een internationale groep van met elkaar verbonden vennootschappen die het centrum van zijn belangrijkste belangen in het buitenland heeft en ten aanzien waarvan in dat buitenland een herstructureringsprocedure loopt. Waar de wet daarvoor de ruimte laat, zoals bij de belangenafweging op grond van art. 242 lid 1 Fw, kan met die buitenlandse herstructureringsprocedure wel rekening worden gehouden. De bewindvoerder en de curator kunnen in zo'n geval bij hun beleid mede rekening houden met de belangen van de groep als geheel en van de schuldeisers van de groep als geheel. Het oor-

deel van het hof dat de instemming van Oi Coop met het Braziliaanse (ontwerp)akkoord, op grond waarvan geen uitkering op de vorderingen van Oi Coop zal plaatsvinden, een daad van de heer of beschikking is, is juist (art. 242 lid 1 sub 3 Fw). Tevens dient Oi Coop de bewindvoerder voldoende te informeren (art. 242 lid 1 sub 4 Fw).

Zie ook:

- HR 7 juli 2017, RI 2017/72: verwante zaak;
- Hof Amsterdam 19 april 2017, RI 2017/60: deze zaak;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2015, RI 2015/54 (Spyker);
- B. Wessels, *Surseance van betaling* (Wessels Insolventierecht nr. VIII), Deventer: Wolters Kluwer 2014, par. 8232-8233.

Zie anders:

- Rb. Amsterdam 2 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:645, JOR 2017/116 met kritische noot Van Galen: deze zaak.

Wenk:

In twee arresten van 7 juli 2017 inzake de Oi Groep (zie tevens RI 2017/72) heeft de Hoge Raad zijn licht laten schijnen over (de procedure van en de gronden voor) de intrekking van een surseance van betaling en over de verhouding tussen de surseance van een Nederlandse groepsvennootschap en de geconsolideerde, buitenlandse herstructurering van de groep.

Welke belanghebbenden mag de rechter voor de behandeling van het verzoekschrift tot intrekking van de surseance oproepen? De art. 242 en 243 Fw spreken over de verzoeker, de schuldenaar en de bewindvoerder. Volgens de Hoge Raad is die opsomming niet limitatief. Indien daartoe aanleiding bestaat, mag de rechter ook andere belanghebbenden oproepen. Als hij een of meer schuldeisers oproept, is hij niet gehouden ook de overige schuldeisers op te roepen en te horen.

Uitleg van de intrekkinggrond 'indien hij zijn schuldeisers tracht te benadelen' (art. 242 lid 1 sub 2 Fw).

De Hoge Raad heeft meer duidelijkheid geschapen over de grond voor de intrekking van een surseance, genoemd in art. 242 lid 1 sub 2 Fw: de surseance kan worden ingetrokken, indien de schuldenaar zijn schuldeisers tracht te benadelen. Anders dan bijvoorbeeld sub 1, is niet vermeld dat die benadeling 'gedurende de loop der surséance' dient plaats te vinden. De vraag is of die beperking ook voor sub 2 geldt. Het hof meende van niet en de Hoge Raad deelt die mening. Hij sluit bij de uitleg aan bij art. 218 lid 4 Fw, waarin ook de gegronde vrees voor

benadeling tijdens de surseance aan een definitieve verlening van de surseance in de weg staat. De vrees dat de schuldenaar zal trachten zijn schuldeisers te benadelen, mag mede zijn gewekt door diens handelingen voorafgaand aan de verlening van de voorlopige surseance. Met die voorafgaande handelingen moet hij zijn schuldeisers hebben benadeeld of hebben gepoogd te benadelen. De benadeling van art. 242 lid 1 sub 2 Fw is volgens de Hoge Raad dezelfde als die in art. 3:45 BW en art. 42 Fw en moet met een voldoende mate van waarschijnlijkheid zijn te verwachten. De schuldenaar hoeft geen oogmerk van benadeling te hebben volgens de Hoge Raad. Voldoende is dat hij begreep of behoorde te begrijpen dat benadeling van de schuldeisers het gevolg van zijn gedraging was.

Een Nederlandse surseance binnen een buitenlandse herstructurering

De Hoge Raad gaat in op de actuele vraagstukken rondom herstructurering van een groep in internationaal verband. Wat is de positie van een Nederlands onderdeel van een internationale groep met zijn centrum van voornaamste belangen in het buitenland, alwaar de groep zich in een wettelijke herstructureringsprocedure bevindt? Oï Groep stelt dat de aan de Nederlandse groepsleden verleende surseance ondergeschikt dient te zijn aan de herstructurering in Brazilië. Dat gegeven zou een beperking van de rechten van de bewindvoerders in de Nederlandse procedures rechtvaardigen. De Hoge Raad ziet die rechtvaardiging niet, nu een toepasselijke internationale of een bijzondere nationale regeling in andere zin ontbreekt.

Regeling voor internationale herstructureeringen

Er staat in Europa en Nederland, in navolging van andere jurisdicties, wetgeving op stapel om herstructureringen van ondernemingen buiten faillissement, bijvoorbeeld door een dwangakkoord, mogelijk maken. Zie het Voorstel voor een Europese richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels c.a. van 22 november 2016 (COM (2016) 723 final) en haar uitvoeringswet WCO II (Wijzigingen van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord en herstructurering van schulden). Laatstgenoemde bevindt zich na consultatie nog in departementale voorbereiding. Het wetsvoorstel beoogt de regeling van het dwangakkoord buiten faillissement onder de werking van de Herziene Insolventieverordening te brengen (nieuw art. 383 Fw). Daardoor zou een stap in de rich-

ting van een geconsolideerde, internationale groepsherstructurering kunnen worden gezet. De Herziene Insolventieverordening 2015/848 voorziet immers met hoofdstuk V in insolventieprocedures met betrekking tot leden van een groep ondernemingen in verschillende (EU-)jurisdicties. Het regelt samenwerking en communicatie tussen insolventiefunctionarissen onderling en rechters onderling, en tussen beide groepen. Bovendien voorziet het in een groepscoördinatieprocedure.

De toekomst zal uitwijzen of deze regeling voldoende soelaas biedt. Op het eerste gezicht lijkt zij (te) beperkt: de regeling is nieuw en is niet geworteld in bestaande wetgeving in lidstaten; zij lijkt gecompliceerd en is gebaseerd op vrijwilligheid; de regeling kan alleen worden toegepast op groepsvennootschappen met een centrum van voornaamste belangen op het grondgebied van lidstaten. De onderhavige herstructurering van een concern met het centrum van voornaamste belangen in Brazilië en concernvennootschappen in verschillende (EU- en non-EU-)jurisdicties zou daardoor al buiten het bestek van de regeling vallen. Een alternatief is wetgeving op basis van de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997) met aanvullingen voor onder andere Treatment of enterprise groups in insolvency (2010). De Model Law ziet ook op grensoverschrijdende herstructureringen. Inmiddels is in 45 jurisdicties wetgeving op de Model Law gebaseerd. Rechters uit belangrijke jurisdicties uit die groep (veelal met een common law achtergrond) hebben recent via het zogenaamde Judicial Insolvency Network (JIN) praktijkregels voor Court-to-Court Communication and Co-operation in Cross-border Insolvency Cases vastgesteld.

Hoe verder in Nederland? De Hoge Raad laat wel enige ruimte om rekening te houden met de buitenlandse groepsherstructureringen. Bij een beslissing over de intrekking van de surseance van betaling op grond van art. 242 lid 1 Fw dient ook een belangenafweging plaats te vinden. Daarbij mag de bewindvoerder rekening houden met de belangen van de groep als geheel. Maar, zo benadrukt de Hoge Raad, als uitgangspunt geldt ook in insolventieprocedures de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de leden van de groep.

(J.A. Stal)

Beschikking in de zaak van:
De coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid Oï Brasil Holdings Coöperatief U.A., gevestigd te Amsterdam, verzoekster tot cassatie, advocaat: mr. B.I. Kraaiapoel,

tegen

1. Citadel Equity Fund Ltd., gevestigd te Grand Cayman (Kaaiman Eilanden),
 2. Syzygy Capital Management Ltd., gevestigd te New York, Verenigde Staten van Amerika,
 3. Trinity Investments Designated Activity Company, gevestigd te Dublin, Ierland,
 4. York Global Finance Fund L.P., gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk,
- verweersters in cassatie, advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel,

en

- Mr. J.R. Berkenbosch in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A., kantoorhoudende te Amsterdam, belanghebbende in cassatie, advocaat: mr. J.P. Heering,
- Portugal Telecom International Finance B.V., gevestigd te Amsterdam, belanghebbende in cassatie, advocaat: mr. R.M. Hermans,
- Mr. J.L.M. Groenewegen in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Portugal Telecom International Finance B.V., kantoorhoudende te Amsterdam, belanghebbende in cassatie, advocaat: mr. T.T. van Zanten,
- The Bank of New York Mellon, gevestigd te New York, Verenigde Staten van Amerika, belanghebbende in cassatie, advocaat: mr. D. Rijppma,
- Monarch Master Funding 2 (Luxembourg) S.À.R.L., gevestigd te Luxemburg, belanghebbende in cassatie, advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Oi Coop en Citadel c.s. en belanghebbenden als de curator van Oi Coop, PTIF, de curator van PTIF, BNYM en Monarch.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de beschikking in de zaak C/13/16/41 S van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2017;
 - b. de beschikking in de zaak 200.209.207/01 van het gerechtshof Amsterdam van 19 april 2017.
- (...)

2 *Het geding in cassatie*

Tegen de beschikking van het hof heeft Oi Coop beroep in cassatie ingesteld. (...)

De Advocaat-Generaal L. Timmerman heeft schriftelijk geconcludeerd voor de mondelinge behandeling van het cassatieberoep op te roepen: Citadel c.s., de curator van Oi Coop, (de curator van) PTIF, BNYM en Monarch.

De Hoge Raad heeft Citadel c.s., de curator van Oi Coop, de curator van PTIF, PTIF, BNYM

en Monarch voor de mondelinge behandeling van het cassatieberoep doen oproepen, op de grond dat zij zijn aan te merken als in vorige instantie verschenen belanghebbenden.

Citadel c.s. en de curator van Oi Coop hebben een verweerschrift ingediend.

Het beroep is mondeling behandeld, tezamen met het cassatieberoep in de zaak 17/02165, waarbij alle opgeroepen partijen en belanghebbenden zijn gehoord. De behandeling heeft plaatsgevonden met gesloten deuren. De Hoge Raad heeft in verband met de aard van deze faillissementszaak bij aanvang van de behandeling medegedeeld dat het op de voet van art. 29 lid 1, aanhef en onder a, Rv verboden is aan derden mededelingen te doen omtrent het verhandelde tijdens die mondelinge behandeling en heeft voorts op de voet van art. 29 lid 1, aanhef en onder b, Rv bepaald dat het eveneens verboden is aan derden mededelingen te doen omtrent de inhoud van de processtukken.

De curator van PTIF heeft ter zitting bezwaar gemaakt tegen het feit dat PTIF wordt gehoord, hoewel zij in staat van faillissement verkeert. Dit bezwaar is verworpen op de grond dat de Hoge Raad PTIF als belanghebbende heeft aangemerkt, ook los van haar vordering op Oi Coop.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping van het beroep.

Op deze conclusie heeft de advocaat van Oi Coop bij brief van 27 juni 2017 op de voet van art. 44 lid 3 Rv gereageerd.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bij beschikking van 9 augustus 2016 heeft de rechtbank voorlopig surseance van betaling verleend aan Oi Coop.

(ii) Oi Coop maakt onderdeel uit van een groep vennootschappen (hierna: de Oi Groep). Enig lid van Oi Coop is Oi S.A., de Braziliaanse moedervennootschap van de Oi Groep.

(iii) De Oi Groep is een van de grootste geïntegreerde serviceproviders in de telecomunicatiesector ter wereld. De activiteiten van de Oi Groep vinden voornamelijk in Brazilië plaats, maar de Oi Groep is ook actief (geweest) in Portugal en diverse Afrikaanse landen.

(iv) De aandelen in Oi S.A. worden verhandeld op de beurs van São Paulo en op de New York Stock Exchange. Een groot deel van de financiering van de Oi Groep loopt via haar twee Nederlandse financieringsmaatschappijen, Oi Coop en PTIF. Aan PTIF is op 3 oktober 2016 voorlopig surseance van betaling verleend.

(v) De activiteiten van Oi Coop bestaan meer in het bijzonder in (i) het aantrekken van financiering uit de internationale kapitaal-

markten, voornamelijk door het uitgeven van beursgenoteerde obligaties (hierna ook: notes), (ii) het ontvangen van gelden van PTIF via een kredietovereenkomst die Oi Coop en PTIF op 2 juni 2015 zijn aangegaan en die van tijd tot tijd is aangepast (hierna: de PTIF-lening) en (iii) het doorlenen van gelden die Oi Coop door middel van de notes heeft aangetrokken of van PTIF (door middel van de PTIF-lening) heeft ontvangen.

(vi) Oi Coop heeft twee series obligaties uitgegeven, per 20 juni 2016 voor in totaal circa € 1,9 miljard. De notes worden niet door een zekerheidsrecht gedekt. De notes zijn wel gegarandeerd door Oi S.A. Oi Coop heeft zelf geen operationele activiteiten en de noteholders kunnen uitsluitend worden betaald uit de inkomsten en opbrengsten gegenereerd door de operationele ondernemingen van de Oi Groep. Op grond van de garantie van Oi S.A. hebben de noteholders een directe vordering op Oi S.A.

(vii) Onder de PTIF-lening heeft Oi Coop een schuld aan PTIF van circa € 3,8 miljard. Oi Coop heeft in totaal circa € 5,6 miljard uitgeleend aan Oi S.A. en Oi Móvel S.A. (hierna: Oi Móvel), te weten circa € 4 miljard aan Oi S.A. in de periode van juni 2015 tot maart 2016 en circa € 1,6 miljard aan Oi Móvel in maart 2016 (deze leningen worden hierna samen ook aangeduid als de Oi Coop transacties).

(viii) Oi Coop heeft op 20 juni 2016, tezamen met Oi S.A. en vijf andere groepsvennootschappen, waaronder PTIF en Oi Móvel, een verzoekschrift ingediend voor de opening van een geconsolideerde gerechtelijke herstructureringsprocedure in Brazilië (recuperação judicial, hierna: de RJ-procedure). De Braziliaanse rechter heeft dit verzoek op 29 juni 2016 ingewilligd. Het doel van de RJ-procedure is om de Oi Groep going concern te herstructureren door een met de schuldeisers onderhandeld en door de schuldeisers en de Braziliaanse rechter goed te keuren akkoord (RJ-akkoord), en zodoende liquidatie te voorkomen. Op 5 september 2016 is een geconsolideerd (ontwerp-)RJ-akkoord gedeponereerd bij de rechtbank te Rio de Janeiro, Brazilië. Bij persbericht heeft Oi S.A. op 22 maart 2017 aangekondigd dat het (ontwerp-)RJ-akkoord zal worden aangepast. De aangepaste tekst is als bijlage bij dat persbericht gevoegd.

(ix) Citadel c.s. vormen samen de Steering Committee van een groep obligatiehouders, aangeduid als de 'International Bondholder Groep'. Het doel van deze groep is het nastreven van een herstructurering van de schulden van de Oi Groep in alle relevante jurisdicties met als uitgangspunt een eerlijke en billijke behandeling van houders van obligaties door Oi Coop met inachtneming van en overeenkomstig hun rechten.

3.2 Citadel c.s. verzoeken in deze procedure op de voet van art. 242 Fw op verschillende gronden intrekking van de voorlopig verleende surseance van betaling alsmede faillietverklaring van Oi Coop. De bewindvoerder in die surseance, thans de curator van Oi Coop, heeft in eerste aanleg hetzelfde verzoek gedaan.

3.3 De rechtbank heeft de verzoeken afgewezen, waartegen alleen Citadel c.s. hoger beroep hebben ingesteld. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank vernietigd, de voorlopige surseance van betaling ingetrokken en Oi Coop in staat van faillissement verklaard. Hiertoe heeft het hof onder meer, samengevat weergegeven, als volgt overwogen.

Er doen zich drie gronden voor de intrekking van de surseance voor als bedoeld in art. 242 lid 1 Fw (rov. 4.14).

Voldoende aannemelijk is dat in ieder geval de hiervoor in 3.1 onder (vii) genoemde lening van circa € 1,6 miljard aan Oi Móvel een benadelingshandeling oplevert als bedoeld in art. 242 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw. Deze lening is kort voor de aankondiging van de herstructurering van de schulden van de Oi Groep verstrekt. Een herstructurering van schulden leidt in beginsel ertoe dat schuldeisers niet meer geheel, althans niet tijdig worden voldaan, en Oi Coop wist of behoorde redelijkerwijze te begrijpen dat Oi Móvel respectievelijk Oi S.A. niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar terugbetalingsverplichting jegens Oi Coop respectievelijk haar garantieverplichting jegens de noteholders zou kunnen voldoen. (rov. 4.4-4.5)

Voorts is sprake van een daad van beheer of beschikking van Oi Coop betreffende de boedel als bedoeld in art. 228 lid 1 Fw en art. 242 lid 1, aanhef en onder 3°, Fw, doordat Oi Coop, blijkens het in de Braziliaanse RJ-procedure aangeboden (ontwerp-)akkoord en het aangepaste (ontwerp-)akkoord, heeft ingestemd met geconsolideerde herstructurering van de schulden van de Oi Groep waarbij op haar vorderingen op Oi S.A. en Oi Móvel op grond van de Oi Coop transacties geen uitkering zal plaatsvinden (rov. 4.5 en 4.6).

Tot slot doet zich de in art. 242 lid 1, aanhef en onder 4°, Fw bedoelde grond voor doordat (het bestuur van) Oi Coop de bewindvoerder geen, althans onvoldoende informatie verschaft, waardoor de bewindvoerder onvoldoende inzicht krijgt in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en daardoor niet kan beoordelen of het aanvaarden van geconsolideerde herstructurering van de schulden in het kader van de RJ-procedure in het belang is van de boedel (rov. 4.7-4.13).

De door het hof gemaakte afweging van de betrokken belangen leidt ertoe dat de surseance moet worden ingetrokken en het faillissement moet worden uitgesproken. Het hof acht

de door Oi Coop voor een andere uitkomst aan-gevoerde argumenten onvoldoende dan wel ongegrond. (rov. 4.14)

3.4.1 Onderdeel 1 keert zich tegen de beslissing van het hof om ook andere partijen en belanghebbenden te horen dan in art. 243 lid 3 Fw genoemd, waarvoor het hof heeft verwezen naar een analoge toepassing van art. 220 Fw (rov. 2.1). Volgens het onderdeel mogen enkel de in art. 243 lid 3 Fw genoemde verzoeker, schuldenaar en bewindvoerder worden gehoord op het verzoek tot intrekking en is geen plaats voor een analoge toepassing van art. 220 Fw, welke bepaling volgens het onderdeel is geschreven met het oog op de stemming van de schuldeisers over de definitieve verlening van de surseance van betaling. Althans had het hof volgens het onderdeel alle schuldeisers moeten oproepen om te worden gehoord en had het andere belanghebbenden dan schuldeisers niet mogen horen.

3.4.2 Het onderdeel is ongegrond. Art. 242 lid 3 Fw en het daarmee overeenstemmende, door het onderdeel ingeroepen art. 243 lid 3 Fw bevatten slechts een verplichting om (ten minste) de verzoeker, de schuldenaar en de bewindvoerder op te roepen. Deze bepalingen staan niet eraan in de weg dat de rechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, ook andere belanghebbenden, zoals (andere) schuldeisers of met de schuldenaar verbonden vennootschappen, oproept en hoort. Het staat de rechter in beginsel vrij daartoe over te gaan. Hij is niet gehouden om, indien hij bepaalde schuldeisers oproept, ook de overige schuldeisers op te roepen en te horen. Dat zou ook niet te verenigen zijn met de voortvarendheid waarmee insolventieprocedures dienen te worden gevoerd.

3.5.1 Onderdeel 2 heeft betrekking op de uitleg die het hof in rov. 4.3-4.4 heeft gegeven aan de intrekkinggrond van art. 242 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw, dat de schuldenaar tracht zijn schuldeisers te benadelen. Volgens het onderdeel ziet deze grond slechts op de periode na de verlening van de surseance, terwijl het hof deze grond, anders dan de rechtbank, mede toepasselijk heeft geoordeeld op de daaraan voorafgaande periode en in rov. 4.5 op laatstgenoemde periode heeft toegepast, namelijk op de lening van circa € 1,6 miljard die Oi Coop in maart 2016 aan Oi Móvel heeft gegeven.

3.5.2 Het hof heeft terecht geoordeeld dat art. 242 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw mede moet worden uitgelegd in samenhang met art. 218 lid 4 Fw, dat bepaalt dat de definitieve verlening van de surseance moet worden geweigerd als gegronde vrees bestaat dat de schuldenaar de schuldeisers zal trachten te benadelen. Die vrees kan onder meer worden gebaseerd op het feit dat de schuldenaar voorafgaand aan de verlening van de voorlopige surseance, de schuldeisers heeft benadeeld of heeft gepoogd

te benadelen. In dat feit kan de rechter eventueel ook buiten het in art. 218 lid 4 Fw bedoelde geval aanleiding vinden om niet de definitieve surseance te weigeren; art. 218 lid 2 Fw laat de rechter hierin vrij.

De voorlopige surseance wordt ingevolge art. 215 lid 2 Fw dadelijk verleend, dus zonder enig voorafgaand onderzoek of voor de verlening van surseance grond bestaat, in afwachting van de beslissing over de definitieve verlening van surseance, die wel na een dergelijk onderzoek plaatsvindt. Indien, zoals in dit geval, de surseance uitsluitend voorlopig wordt verleend omdat bij het verzoek om de verlening van surseance een ontwerp van een akkoord is gevoegd, vindt geen definitieve verlening van surseance plaats indien de rechtbank bepaalt dat over dat akkoord wordt gestemd (vgl. art. 255 e.v. Fw). Of er grond bestaat voor de verlening van surseance wordt in dat geval dus niet onderzocht. Ook in het geval dat uitsluitend voorlopig surseance is verleend, kan echter intrekking van de surseance worden verzocht op de voet van art. 242 Fw (HR 14 februari 1986, ECLI:NL:HR:1986:AG5194, NJ 1986/517), zoals in dit geval is gebeurd.

In het licht van een en ander valt art. 242 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw aldus te verstaan dat de daar genoemde grond mede ziet op het geval dat de gegronde vrees dat de schuldenaar de schuldeisers zal trachten te benadelen, daarop is gebaseerd dat de schuldenaar voorafgaande aan de (voorlopige) surseance de schuldeisers reeds heeft benadeeld of heeft gepoogd te benadelen. Dit geldt ook voor de definitief verleende surseance. Deze uitleg strookt met het karakter van de surseance van betaling als middel om te komen tot (financieel) herstel en afwijking van een faillissement, mede in het belang van de schuldeisers. Met dat karakter is niet te verenigen dat de schuldenaar de schuldeisers heeft benadeeld, benadeelt of mogelijk zal benadelen, zoals zowel in art. 218 lid 4 Fw als in art. 242 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw tot uitdrukking komt.

3.5.3 In het licht van het vorenstaande geeft het oordeel van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ook onderdeel 2 faalt derhalve.

3.6.1 Onderdeel 3 keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.5 dat de hiervoor in 3.1 onder (vii) genoemde lening van Oi Coop aan Oi Móvel een benadelingshandeling oplevert als bedoeld in art. 242 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw. Volgens het onderdeel is het hof uitgegaan van een onjuiste maatstaf bij de beoordeling van de vraag of sprake is van benadeling. Het onderdeel voert aan dat bij de toepassing van art. 242 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw aansluiting moet worden gezocht bij art. 3:45 BW en art. 42 Fw. Voorts betoogt het onderdeel dat voor toepassing van art. 242 lid 1,

aanhef en onder 2°, Fw is vereist dat de schuldenaar het oogmerk had van benadeling en dat, anders dan bij art. 3:45 BW en art. 42 Fw, dus niet voldoende is dat hij behoorde te weten dat zijn handelen tot benadeling van de schuldeisers zou leiden.

3.6.2 Voldoende voor toepassing van art. 242 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw is dat de schuldenaar de schuldeisers heeft getracht te benadelen. Daarbij gaat het om benadeling in dezelfde zin als in art. 3:45 BW en art. 42 Fw, dus een vermindering van de mogelijkheden tot verhaal. Die benadeling behoeft echter – nu voldoende is dat de schuldenaar de schuldeisers heeft getracht te benadelen – niet daadwerkelijk te zijn ingetreden. Toereikend is dat de schuldenaar zich aldus heeft gedragen dat benadeling van de schuldeisers met een voldoende mate van waarschijnlijkheid was te verwachten, en het voortduren van de surseance van betaling zich daarom niet verdraagt met het hiervoor in 3.5.2 genoemde karakter daarvan.

Wat betreft de vereiste wetenschap van benadeling is, anders dan het onderdeel betoogt, het oogmerk van benadeling niet vereist. Voldoende is dat de schuldenaar begreep of behoorde te begrijpen dat benadeling van de schuldeisers het van zijn gedraging te verwachten gevolg was.

3.6.3 Het oordeel van het hof in rov. 4.5, dat hiervoor in de derde alinea van 3.3 kort is weergegeven, geeft in het licht van het hiervoor in 3.6.2 overwogene geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Ook onderdeel 3 faalt daarom.

3.7.1 De onderdelen 4-7 stellen mede de verhouding aan de orde tussen de Nederlandse surseance van betaling van Oi Coop (en PTIF) en de herstructureringsprocedure in Brazilië (de RJ-procedure). De Oi Groep is een internationale groep van met elkaar verbonden vennootschappen, waarvan sommige vennootschappen naar Nederlands recht zijn opgericht en in Nederland zijn gevestigd (Oi Coop en PTIF) en andere, waaronder de moedermaatschappij Oi S.A., in andere landen, voor een belangrijk deel in Brazilië. De Oi Groep streeft in de RJ-procedure in Brazilië naar een geconsolideerde herstructurering van de groep in verband met de financiële moeilijkheden waarin deze verkeert (zie hiervoor in 3.1 onder (viii)). Hetgeen Oi Coop en PTIF in deze procedures betogen, komt onder meer erop neer dat de aan hen in Nederland verleende surseance ondergeschikt dient te zijn aan de herstructureringsprocedure in Brazilië – in het belang van het welslagen van die procedure en daarmee in het belang van de groep als geheel – en dat de bewindvoerders mede daarom niet of slechts beperkt door Oi Coop en PTIF betrokken be-

hoeven te worden bij hetgeen door hen in het overleg in de RJ-procedure wordt ingebracht.

3.7.2 Deze opvatting kan niet worden aanvaard. Vast staat in deze procedure dat op Oi Coop en PTIF als in Nederland gevestigde vennootschappen het Nederlandse faillissementsrecht van toepassing is. Dat betekent dat de regels van de Faillissementswet in beginsel onverkort op hen van toepassing zijn, waaronder in het geval van surseance art. 228 Fw, dat inhoudt dat de schuldenaar nog slechts het beheer en de beschikking over zijn vermogen heeft tezamen met de bewindvoerder en daarbij dus niet kan handelen zonder diens medewerking, machtiging of bijstand. Bij gebreke van een (toepasselijke) internationale of een bijzondere nationale regeling in andere zin, is er geen grond om hierop een uitzondering te maken in verband met het feit dat Oi Coop en PTIF behoren tot een internationale groep van met elkaar verbonden vennootschappen die het centrum van zijn voornaamste belangen in het buitenland heeft en ten aanzien waarvan in dat buitenland een herstructureringsprocedure loopt, zoals de RJ-procedure.

3.7.3 Met laatstgenoemd feit kan wel rekening worden gehouden waar de wet daarvoor ruimte laat, zoals bij de belangenafweging die op grond van art. 242 lid 1 Fw in het kader van de intrekking van de surseance van betaling dient plaats te vinden. Voorts kunnen de bewindvoerder en de curator in een geval zoals dit bij hun beleid wel mede rekening houden met de belangen van de groep als geheel en van de schuldeisers van de groep als geheel. Als uitgangspunt geldt evenwel ook in insolventieprocedures de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de leden van een groep.

Het hof heeft het vorenstaande, blijkens hetgeen het in rov. 4.14 heeft overwogen, niet miskend.

3.7.4 De onderdelen 4-7 dienen mede tegen de achtergrond van het vorenstaande te worden beoordeeld.

3.8.1 Onderdeel 4 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.6 dat de instemming van Oi Coop met het in de Braziliaanse RJ-procedure aangeboden (ontwerp-)akkoord en het aangepaste (ontwerp-)akkoord, en dus met de geconsolideerde herstructurering van de schulden van de Oi Groep waarbij op haar vorderingen op Oi S.A. en Oi Móvel geen uitkering zal plaatsvinden, een daad van beheer of beschikking oplevert als bedoeld in art. 228 lid 1 Fw en art. 242 lid 1, aanhef en onder 3°, Fw. Het onderdeel klaagt dat de schuldenaar bevoegd is om gedurende de surseance een akkoord aan te bieden en dat de instemming van de bewindvoerder daarvoor niet is vereist (art. 252 Fw).

3.8.2 Het oordeel van het hof komt erop neer dat Oi Coop zich met genoemde instemming

heeft gebonden aan het namens de groep in de RJ-procedure gedane aanbod voor een akkoord. Dit oordeel berust op een uitleg van het aanbod en van de betrokkenheid daarbij van Oi Coop, welke uitleg in verband met zijn feitelijke karakter in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. Onbegrijpelijk is die uitleg niet. Uitgaande van die uitleg is het oordeel van het hof dat sprake is van een daad van beheer of beschikking, juist. Bij die uitleg heeft Oi Coop immers met het aanbod mede de boedel willen binden (ten opzichte van in elk geval de andere vennootschappen van de groep), anders dan bij een aanbod als bedoeld in art. 252 Fw het geval is, met welk aanbod de schuldenaar uitsluitend zichzelf en niet de boedel bindt.

3.9.1 Onderdeel 5 keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.12 en 4.13 dat zich de in art. 242 lid 1, aanhef en onder 4°, Fw bedoelde grond voor intrekking van de surseance voordoet nu (het bestuur van) Oi Coop de bewindvoerder geen althans onvoldoende informatie verschaft waardoor de bewindvoerder onvoldoende inzicht krijgt in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en daardoor niet kan beoordelen of het aanvaarden van geconsolideerde herstructurering van de schulden in het kader van de RJ-procedure in het belang is van de boedel.

3.9.2 Anders dan de onderdelen 5a en 5b veronderstellen, berust het oordeel van het hof niet daarop dat Oi Coop zich niet heeft gehouden aan de aanbeveling van de rechtbank om de bewindvoerder in staat te stellen behoorlijk zijn taak te vervullen (rov. 8.20 van haar beschikking in eerste aanleg), maar op het nalaten van hetgeen naar het oordeel van de bewindvoerder door Oi Coop in het belang van de boedel moest worden gedaan in de zin van art. 242 lid 1, aanhef en onder 4°, Fw. Het hof verwijst in rov. 4.13 en 4.14 slechts naar de aanbeveling van de rechtbank ter nadere motivering van de verwijtbaarheid van het handelen van Oi Coop. De klachten van de onderdelen kunnen dus bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.9.3 Het oordeel van het hof dat Oi Coop de bewindvoerder voldoende inzicht behoorde te verschaffen in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en de geconsolideerde herstructurering van de schulden in het kader van de RJ-procedure, is juist. Het voorschrift van art. 228 lid 1 Fw dat de schuldenaar tijdens de surseance de medewerking van de bewindvoerder nodig heeft bij het beheer en de beschikking over zijn vermogen (de boedel), brengt immers mee dat de schuldenaar de bewindvoerder naar behoren zal moeten informeren omtrent hetgeen daarvoor van belang is. Zoals reeds volgt uit het hiervoor in 3.8.2 overwogene, zijn zowel de Braziliaanse akkoordonderhandelingen als de geconsolideerde herstructurering

aangelegenheden die naar de vaststelling van het hof de boedel betreffen. Het oordeel van het hof dat Oi Coop de bewindvoerder over beide onvoldoende heeft geïnformeerd, is feitelijk van aard en niet onbegrijpelijk. Ook onderdeel 5c faalt daarom.

3.10.1 Onderdeel 6 bestrijdt de belangenafweging die het hof in rov. 4.14 heeft gemaakt in het kader van art. 242 lid 1 Fw. Het hof heeft in dit verband de door Oi Coop voor een andere uitkomst aangevoerde argumenten onderzocht en deze onvoldoende dan wel ongegrond geoordeeld. Volgens het onderdeel heeft het hof hierbij onder meer ten onrechte niet of onvoldoende betrokken het belang van een geconsolideerde herstructurering in de RJ-procedure in Brazilië en de belangen van de schuldeisers van de Oi Groep als geheel.

3.10.2 Ook dit onderdeel faalt. Het hof heeft de door Oi Coop aangevoerde argumenten om de surseance niet in te trekken, met zoveel woorden in rov. 4.14 onderzocht, waarbij het, blijkens zijn overwegingen, ook de door het onderdeel genoemde belangen heeft betrokken en heeft meegewogen (zie ook hiervoor in 3.7.3). Zijn oordeel dat een en ander onvoldoende is om het verzoek om intrekking af te wijzen, berust op waarderingen van feitelijke aard en kan in cassatie dus niet op juistheid worden onderzocht. Onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is dat oordeel niet.

3.11 Onderdeel 7, dat eveneens is gericht tegen de belangenafweging van het hof in rov. 4.14, faalt omdat het hof, anders dan het onderdeel aanvoert, niet heeft miskend dat bij die afweging gewicht kan toekomen aan het feit dat de meerderheid van de schuldeisers voortzetting van de surseance wenst. Zijn oordeel berust erop (rov. 4.14, derde alinea) dat Oi Coop niet heeft onderbouwd dat dit feit zich voordoet en dat daarom geen beslissend belang kan worden toegekend aan het feit dat Citadel c.s. slechts een relatief kleine groep van notehouders vertegenwoordigen.

3.12 Onderdeel 8 bouwt voort op de voorgaande onderdelen en moet het lot daarvan delen.

4 *Beslissing*

De Hoge Raad verwierpt het beroep.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren G. Snijders, G. de Groot, C.E. du Perron en M.J. Kroeze, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 7 juli 2017.

Conclusie A-G mr. L. Timmerman:

1 *De feiten*

1.1. Uit de beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 2 februari 2017 (surseance-

nummer C/13/16/41 S) en de beschikking van het Hof Amsterdam van 19 april 2017 (zaaknummer 200.209.207/01) leid ik de hiernavolgende feiten af.¹

1.2. Oi Brasil Holdings Cooperatief U.A. (verder te noemen Oi Coop) is op 20 april 2011 opgericht en maakt onderdeel uit van een groep vennootschappen (de Oi Groep). Enig lid van Oi Coop is Oi S.A., moederverenootschap van de Oi Groep. De Oi Groep is een service provider in de telecommunicatiesector. De activiteiten van de Oi Groep vinden voornamelijk in Brazilië plaats, maar de Oi Groep is ook actief (geweest) in Portugal en diverse Afrikaanse landen. Op de telecomactiviteiten wordt in Brazilië toezicht gehouden door het Braziliaanse Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

1.3. De aandelen in Oi S.A. worden op de beurs van São Paulo Mercantile verhandeld en in ADR-formaat (*American Depositary Receipts*) op de New York Stock Exchange. Een deel van de financiering van de Oi Groep loopt via haar twee Nederlandse financieringsmaatschappijen: Oi Coop en Portugal Telecom International Finance B.V. (PTIF).

1.4. Oi Coop is een Nederlands financieringsvehikel binnen de Oi Groep. De activiteiten van Oi Coop bestaan uit (i) het aantrekken van financiering uit de internationale kapitaalmarkten, voornamelijk door het uitgeven van beursgenoteerde obligaties (de *notes*), (ii) het ontvangen van gelden van PTIF via een kredietovereenkomst die Oi Coop en PTIF op 2 juni 2015 zijn aangegaan en die van tijd tot tijd is aangepast (de PTIF lening) en (iii) het doorlenen van gelden die Oi Coop door middel van de *notes* heeft aangetrokken of van PTIF (door middel van de PTIF lening) heeft ontvangen.

1.5. De *notes* worden niet door een zekerheidsrecht gedekt. De *notes* zijn gegarandeerd door Oi S.A. Oi Coop heeft zelf geen operationele activiteiten en de *noteholders* kunnen uitsluitend worden betaald uit de inkomsten en opbrengsten gegenereerd door de operationele ondernemingen van de Oi Groep. Op grond van de garantie van Oi S.A. hebben de *noteholders* een directe vordering op Oi S.A.

1.6. Oi Coop heeft twee series obligaties uitgegeven. Oi Coop had op 20 juni 2016 obligaties uitgegeven voor in totaal circa € 1,9 miljard. Onder de PTIF lening heeft zij een schuld aan PTIF van circa € 3,8 miljard. Oi Coop heeft in totaal circa € 5,6 miljard uitgeleend aan Oi S.A. en Oi Móvel S.A.; circa € 4 miljard aan Oi S.A. in de periode van juni 2015 tot maart 2016 en circa € 1,6 miljard aan Oi Móvel in maart

2016 (hierna gezamenlijk aangeduid als de Coop transacties).

1.7. Oi Coop heeft op 20 juni 2016, tezamen met Oi S.A. en vijf andere groeps-vennootschappen, te weten PTIF, Oi Móvel, Telemar Norte Leste S.A., Copart 4 Participações S.A. en Copart 5 Participações S.A. een verzoekschrift ingediend voor de opening van een geconsolideerde gerechtelijke herstructureringsprocedure in Brazilië (*recuperação judicial*, hierna: de RJ-procedure). De Braziliaanse rechtbank heeft dit verzoek op 29 juni 2016 ingewilligd. Het doel van de RJ-procedure is om *going concern* de Oi Groep te herstructureren door middel van een met de schuldeisers onderhandeld en door de schuldeisers en de rechtbank goedgekeurd akkoord (RJ-akkoord) en zodoende liquidatie te voorkomen. Op 5 september 2016 is een geconsolideerd (ontwerp-)RJ-akkoord geïmplementeerd bij de rechtbank te Rio de Janeiro, Brazilië.

1.8. Citadel Horizon S.á.r.l., Citadel Equity Fund Ltd., Syzygy Capital Management Ltd. (Aurelius), Trinity Investments Designated Activity Company en York Global Finance Fund L.P. (hierna: Citadel c.s.) vormen samen de *Steering Committee* van een groep obligatiehouders, aangeduid als de 'International Bondholder Groep'. Het doel van deze groep is het nastreven van een herstructurering van de schulden van de Oi Groep in alle relevante jurisdicties met als uitgangspunt een eerlijke en billijke behandeling van houders van obligaties door Oi Coop met inachtneming van en overeenkomstig hun rechten.

2 Het procesverloop

2.1. Op 26 juli 2016 heeft Oi Coop de rechtbank verzocht om aanwijzing van een stille bewindvoerder. De rechtbank heeft dit verzoek ingewilligd en kenbaar gemaakt dat zij – in geval van opening van een insolventieprocedure – voornemens was om mr. J.R. Berkenbosch aan te stellen als bewindvoerder of curator en mr. W.F. Korthals Altes te benoemen tot rechter-commissaris. Deze regeling liep tot uiterlijk 9 augustus 2016.

2.2. Op 9 augustus 2016 heeft Oi Coop bij de rechtbank het verzoek ingediend haar (voorlopig) surseance van betaling te verlenen. Bij het verzoekschrift was een ontwerpakkoord gevoegd. Bij beschikking van 9 augustus 2016 werd aan Oi Coop voorlopig surseance van betaling verleend met benoeming van mr. J.R. Berkenbosch tot bewindvoerder en mr. W.F. Korthals Altes tot rechter-commissaris. Daarbij heeft de rechtbank gelast dat de in artikel 218 Fw bedoelde behandeling (crediteurenvergadering) niet zal plaatshebben en dat op 18 mei 2017 te 10:00 uur ten overstaan van de rechter-commissaris de raadpleging en stem-

¹ Beide beschikkingen zijn gepubliceerd en via rechtspraak.nl te vinden. Zie Rb. Amsterdam 2 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:645 en Hof Amsterdam 19 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1325.

ming over het aangeboden akkoord zal worden gehouden.

2.3. Bij verzoekschrift van 1 december 2016 en bij aanvullend verzoekschrift van 16 december 2016 heeft de bewindvoerder verzocht om intrekking van de voorlopig verleende surseance van betaling en het gelijktijdig uitspreken van het faillissement van Oi Coop. De bewindvoerder acht handhaving van de surseance niet (langer) in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van Oi Coop. De bewindvoerder is van mening dat intrekking van de voorlopig verleende surseance van betaling op basis van de navolgende gronden van art. 242 lid 1 Fw gerechtvaardigd is: (i) er is sprake van kwade trouw in het beheer van de boedel; (ii) Oi Coop tracht en heeft getracht haar schuldeisers te benadelen; (iii) er worden daden van beheer en beschikking ten aanzien van de boedel verricht zonder instemming van de bewindvoerder; (iv) Oi Coop handelt in strijd met wat naar het oordeel van de bewindvoerder in het belang van de boedel moet worden gedaan en (v) handhaving van de surseance is niet langer wenselijk. Citadel c.s. sluiten zich hierbij aan.

2.4. De rechtbank heeft de verzoeken van de bewindvoerder en Citadel c.s. afgewezen en heeft daartoe overwogen dat niet gesteld of gebleken is dat de schuldeisers beter af zullen zijn in geval de surseance wordt ingetrokken en Oi Coop failliet wordt verklaard en geen van de gronden voor intrekking van de surseance (artikel 242 lid 1 Fw) zich voordoet. De rechtbank heeft partijen ten slotte in overweging gegeven met elkaar in gesprek te gaan om de verwachtingen over en weer (opnieuw) met elkaar af te stemmen en om de bewindvoerder in staat te stellen zijn taak behoorlijk te vervullen.

2.5. Citadel c.s. zijn bij het Hof Amsterdam in hoger beroep gekomen tegen de beschikking van de rechtbank.

2.6. Voor zover in cassatie relevant, overweegt het hof in zijn beschikking van 19 april 2017 het volgende:

“2.1. Op de door partijen gedane verzoeken als vervat in de brieven van de bewindvoerder (16 maart 2017), van Oi Coop (20 maart 2017) en van Citadel c.s. (22 maart 2017) inzake openbaarheid van de zitting heeft het hof voorafgaand aan de zitting beslist. Deze beslissingen zijn meegedeeld aan betrokkenen per e-mail van 23 maart 2017 en bij brief van 24 maart 2017, die als volgt luiden. Naar analogie van artikel 220 van de Faillissementswet (Fw) heeft de behandeling van het onderhavige hoger beroep plaats in raadkamer. Zij die kunnen aantonen dat zij schuldeiser zijn, mogen de behandeling van het hoger beroep bijwonen. Ook de bewindvoerder van PTIF mag hierbij aanwezig zijn. Ten slotte heeft het hof op de voet van artikel 29 van het Wetboek van Burgerlijke

Rechtsvordering (Rv) bepaald dat het verboden is aan derden mededelingen te doen omtrent al hetgeen in raadkamer wordt verhandeld en de inhoud van de processtukken. Hoewel Oi Coop daarom heeft verzocht, is er geen aanleiding van deze beslissing terug te komen.

(...)

4. De beoordeling

4.4. Het hof overweegt als volgt. In artikel 218 lid 4 Fw is bepaald dat surseance nimmer definitief kan worden verleend, indien er gegronde vrees bestaat dat de schuldenaar zal trachten de schuldeisers tijdens de surseance te benadelen. Artikel 242 lid 1 sub 1 Fw bepaalt dat de surseance door de rechtbank kan worden ingetrokken, indien de schuldenaar zich, gedurende de loop der surseance, aan kwade trouw in het beheer van de boedel schuldig maakt. Deze twee bepalingen zien blijkens de daarin verwoorde tijdsbepaling op ontoelaatbaar handelen of nalaten van de schuldenaar tijdens de surseance. Een dergelijke tijdsbepaling is echter niet opgenomen in artikel 242 lid 1 sub 2 Fw: de surseance kan worden ingetrokken, indien de schuldenaar zijn schuldeisers tracht te benadelen. Dit duidt er op dat die tijdsbepaling niet geldt voor deze intrekkinggrond. Voorts zou een geval waarin een schuldenaar gedurende de surseance zijn schuldeisers zou trachten te benadelen al vallen onder zijn kwade trouw in het beheer van de boedel als bedoeld in artikel 242 lid 1 sub 1 Fw.

Dit brengt met zich dat het geval van sub 2 geen zelfstandige betekenis zou hebben uitgaande van de lezing van de rechtbank, hetgeen de wetgever niet beoogd zal hebben. Het ligt ook niet in de rede dat de wetgever niet mogelijk heeft willen maken dat de surseance beëindigd kan worden, indien de bewindvoerder tijdens zijn werkzaamheden handelen of nalaten van de schuldenaar voorafgaand aan de surseance die leiden tot benadeling van de schuldeisers, heeft ontdekt. In een dergelijk geval “verdient” de schuldenaar in beginsel niet een uitstel van betaling van zijn schuldeisers.

4.5. In dit verband is het volgende van belang. Het staat tussen partijen vast dat Oi Coop in de periode juni 2015 tot en met maart 2016 € 5,6 miljard heeft geleend aan Oi S.A. en Oi Móvel, waarvan € 1,6 miljard aan Oi Móvel enkele dagen voordat op 9 maart 2016 bekend werd gemaakt dat een financieel adviseur was aangesteld met het oog op een herstructurering van de schulden van de Oi Groep. Uit het uittreksel uit het handelsregister betreffende Oi Coop d.d. 22 december 2016 (productie I bij verzoekschrift van Citadel c.s.) volgt dat [betrokke-

ne] sinds 3 maart 2016 bestuurder van Oi Coop is. Voldoende aannemelijk is, gezien zijn zakelijke e-mailadres ([emailadres]@oi.net.br), dat hij een werknemer is van een van de leden van de Oi Groep, althans daarin een functie bekleedt. In het tweede openbare verslag van de bewindvoerder van 3 maart 2017 is onder 7.3 vermeld dat de lening van € 1,6 miljard aan Oi Móvel is verstrekt na de bestuurswissel per 3 maart 2016, hetgeen niet is weersproken door Oi Coop.

De bewindvoerder heeft voormelde leningen als paulianeus, althans onrechtmatig aangemerkt. Daargelaten of alle leningen aan (een van) deze kwalificaties voldoen, mede gezien het feit dat Oi Coop als financieringsvehikel binnen de Oi Groep ook het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming van de Oi Groep in ogenschouw heeft te nemen, is in ieder geval de lening van € 1,6 miljard zeer verdacht. Deze lening is namelijk kort voor de aankondiging van de herstructurering van de schulden van de Oi Groep verstrekt, waarbij verder van belang is de positie van Oi Coop als financieringsvehikel binnen de Oi Groep en de feitelijke betrokkenheid van de Oi Groep bij Oi Coop ten tijde van de verstreking van deze lening aangezien een van haar mensen toen sinds kort bestuurder van Oi Coop was. Op grond van deze feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, acht het hof aannemelijk dat het bestuur van Oi Coop wetenschap had van de financiële problemen van de Oi Groep toen zij de lening van € 1,6 miljard aan Oi Móvel verstrekte. Overigens stelt Oi Coop niet dat zij deze wetenschap niet had. Nu een herstructurering van schulden in beginsel ertoe leidt dat schuldeisers niet meer geheel, althans niet tijdig worden voldaan en Oi Coop wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Oi Móvel respectievelijk Oi S.A. niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar terugbetalingsverplichting jegens Oi Coop respectievelijk haar garantieverplichting jegens de noteholders zou kunnen voldoen, is voldoende aannemelijk dat sprake is van een benadelingshandeling als bedoeld in artikel 242 lid 2 sub 2 Fw. Hierbij is in aanmerking genomen dat Oi Coop blijkens het aangeboden (ontwerp-)RJ akkoord en het aangepaste (ontwerp-)RJ akkoord heeft ingestemd met geconsolideerde herstructurering van de schulden van de Oi Groep waarbij op haar vorderingen op Oi S.A. en Oi Móvel op grond van de Oi Coop transacties geen uitkering zal plaatsvinden, hetgeen (in ieder geval) voor de lening van € 1,6 miljard aan Oi

Móvel, gezien het benadelende karakter ervan, niet voor de hand ligt.

4.6. Bovendien is hier sprake van een daad van beheer of beschikking van Oi Coop betreffende een boedelbestanddeel, namelijk het door haar doen van een voorstel tot afstand van haar vorderingen op Oi S.A. en Oi Móvel, waarvoor ingevolge artikel 228 lid 1 Fw de toestemming van de bewindvoerder vereist was, terwijl Oi Coop die toestemming niet heeft gevraagd. Hiermee is voldaan aan de intrekkingsgrond van artikel 242 lid 1 sub 3 Fw.

(...)

4.12. Het hof constateert dat uit de onder 3.7 en 3.8 weergegeven correspondentie tussen de bewindvoerder en het bestuur van Oi Coop volgt dat Oi Coop niet bereid is tot het beantwoorden van de vragen van de bewindvoerder, die het hof ter zake dienend acht gezien zijn taak om met het bestuur van Oi Coop het beheer over haar zaken te voeren (artikel 215 lid 2 Fw) en ter vergadering verslag uit te brengen over het aangeboden akkoord (artikel 265 lid 1 Fw). Het moge zo zijn dat de RJ procedure een gecompliceerd proces is en dat de uitkomsten niet althans niet precies kunnen worden voorspeld, maar het antwoord van het bestuur van Oi Coop (zie hiervoor onder 3.8) getuigt van geen reële bereidheid om met de bewindvoerder daadwerkelijk en zinvol in overleg te treden over de financiële implicaties van het (ontwerp-) RJ akkoord voor de boedel. Deze onwil volgt ook uit het gegeven dat, naar niet is weersproken, het aangepaste (ontwerp-)RJ akkoord mede namens Oi Coop is ingediend, maar niet met de bewindvoerder is besproken. Ten slotte getuigt ook het antwoord van het bestuur van Oi Coop om pas vragen te beantwoorden "*as the restructuring process further develops and the required information becomes available*" van een passieve, afwachende houding van het bestuur van Oi Coop die zich de financiële consequenties van het naderend RJ akkoord laat welgevallen zonder, zoals van het bestuur mag worden verwacht, zich, in het belang van de boedel, in samenspraak met de bewindvoerder te beraden over de gevolgen van het voorgenomen RJ akkoord en daarvoor actief de nodige informatie te vergaren en met de bewindvoerder te delen.

4.13. Het hof onderkent dat Oi Coop als financieringsmaatschappij van de Oi Groep haar handelen wenst af te stemmen op de gerechtvaardigde belangen van de groep waartoe zij behoort, maar dit laat onverlet dat zij de belangen van haar eigen schuldeisers niet uit het oog mag verliezen. Daarmee is niet verenigbaar dat (het bestuur

van) Oi Coop de bewindvoerder geen althans onvoldoende informatie verschaft waardoor de bewindvoerder onvoldoende inzicht krijgt in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en daardoor niet kan beoordelen of het aanvaarden van geconsolideerde herstructurering van de schulden in het kader van de RJ procedure in het belang is van de boedel. Dit brengt met zich dat de hiervoor onder 4.11 omschreven handelingen en gedragingen van (het bestuur van) Oi Coop die in weerwil zijn van de aanbeveling van de rechtbank, een grond opleveren voor intrekking van de surseance op de voet van artikel 242 lid 1 sub 4 Fw.

4.14. (...) De door het hof gemaakte afweging van de betrokken belangen leidt ertoe dat de surseance moet worden ingetrokken en het faillissement moet worden uitgesproken. Gezien het aangepaste (ontwerp-) RJ akkoord, waarover de bestuursvoorzitter van Oi S.A. heeft meegedeeld *“This is the proposal we ‘ll send to the judge and put to a vote.”*, is thans, anders dan ten tijde van de bestreden beschikking (zie rov. 8.7 ervan), voldoende aannemelijk dat op de vorderingen van Oi Coop jegens Oi S.A. en Oi Móvel geen uitkering zal plaatsvinden.

Voorts heeft de aanbeveling van de rechtbank aan Oi Coop om met de bewindvoerder samen te werken en hem van de nodige informatie te voorzien om zijn taak behoorlijk te kunnen vervullen (zie rov. 8.20), zoals uit het voorgaande volgt, niet tot het gewenste resultaat geleid. De door Oi Coop in dit verband genoemde argumenten volgt het hof niet. Dat een aan te stellen curator geen per saldo (van Oi Coop en de garant Oi S.A.) hogere uitkeringen aan de schuldeisers zou kunnen bewerkstelligen dan waarin het (concept) RJ akkoord thans voorziet, staat, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet op voorhand vast. De vermeende negatieve fiscale gevolgen zijn gemotiveerd betwist en ontberen concrete en inzichtelijke onderbouwing. De stelling dat door het faillissement van Oi Coop de RJ procedure “ontwricht” zal worden, is evenmin concreet onderbouwd.

Dat Citadel c.s. volgens Oi Coop slechts een relatief kleine groep noteholders betreft is, daargelaten of dat inderdaad zo is, niet van beslissend belang, nu iedere schuldeiser de intrekking van de surseance kan verzoeken en Oi Coop niet heeft onderbouwd waarom het gegeven dat Citadel c.s. een kleine groep schuldeisers vertegenwoordigen ertoe moet leiden dat, in weerwil van het vooroverwogene, van de intrekking van de surseance en liet uitspreken van het faillissement moet worden afgezien (bijvoorbeeld omdat een meerderheid van de schuldeisers (die niet

tot de Oi-groep behoren) juist voorstander is van het handhaven van de surseance). Oi Coop werpt ten slotte op dat de uitspraak waarbij Oi Coop failliet wordt verklaard en een curator wordt aangesteld mogelijk niet erkend wordt in Brazilië. Wat daar ook van zij, daarin is geen grond gelegen om de boedel niet de gelegenheid te bieden dat door middel van een aan te stellen curator naar vermogen effectief opgekomen wordt voor zijn belang, waaronder dat van zijn schuldeisers.

4.15. De slotsom is dat de hiervoor behandelde grieven, van Citadel c.s. slagen en de bestreden beschikking zal worden vernietigd. De voorlopig verleende surseance van Oi Coop zal worden ingetrokken en Oi Coop zal in staat van faillissement worden verklaard.”

2.7. Oi Coop heeft op 1 mei 2017 een cassatieverzoekschrift ingediend bij de Hoge Raad. Op 9 juni heeft de curator een verweerschrift ingediend. Dat hebben op dezelfde datum ook Citadel c.s. gedaan. Op 13 juni 2017 heeft een mondelinge zitting plaatsgevonden waar diverse partijen en belanghebbenden het woord hebben gevoerd.

3 Inleiding

3.1. Voordat ik de cassatieklachten bespreek, maak ik de volgende algemene inleidende opmerkingen.

De te beantwoorden vraag

3.2. De onderhavige zaak en de parallelzaak over de surseance van PTIF zijn om diverse redenen bijzonder. Ten eerste spelen er zeer grote geldelijke belangen (miljarden).² Ten tweede hebben de zaken een internationale context. Aan PTIF en Oi Coop is door de Nederlandse rechter surseance van betaling verleend, maar zij zijn (zo dient in cassatie tot uitgangspunt) tegelijkertijd betrokken in een Braziliaanse herstructureringsprocedure (de RJ-procedure). De vraag is hoe beide procedures zich tot elkaar verhouden. Ten derde is in beide zaken sprake van spanning tussen de belangen van de Nederlandse vennootschappen (en hun schuldeisers) en de belangen van het concern (het Oi-concern) waartoe zij behoren. In de RJ-procedure is er namelijk sprake van een *geconsolideerde* herstructurering.

3.3. Toch is de zaak naar mijn mening in essentie niet ingewikkeld.

3.4. PTIF en Oi Coop zijn, hoewel zij deel uitmaken van het Oi-concern, *Nederlandse vennootschappen*, waaraan – op hun eigen verzoek – voorlopig surseance van betaling is verleend. Op deze surseances zijn onverkort de desbetreffende regels uit de Faillissementswet

² Zie rov. 3.5 van de beschikking van het hof.

van toepassing. Zo geldt dat PTIF en Oi Coop gedurende de surseance niet bevoegd zijn om buiten de bewindvoerder om daden van beheer of beschikking te verrichten (art. 228 lid 1 Fw). Uit art. 242 lid 1 aanhef en sub 3 Fw blijkt dat overtreding van deze bepaling een grond is voor intrekking van de surseance. In dit artikel zijn nog meer intrekkinggronden genoemd, zoals – kort gezegd – het benadelen van schuldeisers (sub 2) en nalaten te doen wat volgens bewindvoerder in het belang van de boedel gedaan moet worden (sub 4).

3.5. Het hof heeft in beide zaken geoordeeld dat zich meerdere van de in art. 242 lid 1 Fw genoemde intrekkinggronden voordoen. Het hof heeft daarnaast geoordeeld dat een afweging van de betrokken belangen leidt tot het oordeel dat de surseance moet worden ingetrokken en het faillissement uitgesproken. In de beide cassatieberoepen moet worden beoordeeld of het hof op juiste wijze toepassing heeft gegeven aan art. 242 Fw. De internationale context en het feit dat PTIF en Oi Coop deel uitmaken van een concern, doen daar niets aan af. Wel kunnen deze omstandigheden worden betrokken in de door de rechter uit te voeren belangenafweging.

Eén intrekkinggrond is voldoende

3.6. Als gezegd, heeft het hof in beide zaken geoordeeld dat sprake is van meerdere intrekkinggronden. Ik begrijp de beschikkingen zo, dat al deze gronden de intrekking, afgezien van de belangenafweging, zelfstandig kunnen dragen. Dat betekent dat het eventueel slagen van een cassatieklacht die op één van de intrekkinggronden is gericht, nog niet betekent dat het arrest niet in stand kan blijven.

De grondslag van de surseance van betaling

3.7. Ik zeg nog iets meer over de figuur van de surseance van betaling.

3.8. Surseance van betaling is een algemeen uitstel van betaling in het belang van de schuldenaar en van zijn schuldeisers.³ De rechtbank verleent de surseance dadelijk voorlopig, maar de surseance kan niet definitief verleend worden zonder de instemming van de meerderheid van de schuldeisers.⁴ Na de voorlopige verlening dienen de schuldeisers op korte termijn gehoord te worden.⁵

3.9. Het vertrouwen van de schuldeisers is belangrijk. De memorie van toelichting zegt:

“De grondslag van surséance is vertrouwen in de zaak en in den persoon des schuldenaars. Dat vertrouwen moet door zijn vermogen gewettigd, en door zijn schuldeisers geschonken worden.”⁶

3.10. Ook de wet zelf benadrukt het belang van het vertrouwen van de schuldeisers. Ik wijs behalve op het al genoemde art. 242 Fw (de intrekkinggronden) ook op art. 218 lid 4 Fw, dat onder meer bepaalt dat de surseance nimmer definitief verleend kan worden indien er gronde vrees bestaat dat de schuldenaar zal trachten de schuldeisers te benadelen.

3.11. Kortom, als het vertrouwen ontbreekt, is er geen plaats (meer) voor surseance van betaling.

De inzet van de procedures

3.12. Ik ga nu in op de inzet van de procedures.

3.13. Het verzoek de surseances in te trekken en direct de faillissementen uit te spreken is – in eerste aanleg – ingediend door zowel schuldeisers als de bewindvoerders. Zij hebben aangevoerd dat (de besturen van) PTIF en Oi Coop onvoldoende meewerken met de bewindvoerder en te veel gericht zijn op de belangen van het Oi-concern als geheel. Het vertrouwen van de schuldeisers ontbreekt. Faillietverklaring is volgens de betrokken schuldeisers en de bewindvoerders wenselijk omdat de faillissementscurator een sterkere positie heeft dan de bewindvoerder in surseance. In surseance verliest de schuldenaar niet het beheer en de beschikking over de boedel, alleen het *vrije* beheer en de *vrije* beschikking. De bewindvoerder is afhankelijk is van de medewerking van de schuldenaar. De schuldenaar kan niet handelen buiten de bewindvoerder om, maar andersom ook niet.⁷ Dit is anders in faillissement: de schuldenaar verliest het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel (art. 23 Fw).

3.14. De betrokken schuldeisers en de bewindvoerders menen dus dat de curatoren in faillissement effectiever zullen kunnen optreden. De – thans – curator van PTIF heeft tijdens de mondelinge behandeling in cassatie bijvoorbeeld gezegd door middel van voorlopige voorzieningen aandacht te willen vragen voor de bijzondere positie van de schuldeisers van PTIF en zich hard te willen maken voor een niet geconsolideerde stemming over het in Brazilië te bereiken akkoord.⁸ De – thans – curator van Oi Coop heeft onder meer gemeld de doorle-

³ Zie Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2014/16.1.

⁴ Zie art. 215 lid 2 en art. 218 lid 2 Fw.

⁵ Art. 215 lid 2 Fw. In dit geval heeft de rechtbank een ongebruikelijk lange termijn voor het horen van de schuldeisers bepaald. Zie ook de noot van R.J. van Galen in zijn annotatie bij de beschikking van de rechtbank in de Oi Coop-zaak in *JOR* 2017/116 onder 4.

⁶ Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II, p. 336.

⁷ Zie bijv. Wessels *Insolventierecht* VIII 2014.8148 en A.L. Leuftink, *Surséance van betaling* (1995), p. 51.

⁸ PN mr. Groenewegen vanaf 23.

ning van de gelden aan Oi S.A.⁹ met een beroep op de faillissementspauliana te willen vernietigen.¹⁰

De aard van de procedure

3.15. Tot slot van deze inleiding een opmerking over de aard van de procedure. Op procedures in het insolventierecht zijn de gewone beginselen en regels van het burgerlijk procesrecht niet onverkort van toepassing.¹¹ Insolventieprocedures kenmerken zich onder meer doordat zij zijn gericht op een snelle beslissing. Dat uit zich bijvoorbeeld in korte appel- en cassatietermijnen. Ook zijn de normale bewijsregels niet of niet onverkort van toepassing. De rechter neemt zijn beslissing doorgaans op basis van een “aannemelijkheidsoordeel”.¹² Ik zou willen aannemen dat, hoewel de rechter zijn beslissing vanzelfsprekend deugdelijk moet motiveren, aan deze motivering toch minder hoge eisen kunnen worden gesteld dan aan een gewone civiele procedure. Het voorgaande geldt ook voor procedures met betrekking tot surseance van betaling en dus ook voor de procedure op grond van art. 242 Fw.

4 De bespreking van het cassatiemiddel

4.1. Het cassatiemiddel bevat verscheidene onderdelen.

Onderdeel I.a

4.2. Onderdeel I.a klaagt dat het hof heeft miskend in rov. 2.1 van de beschikking en in zijn voorafgaande tussenbeslissing dat bij een behandeling in raadkamer van een verzoek tot intrekking op grond van art. 243 Fw (net als een verzoek op grond van art. 242 lid 1 Fw) enkel de in de wet genoemde partijen aanwezig mogen zijn.

4.3. Tegen de beslissing van het hof dat iedere schuldeiser van Oi Coop de mondelinge behandeling in raadkamer mag bijwonen staat vanwege de aard van de betrokken beslissing geen rechtsmiddel open. Het onderdeel gaat niet op.

Onderdeel I.b.

4.4. Onderdeel I.b klaagt als volgt. Door te oordelen dat art. 220 Fw naar analogie toegepast dient te worden bij een behandeling van een intrekkingverzoek in de zin van art. 243 Fw heeft het hof hetzij blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij heeft het zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemoti-

veerd. Art. 220 Fw betreft de behandeling van een hoger beroep tegen de beslissing omtrent de definitieve surseanceverlening. Het spreekt voor zich dat schuldeisers een dergelijke zitting mogen bijwonen. Omtrent de definitieve surseanceverlening vindt immers een schuldeisersstemming plaats (vgl. art. 218 lid 2 Fw). Bij de behandeling van een intrekkingverzoek vindt een dergelijke stemming door schuldeisers niet plaats. De analogische toepassing van art. 220 Fw op de onderhavige situatie valt niet te rijmen met het stelsel van de Faillissementswet. Voor zover analogische toepassing onder omstandigheden wel mogelijk zou zijn, is het oordeel van het hof onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

4.5. Het onderdeel faalt. Art. 220 Fw heeft betrekking op de behandeling van een hoger beroep tegen de beslissing tot definitieve surseanceverlening en bepaalt onder andere dat de behandeling daarvan in raadkamer plaatsvindt. Ik vind analogische toepassing van art. 220 Fw op het in art. 243 Fw geregelde hoger beroep tegen een beslissing over al dan niet intrekking van de surseance van betaling goed te verdedigen, omdat de rechter in het stelsel van de Faillissementswet vrijheid heeft in de wijze waarop hij een zaak wil behandelen. Hiermee is in lijn dat in een zaak waarin het hof over de intrekking van een surseance dient te beslissen, art. 220 Fw analogisch wordt toegepast.

Onderdeel I.c.

4.6. Onderdeel I.c klaagt dat, voor zover het hof heeft beslist dat ook derden (waaronder andere schuldeisers) bij de behandeling aanwezig mochten zijn, het daarbij de normen van gelijkheid van schuldeisers en de goede procesorde heeft geschonden door:

i. niet alle schuldeisers op te roepen en hen (tijdig) kenbaar te maken dat zij bij de behandeling aanwezig konden zijn;

ii. evenmin kenbaar te maken op welke wijze partijen dienden aan te tonen dat zij schuldeiser zijn (onder andere door na te laten een *voiting record date* te bepalen voor houders van obligaties), en

iii. anderen dan schuldeisers toe te laten, nu ook BNYM en de bewindvoerder van PTIF ter zitting zijn toegelaten en het woord mochten voeren.

4.7. Insolventieprocedures dienen met voortvarendheid te worden gevoerd. Het hof heeft daaraan ook uitvoering gegeven door op korte termijn een zitting te bepalen. Ik meen dat het hof bij het vormgeven van de zitting op voldoende wijze met de belangen van de verschillende betrokkenen heeft rekening gehouden. Het hof had de in het onderdeel genoemde formaliteiten in acht kunnen nemen. Dat zou echter ten koste zijn gegaan van de voortvarendheid die in insolventieprocedures ge-

9 Zie hiervoor, onder 1.6.

10 PN mr. Berkenbosch onder 4.2.

11 Zie bijv. hierover B.J. Engberts, *Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht* (diss. Leiden 2015), par. 2.5.

12 Zie bijv. B.J. Engerts, 'Insolventieprocedures in de schijnwerpers', *Tvl* 2016/10, p. 65-66.

wenst is. De aanpak van het hof is goed verdeelbaar. Het onderdeel faalt.

Onderdeel II

4.8. Onderdeel II bevat een rechtsklacht. Het onderdeel klaagt dat het hof in rov. 4.4 van de beschikking heeft miskend dat art. 242 lid 1 sub 2 Fw *niet* ziet op handelen of nalaten van de schuldenaar *voorafgaand* aan de (voorlopig verleende) surseance van betaling. Het hof heeft in rov. 4.5 geoordeeld dat voldoende aannemelijk is dat sprake is van een benadelingshandeling als bedoeld in art. 242 lid 1 sub 2 Fw, maar de gewraakte handeling vond plaats in de periode voorafgaand aan de surseance van betaling van Oi Coop.

4.9. Mijns inziens heeft het hof in rov. 4.4 op een heldere wijze uiteengezet waarom art. 242 lid 1 sub 2 Fw in die zin moet worden uitgelegd dat de intrekingsgrond van het trachten te benadelen van schuldeisers ook betrekking kan hebben op gedragingen van de schuldenaar die voor de surseance hebben plaatsgevonden. De betrokken overweging komt mij juist voor. Daarbij komt dat het hof in rov. 4.5 heeft overwogen dat Oi Coop *tijdens de surseance van betaling* heeft ingestemd met het aangepaste RJ-akkoord waarvan het gevolg is dat Oi Coop geen betaling zal ontvangen op haar vorderingen op Oi-groepsmaatschappijen. Die instemming met het zwaarwegende gevolg op zich is voldoende voor het aannemen van de intrekingsgrond als bedoeld in art. 242 lid 1 sub 2 Fw. Het middel faalt.

Onderdeel III.a

4.10. Onderdeel III.a voert een rechtsklacht aan tegen rov. 4.5 van de beschikking van het hof. Het onderdeel klaagt dat het hof in rov. 4.5 een onjuiste maatstaf heeft aangelegd voor de vaststelling van schuldeisersbenadeling in de zin van art. 242 lid 1 sub 2 Fw, zowel voor wat betreft het benadelingscriterium als het wetenschaps criterium. Het hof heeft een onjuiste maatstaf toegepast bij het *benadelingscriterium*, omdat voor de rechterlijke toets of sprake is van benadeling, net als bij art. 3:45 BW en art. 42 Fw een vermogensvergelijking dient te worden gemaakt.

4.11. Het onderdeel voert voorts aan dat voor de toetsing van de benadelingsvraag de omstandigheden van het geval van groot belang zijn. Ook dit heeft het hof miskend. De Oi Coop transacties en de versterking van intra-groep leningen zijn in het algemeen door de Nederlandse rechter in twee instanties (voorlopig) goedgekeurd. Beide instanties hebben in hun overwegingen meegenomen (i) de rol van Oi Coop als financieringsvehikel van de Oi Groep, (ii) het doel van Oi Coop en haar verplichting om fondsen te houden en door te lenen aan de operationele entiteiten van de Oi

Groep, evenals (iii) het feit dat de via Oi Coop en PTIF in de Oi Groep investerende partijen zich bewust zijn (of zouden moeten zijn) van de risico's, in het bijzonder vanaf het moment dat de financiële positie van de Oi Groep is verslechterd (wat voorafgaand aan de Oi Movel transactie reeds het geval was).

4.12. Het onderdeel werpt ook op dat het hof stelt dat het voor de vraag of sprake is van een intrekingsgrond als bedoeld in art. 242 lid 1 sub 2 Fw relevant is of sprake is van wetenschap van benadeling. Als maatstaf stelt het hof hiervoor de vraag of Oi Coop wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen (zgn. geobjectiverde wetenschap) dat Oi Móvel respectievelijk Oi S.A. niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar terugbetalingsverplichting jegens Oi Coop respectievelijk haar garantieverplichting jegens de obligatiehouders zou kunnen voldoen. Hiermee heeft het hof een onjuiste maatstaf aangelegd voor wat betreft de 'wetenschap' van benadeling. Art. 242 lid 1 sub 2 Fw vereist dat de schuldenaar tracht zijn schuldeisers te benadelen. Dat is een striktere toets dan de vraag of de schuldenaar behoorde te weten dat van benadeling sprake zou zijn. Immers, indien een schuldenaar niet weet dat een handeling benadelend is, kan onmogelijk gezegd worden dat hij tracht zijn schuldeisers te benadelen. Van trachten te benadelen kan slechts sprake zijn als de schuldenaar het oogmerk had om zijn schuldeisers te benadelen. Van dit oogmerk is geen sprake geweest

4.13. Ik merk over onderdeel IIIa het volgende op. Er zijn in de wetsgeschiedenis van art. 242 Fw en de jurisprudentie geen aanknopingspunten te vinden waaruit volgt dat bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van benadeling aan de zijde van de schuldeiser in de zin van art. 242 lid 2 Fw, uitgegaan dient te worden van de criteria die de wetgever heeft aangelegd voor pauliana ex art. 3:45 BW dan wel faillissementspauliana ex art. 42 Fw.¹³

4.14. Voor mij draait het erom of toepassing van de desbetreffende intrekingsgrond mogelijk is indien de rechter oordeelt dat benadeling van de schuldeisers aannemelijk is. Hierop wijst de weinig strikte maatstaf van het trachten te benadelen. Zo'n benadering is in overeenstemming met de aard van de insolventieprocedure (zie 3.15). Daarbij komt dat in geval er aanwijzingen zijn dat er van schuldeisersbenadeling sprake is, het aangewezen is dat een

¹³ Vgl: C.M. Harmsen, *Commentaar op Faillissementswet*, art. 242 Fw, onder nummer C.3.2. Benadeling Schuldeisers: "Titel II van de Faillissementswet kent geen paulianabepaling, maar handelen van de schuldenaar, waarbij hij tracht zijn schuldeisers te benadelen, is wel een grond voor intrekking van de surseance van betaling."

curator in de gelegenheid wordt gesteld hiernaar zelfstandig onderzoek te doen.

4.15. Gelet op het voorgaande kan de conclusie niet anders zijn dan dat de paulianatoets niet goed bij de door art. 242 lid 1 sub 2 Fw genoemde intrekingsgrond past. Het onderdeel faalt daarom. In het middelonderdeel wordt nog aangevoerd dat het hof bij het toepassen van de maatstaf "trachten te benadelen" onvoldoende rekening heeft gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval. Ik ben van oordeel dat hiervan geen sprake is. Het hof heeft in rov. 4.5 duidelijk uitgezet waarom het volgens hem aannemelijk is dat sprake is van een benadelingshandeling, zoals bedoeld in art. 242 lid 1 sub 2. Ik vind dat een alleszins begrijpelijke gedachtegang die terecht vooral aanknoopt aan de omstandigheid dat de Braziliaanse bestuur van Oi Coop bij het doorlenen van € 1,6 mld te eenzijdig de belangen van de Oi Groep lijkt te hebben behartigd en te weinig oog lijkt te hebben gehad voor de belangen van haar schuldeisers. De door het middelonderdeel genoemde bijzondere omstandigheden heeft het hof grosso modo meegewogen bij de in rov. 4.14 toegepaste belangenafweging die art. 242 Fw vereist. Ik vind dat een goed verdeigbare benadering.

4.16. Ik meen dat voor het trachten te benadelen in de zin van art. 242 lid 1 sub 2 Fw geen oogmerk op benadeling vereist is. Het oogmerkvereiste past niet goed bij de door mij voorgestane invulling van de maatstaf van de aannemelijkheid van schuldeisersbenadeling van art. 242 lid 1 sub 2 Fw. De door het hof in rov. 4.5 toegepaste maatstaf voor de wetenschap van benadeling is soepeler dan het oogmerkvereiste. Om deze reden vind ik die maatstaf niet onjuist.

Onderdeel IIIb

4.17. Onderdeel III.b klaagt dat indien het hof geen onjuiste maatstaf heeft aangelegd, het hof zijn oordeel omtrent de schuldeisersbenadeling in rov. 4.5 van de beschikking onvoldoende (begrijpelijk) heeft gemotiveerd. Het hof heeft onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd:

i. hoe de in het kader van de faillissementspauliana en de BW-pauliana relevante toets van vermogensvergelijking ligt besloten in de vooronderstelling dat een herstructurering van schulden in beginsel ertoe leidt dat schuldeisers niet meer geheel, althans niet tijdig worden voldaan. Met name is dit onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd nu de in het kader van de vermogensvergelijking met de hypothetische situatie te vergelijken daadwerkelijke situatie niet bekend is;

ii. waarom voor de toetsing van het benadelingscriterium i.c. niet (ook) wordt uitgegaan van de ten aanzien van de faillissementspauliana

en de BW-pauliana gebruikelijke *ex nunc* toets;

iii. waarom voor de toetsing van het benadelingscriterium en het wetenschaps- criterium de (nadelige) gevolgen van de met de Oi Móvel transactie samenhangende transacties niet zijn meegewogen en het hof voor de beoordeling van het benadelingscriterium dus niet de gevolgen van het samenhangende geheel van rechtshandelingen in onderling verband heeft beoordeeld;

iv. waarom voor de toetsing van het benadelingscriterium (meer concreet: voor de vraag of de schuldeisers beter af zouden zijn met of zonder de Coop transacties) niet is meegewogen welke uitkering de gezamenlijke crediteuren van Oi Coop met of zonder de Oi Móvel transactie in totaliteit (dus mede ten aanzien van de vorderingen uit hoofde van de Coop transacties gezamenlijk) zouden hebben ontvangen;

v. waarom het geobjectiveerde wetenschaps- criterium relevant zou zijn voor een beroep op art. 242 lid 1 sub 2 Fw;

vi. waarom voor het wetenschaps- criterium bij art. 242 lid 1 sub 2 Fw wordt uitgegaan van een norm die ziet op het niet ontvangen van (volle- dige) betaling door debiteuren, in plaats van verhaalsbenadeling van crediteuren, zoals wordt toegepast bij art. 3:45 BW of art. 42 Faillissementswet; en

vii. waarom het hof enkel de wetenschap van Oi Coop ten tijde van het aangaan van de Oi Móvel transactie (maart 2016) meeweegt, terwijl het hof voor de benadeling tot uitgangspunt lijkt te nemen welke gevolgen de herstructurering heeft voor terugbetaling van alle Oi Coop transacties (vanaf juni 2015).

4.18. Ik meen dat de kwesties i-vi op het uitgangspunt berusten dat op het geval van art. 242 lid 1 sub 2 de pauliana-normen dienen te worden toegepast. Dat uitgangspunt is onjuist. Ik verwijs naar 4.16 hierboven. Het onderdeel faalt in zoverre. Kwestie vii berust op een verkeerde lezing van de beschikking van het hof. In rov. 4.5 heeft het hof zijn gedachtegang over toepassing van art. 242 lid 1 sub 2 Fw toegepast op twee aangelegenheden die zich hebben voorgedaan: het overmaken van € 1,6 mld en het instemmen met een aangepast (ontwerp) akkoord waarvan het gevolg is dat Oi Coop geen betaling op haar groepsvorderingen zal ontvangen. Met die aangelegenheden heeft het hof voldoende onderbouwd dat er van benadeling in de zin van art. 242 lid 1 sub 2 Fw sprake is geweest.

Onderdeel IV

4.19. Onderdeel IV richt rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 4.6 van de beschikking van het hof. Het onderdeel klaagt dat het oordeel in rov. 4.6 dat sprake is van een daad van

beheer of beschikking en zodoende voldaan is aan de intrekingsgrond van art. 242 lid 1 sub 3 Fw blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting (mede in het licht van art. 228 lid 1 Fw) dan wel onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Het hof maakt niet duidelijk op welk 'voorstel tot afstand van haar vorderingen' rov. 4.6 betrekking heeft. Dit kan zowel het Nederlandse ontwerpakkoord als het Braziliaanse RJ-Plan zijn, nu het Nederlandse akkoord een spiegeling inhoudt van het Braziliaanse RJ-Plan. Indien dit oordeel betrekking heeft op het Nederlandse ontwerpakkoord, is het hof daarmee uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. De schuldenaar is bevoegd om gedurende de surseance een akkoord aan te bieden. Hiervoor is instemming van de bewindvoerder niet vereist (art. 252 Fw).

4.20. Indien het hof niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, heeft het zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, nu niet door het hof is vastgesteld (en door Oi Coop is betwist) dat in het (ontwerp) RJ-Plan afstand wordt gedaan van vorderingen. In ieder geval is 's hofs oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd doordat het niet (voldoende kenbaar) ingaat op de stellingen van Oi Coop, waaronder de volgende stellingen:

i. Het eerste concept van het RJ-Plan is een (voorlopig) ontwerp waarover nog onderhandeld wordt. Het gaat reeds daarom niet om een daad van beheer of beschikking met betrekking tot de boedel van Oi Coop.

ii. De bewindvoerder is door Oi Coop geïnformeerd over indiening van het RJ-Plan. De bewindvoerder heeft hiertegen geen bezwaar gemaakt. Oi Coop heeft de bewindvoerder – in zijn hoedanigheid van stille bewindvoerder – voorafgaand aan de surseance geïnformeerd over het voornemen om het RJ-Plan in te dienen. Bovendien hebben de Oi Groep en de bewindvoerder, voordat het RJ-Plan ingediend werd, in Brazilië overleg gehad, waarbij de inhoud van het ontwerp RJ-Plan aan de bewindvoerder is gepresenteerd en hij heeft erkend dat de indiening nodig was om een faillissement te vermijden. In dat licht is onbegrijpelijk 's hofs oordeel dat het ontwerp RJ-plan zonder medewerking van de bewindvoerder is ingediend.

iii. Het hof heeft vastgesteld dat uit het ontwerp RJ-Plan volgt dat Oi Coop geen uitkering zal ontvangen op haar vorderingen op Oi Móvel en Oi SA. Dat is op zichzelf juist, omdat die vorderingen, zoals door Oi Coop gesteld, niet worden betrokken in het akkoord. Terecht heeft het hof niet als feit vastgesteld dat onderdeel van het RJ-Plan is dat afstand wordt gedaan van deze vorderingen, nu dit door Oi Coop is betwist. Oi Coop heeft gesteld dat haar actief (waaronder dus deze vorderingen op Oi SA en Oi Móvel) niet in het akkoord wordt betrokken

en dus (nadrukkelijk) ook niet wordt prijsgegeven. Een verdergaand debat over de inhoud van het RJ-Plan heeft in het kader van het hoger beroep niet plaatsgevonden. In het licht van zowel de door het hof vastgestelde feiten als de door Oi Coop ingenomen stellingen, is onbegrijpelijk 's hofs oordeel dat Oi Coop (een voorstel tot) afstand zou hebben gedaan in het ontwerp RJ-Plan.

4.21. De centrale vraag is of het hof tot het oordeel kon komen dat sprake is van een daad van beheer of beschikking in de zin van art. 228 lid 1 Fw. Voor de begrippen beheer en beschikking kan aansluiting worden gezocht bij de uitleg van art. 23 Fw.¹⁴ Dit artikel bepaalt dat de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn vermogen verliest. Onder beschikken valt het overdragen, bezwaren, inhoudelijk veranderen of opgeven van een vermogensrecht, althans van een bestanddeel van het faillissementsvermogen.¹⁵ Beheer is een ruimer begrip. Er vallen ook feitelijke handelingen onder, zoals het doen van een voorstel voor een RJ-akkoord.

4.22. In rov. 4.6 heeft het hof als daad van beheer of beschikking van Oi Coop aangemerkt het doen van een voorstel tot afstand van haar vorderingen op Oi S.A. en Oi Movel. Ik ga er vanuit dat het hof hier op de aangekondigde indiening van het *aangepaste* (ontwerp-)RJ-akkoord doelt en dus niet het (ontwerp)akkoord dat al vóór de verlening van de surseance was ingediend. Dat blijkt wat mij betreft genoegzaam uit het geheel van de beschikking van het hof en in het bijzonder uit rov. 4.12, waarin het hof expliciet spreekt over het *aangepaste* (ontwerp-)RJ-akkoord.

4.23. Verder meen ik dat het hof terecht ervan uitgegaan is dat dit *aangepaste* (ontwerp) akkoord mede namens Oi Coop is ingediend. Het hof heeft onbestreden vastgesteld (zie rov. 3.6) dat Oi Coop samen met de andere groepsmaatschappijen het verzoekschrift tot opening van de RJ-procedure heeft ingediend, waarbij het oorspronkelijke RJ-akkoord is gedeponeerd. Het hof kon er, gelet daarop, van uitgaan dat Oi Coop ook betrokken is geweest bij de aanpassing van het RJ-akkoord (zie rov. 4.13).

4.24. Ik begrijp het oordeel van het hof aldus, dat de goedkeuring van het bestuur van Oi Coop binnen de Oi Groep tot het doen van een geconsolideerd akkoord binnen de RJ-procedure, een daad van beheer of beschikking is. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste

¹⁴ Vgl. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, p. 466.

¹⁵ Zie bijv. C. den Besten, in: Commentaar Insolventierecht, art. 23 Fw, aant. C1 (digitale versie).

rechtsopvatting.¹⁶ Zoals het hof onbestreden heeft vastgesteld, is één van de gevolgen van het (aangepaste) akkoord dat Oi Coop geen uitering van ontvangen op haar vordering op Oi Coop (zie rov. 3.6). Hieruit leidt het hof kennelijk af dat Oi Coop de facto afstand zal doen van haar vorderingsrechten op Oi S.A. en Oi Móvel. Ik vind dat geen onbegrijpelijke gevolgtrekking. Dat dit gevolg thans nog niet is ingetreden omdat het RJ-akkoord nog niet definitief tot stand is gekomen, maakt dit niet anders. Minst genomen is er – ook nu al – sprake van een daad van beheer. Hierbij is uiteraard van belang dat uit rov. 4.12 blijkt dat het hof – naar in cassatie onbetwist vaststaat – heeft aangenomen dat de bewindvoerder geen toestemming heeft verleend aan de bestuurder van Oi Coop om aan het (aangepaste) akkoord mee werken.

4.25. Anders dan Oi Coop stelt, heeft het hof niet miskend dat het aanbieden van een akkoord de exclusieve bevoegdheid van de schuldenaar is. De daad van beschikking of beheer waarop het hof doelt ziet immers niet op het aanbieden van een akkoord aan de schuldeisers van Oi Coop in de zin van art. 252 Fw, maar op het binnen de Oi Groep instemmen met een geconsolideerd RJ-akkoord aan de geconsolideerde schuldeisers.

4.26. Op grond van het voorgaande, acht ik de klachten van onderdeel IV ongegrond.

Onderdeel V.a

4.27. Onderdeel V.a keert zich met een rechtsklacht tegen rov. 4.13 van de beschikking. Het onderdeel klaagt dat het hof in rov. 4.13 heeft miskend dat de handelingen 'in weerwil van een 'aanbeveling' van de rechtbank (zoals door de rechtbank gegeven in rov. 8.20 van haar beschikking) niet kwalificeren als een 'nalaten te doen' wat door de rechtbank aan hem is 'opgelegd' in de zin van art. 242 lid 1 sub 4 Fw.

Onderdeel V.b

4.28. Onderdeel V.b klaagt dat voor zover het hof in rov. 4.13 van de beschikking art. 242 lid 1 sub 4 Fw *niet* heeft miskend, het zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) heeft gemotiveerd waar het heeft geoordeeld dat de rechtbank een aanbeveling heeft gedaan en dat de schuldenaar die aanbeveling niet zou hebben opgevolgd en dat deze aanbeveling kan worden gekwalificeerd als een oplegging in de zin van art. 242 lid 1 sub 4 Fw. In de toelichting op de klacht wordt aangevoerd dat uit de voorafgaande overweging van de rechtbank duidelijk

volgt dat de rechtbank de aanbeveling ook niet als 'bevel' aan Oi Coop heeft bedoeld.

4.29. De onderdelen V.a en V.b lopen vast op het volgende: volgens art. 242 lid 1 sub 4 Fw kan de surseance worden ingetrokken indien de schuldenaar

“nalaat te doen, wat in de bepalingen, door de rechtbank bij het verlenen der surseance of later gesteld, aan hem is opgelegd of wat naar het oordeel der bewindvoerders door hem in het belang des boedels moet worden gedaan”.

De betrokken onderdelen gaan er blijkbaar vanuit dat het hof de aanbeveling van de rechtbank in rov. 8.20 heeft beschouwd als een door de rechtbank opgelegde bepaling zoals bedoeld in art. 242 lid 1 sub 4 Fw is en dat het hof zijn oordeel heeft gebaseerd op schending van deze bepaling. Ik meen echter dat het hof het andere deel van art. 242 lid 1 sub 4 Fw als dragende grond heeft gebruikt: nalaten te doen wat naar het oordeel der bewindvoerders door hem in het belang des boedels moet worden gedaan. Ik verwijs naar het slot van rov. 4.12. Dit nalaten van Oi Coop heeft het hof in rov. 4.12 en 4.13 beschreven.

Onderdeel V.c

4.30. Het onderdeel klaagt dat het hof daarbij niet (kenbaar) meegewogen de stellingen van Oi Coop, dat:

i. de bewindvoerder en Oi Coop (en de Oi Groep) na de beschikking van de rechtbank diverse keren overleg hebben gevoerd (onder meer per videoconferentie);

ii. Oi Coop, voor zover mogelijk, altijd (en zeker in de periode van de aanbeveling van de rechtbank) heeft geprobeerd tegemoet te komen aan de informatieverzoeken en -eisen van de bewindvoerder. In dit verband verwijst het onderdeel naar een zestal (a t/m f) acties die Oi Coop zou hebben ondernomen;

iii. de bewindvoerder de door Oi Coop opnieuw toegestuurde werkmodus (die door de rechtbank in rov. 8.15 van haar beschikking redelijk werd geacht) en de bewindvoerder zijn input op deze werkmodus pas twee werkdagen voor de mondelinge behandeling bij het hof en na het indienen van zijn zienswijze heeft gegeven.

4.31. Ook dit middelonderdeel kan niet slagen. De door het hof in rov. 4.12 en 4.13 vastgestelde handelwijzen van Oi Coop leveren op zich voldoende grond op voor toepassing van de intrekkinggrond van art. 242 lid 1 sub 4.

Onderdeel VI

4.32. Onderdeel VI bevat een rechts- en een motiveringsklacht. Het onderdeel klaagt dat het hof in rov. 4.14 van de beschikking de maatstaf van art. 242 Fw – de belangenafweging die in dat artikel besloten ligt (“kan”) – heeft mis-

¹⁶ Zie ook: R.J. van Galen in zijn annotatie bij de beschikking van de rechtbank in de Oi Coop-zaak in *JOR* 2017/116.

kend. Althans heeft het hof de van belang zijnde betrokken belangen onvoldoende (kenbaar) meegewogen in zijn beoordeling. Daarmee heeft het hof ook onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang omtrent de belangenafweging. Bij de invulling van deze discretionaire bevoegdheid dient de rechter een volledige afweging van de belangen van partijen te maken. Het hof heeft dit miskend. In rov. 4.14 heeft het hof slechts een aantal door Oi Coop aangevoerde argumenten genoemd, zonder deze (kenbaar) af te wegen tegen de belangen van Citadel c.s. Daarbij heeft het hof in elk geval miskend (althans zich onvoldoende rekenschap gegeven van het feit) dat Oi Coop tezamen met haar groepsvennootschappen onderworpen is aan een Braziliaanse insolventieprocedure en dat Oi Coop slechts haar crediteuren kan betalen als de schulden van de Oi Groep succesvol zijn geherstructureerd zodat die entiteiten als *going concern* kunnen voortbestaan. Het hof heeft verzuimd om de belangen van de schuldeisers van de Oi Groep daarbij voldoende mee te wegen. Daarnaast heeft het hof miskend dat er ook schuldeisers van Oi Coop zijn, waaronder Oi Coop's belangrijkste schuldeiser (PTIF), die geen voorstander waren van het intrekkingverzoek. Indien het hof in rov. 4.14 heeft geoordeeld dat in de belangenafweging alleen de mening van schuldeisers die niet tot de Oi-groep behoren, relevant zou zijn, geeft 's hofs oordeel daarmee blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Tot slot heeft het hof miskend dat de uiteindelijke omvang van de uitkering aan schuldeisers onder het RJ-Plan en het Nederlandse surseanceakkoord van Oi Coop nog niet vast staat, omdat Oi Coop nog onderhandelt met de schuldeisers (waaronder Citadel c.s.).

4.33. Art. 242 lid 3 Fw bepaalt dat beschikking tot intrekking van de surseance van betaling met redenen is omkleed. In rov. 4.14 heeft het hof uitvoerig uiteengezet waarom het van oordeel is dat in het onderhavige geval intrekking van de surseance gerechtvaardigd is. Daarbij heeft het hof ook aandacht besteed aan een aantal argumenten die tegen de intrekking pleiten. Iedere motivering kan uitvoeriger. Ik meen dat het hof in rov. 4.14 in voldoende mate inzicht in zijn gedachtegang heeft gegeven.

Onderdeel VII

4.34. Onderdeel VII klaagt dat het hof in rov. 4.14 heeft miskend dat in de belangenafweging die de rechter op grond van art. 242 Fw dient te maken wel degelijk gewicht toekomt aan de vraag of een meerderheid van schuldeisers intrekking van de surseance van betaling wenselijk vindt.

4.35. Art. 242 Fw sluit niet dat bij de belangenafweging die relevant is voor het antwoord op de vraag of een intrekking van de surseance

van betaling dient plaats te vinden gewicht toekomt aan het gegeven dat een meerderheid van de schuldeisers de intrekking niet wenselijk vindt. Het hof heeft mijns inziens terecht overwogen dat deze factor niet van beslissend belang hoeft te zijn. Hierbij heeft het hof op begrijpelijke gronden overwogen dat de argumenten die in het onderhavige geval pleiten voor de intrekking van de surseance een zwaarder gewicht hebben.

Onderdeel VIII

4.36. Onderdeel VIII voert aan dat het slagen van elke voorgaande afzonderlijke klacht dient te leiden tot vernietiging en verwijzing. Het onderdeel voert daartoe aan dat indien één van de voorgaande klachten slaagt, één van de gronden wegvalt op grond waarvan het hof tot de afweging is gekomen dat intrekking van de surseance van betaling wenselijk was. Er kan dan niet worden uitgesloten dat bij het ontbreken van deze grond de onder klacht VI en VII genoemde belangenafweging door het hof anders zou (zijn) uit(ge)vallen.

4.37. Deze klacht heeft verder geen bespreking omdat naar mijn inzicht geen van de aangevoerde klachten slaagt.

5 De conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden

RI 2017/72

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

7 juli 2017, nr. 17/02165

(Mrs. E.J. Numann, G. Sniijders, G. de Groot, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; A-G mr. L. Timmerman)

Art. 228, 242 en 243 Fw

ECLI:NL:PHR:2017:526

ECLI:NL:PHR:2017:527

ECLI:NL:HR:2017:1281

Intrekking voorlopige surseance. Internationale herstructurering.

Is intrekking van voorlopige surseance van betaling mogelijk? Wat is de verhouding met een buitenlandse herstructureringsprocedure?

De Oi Groep is een van de grootste telecomserviceproviders ter wereld, gevestigd in Brazilië. Het in Nederland gevestigde Portugal Telecom International Finance B.V. (PTIF) is een groepsfinancieringsmaatschappij. Zij heeft obligaties uitgegeven voor € 3,9 miljard, waarvan zij € 3,8 miljard heeft doorgeleend aan mede groepsfinancieringsmaatschappij Oi Coop. Oi Coop leen-

kend. Althans heeft het hof de van belang zijnde betrokken belangen onvoldoende (kenbaar) meegewogen in zijn beoordeling. Daarmee heeft het hof ook onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang omtrent de belangenafweging. Bij de invulling van deze discretionaire bevoegdheid dient de rechter een volledige afweging van de belangen van partijen te maken. Het hof heeft dit miskend. In rov. 4.14 heeft het hof slechts een aantal door Oi Coop aangevoerde argumenten genoemd, zonder deze (kenbaar) af te wegen tegen de belangen van Citadel c.s. Daarbij heeft het hof in elk geval miskend (althans zich onvoldoende rekenschap gegeven van het feit) dat Oi Coop tezamen met haar groepsvennootschappen onderworpen is aan een Braziliaanse insolventieprocedure en dat Oi Coop slechts haar crediteuren kan betalen als de schulden van de Oi Groep succesvol zijn geherstructureerd zodat die entiteiten als *going concern* kunnen voortbestaan. Het hof heeft verzuimd om de belangen van de schuldeisers van de Oi Groep daarbij voldoende mee te wegen. Daarnaast heeft het hof miskend dat er ook schuldeisers van Oi Coop zijn, waaronder Oi Coop's belangrijkste schuldeiser (PTIF), die geen voorstander waren van het intrekkingverzoek. Indien het hof in rov. 4.14 heeft geoordeeld dat in de belangenafweging alleen de mening van schuldeisers die niet tot de Oi-groep behoren, relevant zou zijn, geeft 's hofs oordeel daarmee blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Tot slot heeft het hof miskend dat de uiteindelijke omvang van de uitkering aan schuldeisers onder het RJ-Plan en het Nederlandse surseanceakkoord van Oi Coop nog niet vast staat, omdat Oi Coop nog onderhandelt met de schuldeisers (waaronder Citadel c.s.).

4.33. Art. 242 lid 3 Fw bepaalt dat beschikking tot intrekking van de surseance van betaling met redenen is omkleed. In rov. 4.14 heeft het hof uitvoerig uiteengezet waarom het van oordeel is dat in het onderhavige geval intrekking van de surseance gerechtvaardigd is. Daarbij heeft het hof ook aandacht besteed aan een aantal argumenten die tegen de intrekking pleiten. Iedere motivering kan uitvoeriger. Ik meen dat het hof in rov. 4.14 in voldoende mate inzicht in zijn gedachtegang heeft gegeven.

Onderdeel VII

4.34. Onderdeel VII klaagt dat het hof in rov. 4.14 heeft miskend dat in de belangenafweging die de rechter op grond van art. 242 Fw dient te maken wel degelijk gewicht toekomt aan de vraag of een meerderheid van schuldeisers intrekking van de surseance van betaling wenselijk vindt.

4.35. Art. 242 Fw sluit niet dat bij de belangenafweging die relevant is voor het antwoord op de vraag of een intrekking van de surseance

van betaling dient plaats te vinden gewicht toekomt aan het gegeven dat een meerderheid van de schuldeisers de intrekking niet wenselijk vindt. Het hof heeft mijns inziens terecht overwogen dat deze factor niet van beslissend belang hoeft te zijn. Hierbij heeft het hof op begrijpelijke gronden overwogen dat de argumenten die in het onderhavige geval pleiten voor de intrekking van de surseance een zwaarder gewicht hebben.

Onderdeel VIII

4.36. Onderdeel VIII voert aan dat het slagen van elke voorgaande afzonderlijke klacht dient te leiden tot vernietiging en verwijzing. Het onderdeel voert daartoe aan dat indien één van de voorgaande klachten slaagt, één van de gronden wegvalt op grond waarvan het hof tot de afweging is gekomen dat intrekking van de surseance van betaling wenselijk was. Er kan dan niet worden uitgesloten dat bij het ontbreken van deze grond de onder klacht VI en VII genoemde belangenafweging door het hof anders zou (zijn) uit(ge)vallen.

4.37. Deze klacht heeft verder geen bespreking omdat naar mijn inzicht geen van de aangevoerde klachten slaagt.

5 De conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden

RI 2017/72

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

7 juli 2017, nr. 17/02165

(Mrs. E.J. Numann, G. Sniijders, G. de Groot, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; A-G mr. L. Timmerman)

Art. 228, 242 en 243 Fw

ECLI:NL:PHR:2017:526

ECLI:NL:PHR:2017:527

ECLI:NL:HR:2017:1281

Intrekking voorlopige surseance. Internationale herstructurering.

Is intrekking van voorlopige surseance van betaling mogelijk? Wat is de verhouding met een buitenlandse herstructureringsprocedure?

De Oi Groep is een van de grootste telecomserviceproviders ter wereld, gevestigd in Brazilië. Het in Nederland gevestigde Portugal Telecom International Finance B.V. (PTIF) is een groepsfinancieringsmaatschappij. Zij heeft obligaties uitgegeven voor € 3,9 miljard, waarvan zij € 3,8 miljard heeft doorgeleend aan mede groepsfinancieringsmaatschappij Oi Coop. Oi Coop leen-

de geld door aan groepsvennootschappen. Terugbetaling van de obligaties is gegarandeerd door Oi S.A., de moedervennootschap van de Oi Groep. Op 29 juni 2016 is een geconsolideerde, gerechtelijke herstructureringsprocedure van Oi Groep in Brazilië geopend. Daarin is op 5 september 2016 een herstructureringsvoorstel ingediend. Uit het voorstel volgt dat PTIF geen uitkering zal ontvangen op haar vordering op Oi Coop. Op 3 oktober 2016 is aan PTIF voorlopige surseance van betaling verleend. De bewindvoerder en appellant, als vertegenwoordiger van schuldeisers van Oi Coop, hebben de rechtbank verzocht om intrekking van de voorlopige surseance onder gelijktijdige faillietverklaring van PTIF. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen. Zij meent dat de crediteuren niet beter af zijn in een faillissement en dat zich geen gronden voor intrekking als bedoeld in art. 242Fw voordoen. De crediteur is in beroep gekomen. Het hof heeft het verzoek alsnog toegewezen. PTIF heeft cassatieberoep ingesteld.

HR: Art. 243 lid 3 Fw staat er niet aan in de weg dat de rechter naast de in dat artikel genoemde personen (verzoeker, schuldenaar en bewindvoerder) andere belanghebbenden oproept.

Aan de orde is de verhouding tussen de Nederlandse surseance van betaling en de poging tot een geconsolideerde herstructurering van de Oi Groep in Brazilië. Bij gebreke van een (toepasselijke) internationale of een bijzondere nationale regeling in andere zin blijft op PTIF als in Nederland gevestigde vennootschap het Nederlandse faillissementsrecht van toepassing, ook al behoort zij tot een internationale groep van met elkaar verbonden vennootschappen die het centrum van zijn belangrijkste belangen in het buitenland heeft en ten aanzien waarvan in dat buitenland een herstructureringsprocedure loopt. Waar de wet daarvoor de ruimte laat, zoals bij de belangenafweging op grond van art. 242 lid 1 Fw kan met die buitenlandse herstructureringsprocedure wel rekening worden gehouden. De bewindvoerder en de curator kunnen in zo'n geval bij hun beleid mede rekening houden met de belangen van de groep als geheel en van de schuldeisers van de groep als geheel. Het oordeel van het hof dat de instemming van PTIF met het Braziliaanse (ontwerp)akkoord, op grond waarvan geen uitkering op de vorderingen van PTIF zal plaatsvinden, een daad van de heer of beschikking is, is juist (art. 242 lid 1 sub 3 Fw). De voorgeschreven medewerking van de bewindvoerder brengt een informatieplicht met zich. Het verzoek van PTIF aan de Braziliaanse rechter de bewindvoerder te verbieden zich met de herstructurering te bemoeien, is daarmee onvermijdelijk. PTIF heeft zich daardoor schuldig gemaakt aan kwade trouw (art. 242 lid 1 sub 1 Fw). Tevens dient PTIF de bewindvoerder over de her-

structurering voldoende te informeren (art. 242 lid 1 sub 4 Fw).

Zie ook:

- HR 7 juli 2017, RI 2017/71: verwante zaak;
- Hof Amsterdam 19 april 2017, RI 2017/60 en 61: deze zaak;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2015, RI 2015/54 (Spyker);
- B. Wessels, *Surseance van betaling* (Wessels Insolventierecht nr. VIII), 2014, par. 8232-8233.

Zie anders:

- Rb. Amsterdam 2 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:645, JOR 2017/116 met kritische noot Van Galen: deze zaak.

Wenk:

Zie wenk onder HR 7 juli 2017, RI 2017/71. (J.A. Stal)

Beschikking in de zaak van:

Portugal Telecom International Finance B.V., gevestigd te Amsterdam, verzoekster tot cassatie, hierna PTIF, advocaat: mr. R.M. Hermans, tegen

1. Citicorp Trustee Company Ltd., gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk, verweerster in cassatie, hierna Citicorp, advocaat: mr. J.W.H. van Wijk,
2. Mr. J.L.M. Groenewegen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Portugal Telecom International Finance B.V., kantoorhoudende te Amsterdam, belanghebben in cassatie, hierna curator van PTIF, advocaat: mr. T.T. van Zanten,
3. Oi Brasil Holdings Cooperatief U.A., gevestigd te Amsterdam, belanghebben in cassatie, advocaat: mr. B.I. Kraaijpoel,
4. Mr. J.R. Berkenbosch, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A., kantoorhoudende te Amsterdam, belanghebbende in cassatie, hierna curator van Oi Coop, advocaat: mr. J.P. Heering,
5. Citadel Equity Fund Ltd., gevestigd te Grand Cayman (Kaaiman Eilanden),
6. Capricorn Capital Ltd., gevestigd te Grand Cayman (Kaaiman Eilanden),
7. Trinity Investments Designated Activity Company, gevestigd te Dublin, Ierland,
8. York Global Finance Fund, gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk,
9. Monarch Master Funding 2 (Luxembourg) S.à.r.l., belanghebbenden in cassatie, hierna gezamenlijk Citadel c.s., advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel,
10. Golden Tree Asset Management Llp., gevestigd te New York, Verenigde Staten, belanghebbende in cassatie, advocaat: mr. Chr.F. Kroes,

11. Pedra da Gavea Co Ltd., gevestigd te Toronto, Canada, belanghebbende in cassatie, advocaat: mr. C.J.A. Seinen,
12. Citco Nederland B.V., gevestigd te Amsterdam, belanghebbende in cassatie, niet verschenen.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de beschikking in de zaak C/13/16/43 S van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2017;
 - b. de beschikking in de zaak 200.209.198/01 van het gerechtshof Amsterdam van 19 april 2017.
- (...)

2 *Het geding in cassatie*

Tegen de beschikking van het hof heeft PTIF beroep in cassatie ingesteld. (...)

De Advocaat-Generaal L. Timmerman heeft geconcludeerd om voor de mondelinge behandeling van het cassatieberoep op te roepen: Citicorp, de curator van PTIF, (de curator van) Oi Coop, Citadel c.s., Golden Tree, Pedra da Gavea en Citco.

De Hoge Raad heeft Citicorp, de curator van PTIF, (de curator van) Oi Coop, Citadel c.s., Golden Tree, Pedra da Gavea en Citco voor de mondelinge behandeling van het cassatieberoep doen oproepen, op de grond dat zij zijn aan te merken als in vorige instantie verschenen belanghebbenden.

Citicorp en de curator van PTIF hebben een verweerschrift ingediend.

Het beroep is mondeling behandeld, tezamen met het cassatieberoep in de zaak 17/02153, waarbij de opgeroepen partijen en belanghebbenden, voor zover verschenen, zijn gehoord. De behandeling heeft plaatsgevonden met gesloten deuren. De Hoge Raad heeft in verband met de aard van deze faillissementszaak bij aanvang van de behandeling medege-deeld dat het op de voet van art. 29 lid 1, aanhef en onder a, Rv verboden is aan derden mededelingen te doen omtrent het verhandel-de tijdens die mondelinge behandeling en heeft voorts op de voet van art. 29 lid 1, aanhef en onder b, Rv bepaald dat het eveneens verboden is aan derden mededelingen te doen omtrent de inhoud van de processtukken.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping van het beroep.

Op deze conclusie heeft de advocaat van PTIF bij brief van 27 juni 2017 op de voet van art. 44 lid 3 Rv gereageerd. De advocaat van Pedra da Gavea heeft dat gedaan bij brief van

27 juni 2017. De advocaat van Golden Tree heeft dat gedaan bij brief van 28 juni 2017.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bij beschikking van 3 oktober 2016 heeft de rechtbank voorlopig surseance van betaling verleend aan PTIF.

(ii) PTIF maakt sinds medio 2014 deel uit van een groep vennootschappen (de Oi Groep). De aandelen in PTIF worden gehouden door Oi S.A., de Braziliaanse moedervenootschap van de Oi Groep.

(iii) De Oi Groep is een van de grootste geïntegreerde serviceproviders in de telecommunicatiesector ter wereld. De activiteiten van de Oi Groep vinden voornamelijk in Brazilië plaats, maar de Oi Groep is ook actief (geweest) in Portugal en diverse Afrikaanse landen.

(iv) De aandelen in Oi S.A. worden verhandeld op de beurs van Sao Paulo en op de New York Stock Exchange. Een groot deel van de financiering van de Oi Groep loopt via haar twee Nederlandse financieringsmaatschappijen, Oi Coop en PTIF. Aan Oi Coop is op 9 augustus 2016 voorlopig surseance van betaling verleend.

(v) De activiteiten van PTIF bestaan meer in het bijzonder in (i) de uitgifte en aflossing van schulden op de internationale kapitaalmarkten, voornamelijk in de vorm van beursgenoteerde obligaties (hierna ook: notes) en (ii) het doorlenen van gelden ontvangen via de notes aan de Oi Groep, met name via een kredietovereenkomst gesloten tussen PTIF en Oi Coop.

(vi) De notes worden niet door een zekerheidsrecht gedekt. De notes zijn gegarandeerd door Oi S.A. PTIF heeft zelf geen operationele activiteiten en de noteholders kunnen uitsluitend worden betaald van de inkomsten en opbrengsten gegenereerd door de operationele ondernemingen van de Oi Groep. Op grond van de garantie van Oi S.A. hebben de noteholders een directe vordering op Oi S.A.

(vii) PTIF had op 20 juni 2016 obligaties uitgegeven voor een bedrag van circa € 3,9 miljard. Medio 2015 werd door PTIF een bedrag van circa € 3,8 miljard doorgeleend aan Oi Coop. Oi Coop had op 20 juni 2016 obligaties uitgegeven voor een bedrag van circa € 1,9 miljard. Oi Coop had op haar beurt een bedrag van circa € 4 miljard doorgeleend aan Oi S.A. en een bedrag van circa € 1,6 miljard aan groepsvennootschap Oi Móvel S.A.

(viii) PTIF heeft op 20 juni 2016, tezamen met Oi S.A. en vijf andere groepsvennootschappen, waaronder Oi Coop en Oi Móvel, een verzoekschrift ingediend voor de opening van een geconsolideerde gerechtelijke herstructureringsprocedure in Brazilië (recuperação judici-

al, hierna: de RJ-procedure). De Braziliaanse rechter heeft dit verzoek op 29 juni 2016 ingewilligd. Het doel van de RJ-procedure is om de Oi Groep going concern te herstructureren door een met de schuldeisers onderhandeld en door de schuldeisers en de Braziliaanse rechter goed te keuren akkoord (RJ-akkoord), en zodoende liquidatie te voorkomen. Op 5 september 2016 is een geconsolideerd (ontwerp-) RJ-akkoord gedeponereerd bij de rechtbank te Rio de Janeiro, Brazilië. Bij persbericht heeft Oi S.A. op 22 maart 2017 aangekondigd dat het (ontwerp-)RJ-akkoord zal worden aangepast. De aangepaste tekst is als bijlage bij dat persbericht gevoegd.

(ix) Citicorp maakt deel uit van de Citibank Groep en functioneert als trustee in een veelheid van internationale financieringsstructuren, waaronder een Note Program van € 4,4 miljard van PTIF.

3.2 Citicorp verzoekt in deze procedure op de voet van art. 242 Fw op verschillende gronden intrekking van de voorlopige surseance van betaling, alsmede faillietverklaring van PTIF. De bewindvoerder in de surseance, thans de curator van PTIF, heeft in eerste aanleg hetzelfde verzoek gedaan.

3.3 De rechtbank heeft de verzoeken afgewezen, waartegen alleen door Citicorp hoger beroep is ingesteld. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank vernietigd, de voorlopige surseance van betaling ingetrokken en PTIF in staat van faillissement verklaard. Hiertoe heeft het hof onder meer, samengevat weergegeven, als volgt overwogen.

Er doen zich drie gronden voor de intrekking van de surseance voor als bedoeld in art. 242 lid 1 Fw (rov. 5.12).

Het hiervoor in 3.1 onder (viii) genoemde voorstel voor het RJ-akkoord, met welk voorstel PTIF heeft ingestemd, houdt in dat Oi S.A. en Oi Móvel niet meer behoeven te betalen aan Oi Coop en dat Oi Coop het hiervoor in 3.1 onder (vii) genoemde, door PTIF aan haar doorgeleende bedrag van € 3,8 miljard niet meer behoeft te betalen aan PTIF. Hiermee is sprake van een daad van beheer of beschikking van PTIF betreffende een boedelbestanddeel, namelijk het door PTIF doen van een voorstel tot afstand van haar vordering van € 3,8 miljard op Oi Coop, waarvoor ingevolge art. 228 lid 1 Fw de toestemming van de bewindvoerder was vereist. Hiermee is voldaan aan de intrekkinggrond van art. 242 lid 1, aanhef en onder 3°, Fw. (rov. 5.6-5.7)

PTIF heeft de Braziliaanse rechter in november 2016 onder meer verzocht te verklaren dat de bewindvoerder zich zonder toestemming van het Braziliaanse Superior Court of Justice niet mag bemoeien met de RJ-procedure en zich dient te onthouden van elke handeling die gericht is op het belemmeren van acties door

de raad van bestuur van PTIF met betrekking tot de RJ-procedure, op straffe van een boete. Dit verzoek is niet verenigbaar met de gehoudeheid van PTIF om met open vizier in samenspraak met de bewindvoerder te komen tot een adequaat beheer van de boedel. Met dit verzoek beoogt PTIF immers, zonder overeenstemming met de bewindvoerder na te streven, de bevoegdheden van de bewindvoerder ten aanzien van het beheer van de boedel aan banden te leggen. Aldus heeft PTIF zich schuldig gemaakt aan kwade trouw in het beheer van de boedel in de zin van art. 242 lid 1, aanhef en onder 1, Fw. (rov. 5.8-5.9)

Tot slot doet zich de in art. 242 lid 1, aanhef en onder 4, Fw bedoelde grond voor doordat (het bestuur van) PTIF de bewindvoerder geen althans onvoldoende informatie verschaft waardoor de bewindvoerder onvoldoende inzicht krijgt in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en daardoor niet kan beoordelen of het aanvaarden van geconsolideerde herstructurering van de schulden in het kader van de RJ-procedure in het belang is van de boedel (rov. 5.10-5.11).

De door het hof gemaakte afweging van de betrokken belangen leidt ertoe dat de surseance moet worden ingetrokken en het faillissement moet worden uitgesproken. Het hof acht de door PTIF voor een andere uitkomst aangevoerde argumenten onvoldoende dan wel ongegrond. (rov. 5.12)

3.4 De klachten van onderdeel 1 van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.5.1 Onderdeel 3 keert zich tegen de beslissing van het hof om ook andere partijen en belanghebbenden te horen dan in art. 243 lid 3 Fw genoemd, waarvoor het hof heeft verwezen naar een analoge toepassing van art. 220 Fw (rov. 2.1). Volgens het onderdeel mogen enkel de in art. 243 lid 3 Fw genoemde verzoeker, schuldenaar en bewindvoerder worden gehoord op het verzoek tot intrekking. Onderdeel 3b voert aan dat het hof in elk geval geen obligatiehouders heeft mogen horen, nu deze geen schuldeiser zijn van PTIF. Dit onderdeel beoogt voorts dat het hof door anderen dan de in art. 243 lid 3 Fw genoemde verzoeker, schuldenaar en bewindvoerder te horen, PTIF in haar verweer heeft belemmerd, doordat zij als gevolg daarvan, ondanks de toepassing door het hof van art. 29 Rv, niet volledig vrijuit ter zitting vertrouwelijke informatie heeft kunnen geven.

3.5.2 Het onderdeel is ongegrond. Art. 242 lid 3 Fw en het daarmee overeenstemmende, door het onderdeel ingeroepen art. 243 lid 3 Fw bevatten slechts een verplichting om (ten

minste) de verzoeker, de schuldenaar en de bewindvoerder op te roepen. Deze bepalingen staan niet eraan in de weg dat de rechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, ook andere belanghebbenden, zoals (andere) schuldeisers of met de schuldenaar verbonden vennootschappen, oproept en hoort. Het staat de rechter in beginsel vrij daartoe over te gaan.

Het betoog van onderdeel 3b dat het hof door anderen te horen dan de in art. 243 lid 3 Fw genoemde verzoeker, schuldenaar en bewindvoerder, PTIF in haar verweer heeft belemmerd, faalt reeds omdat niet blijkt dat PTIF op deze grond in hoger beroep bezwaar heeft gemaakt tegen de beslissing van het hof de zaak op deze wijze te behandelen.

3.6.1 Onderdeel 4 klaagt dat het hof buiten de grieven en de rechtsstrijd in hoger beroep is getreden door zijn oordeel mede te baseren op argumenten en stellingen die niet door de appellent Citicorp zijn aangevoerd (maar door de bewindvoerder of Citadel c.s.), dan wel pas bij pleidooi door Citicorp zijn aangevoerd.

3.6.2 Ook dit onderdeel is ongegrond. Art. 242 lid 1 Fw verklaart de rechtbank bevoegd de surseance ook ambtshalve in te trekken. Zowel het beginsel van een (volledige) behandeling in twee feitelijke instanties, als de bestaansgrond van deze bevoegdheid – dat de rechter dient te waken voor de belangen van de schuldeisers, zo nodig ambtshalve – brengt mee dat deze bevoegdheid ook aan het hof toekomt indien het op de voet van art. 243 Fw in hoger beroep heeft te oordelen (hetzelfde geldt voor de bevoegdheid van art. 242 lid 4 Fw, om aan de intrekking van de surseance de faillietverklaring van de schuldenaar te verbinden). Daaruit volgt dat het hof bij de beoordeling of er aanleiding is voor intrekking van de surseance niet aan de grieven is gebonden.

Buiten de rechtsstrijd in hoger beroep is het hof met zijn oordeel niet getreden, nu (ook) in hoger beroep, op grond van het appelverzoekschrift van Citicorp, beslist diende te worden over de intrekking van de surseance (vgl. HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214).

3.7.1 De onderdelen 2 en 5 stellen mede de verhouding aan de orde tussen de Nederlandse surseance van betaling van PTIF (en Oi Coop) en de herstructureringsprocedure in Brazilië (de RJ-procedure). De Oi Groep is een internationale groep van met elkaar verbonden vennootschappen, waarvan sommige vennootschappen naar Nederlands recht zijn opgericht en in Nederland zijn gevestigd (PTIF en Oi Coop) en andere, waaronder de moedermaatschappij Oi S.A., in andere landen, voor een belangrijk deel in Brazilië. De Oi Groep streeft in de RJ-procedure in Brazilië naar een geconsolideerde herstructurering van de groep in verband met de financiële moeilijkheden waarin

deze verkeert (zie hiervoor in 3.1 onder (viii)). Hetgeen PTIF en Oi Coop in deze procedures betogen, komt onder meer erop neer dat de aan hen in Nederland verleende surseance onderschikt dient te zijn aan de herstructureringsprocedure in Brazilië – in het belang van het welslagen van die procedure en daarmee in het belang van de groep als geheel – en dat de bewindvoerders mede daarom niet of slechts beperkt door PTIF en Oi Coop betrokken behoeven te worden bij hetgeen door hen in het overleg in de RJ-procedure wordt ingebracht.

3.7.2 Deze opvatting kan niet worden aangenomen. Vast staat in deze procedure dat op PTIF en Oi Coop als in Nederland gevestigde vennootschappen het Nederlandse faillissementsrecht van toepassing is. Dat betekent dat de regels van de Faillissementswet in beginsel onverkort op hen van toepassing zijn, waaronder in het geval van surseance art. 228 Fw, dat inhoudt dat de schuldenaar nog slechts het beheer en de beschikking over zijn vermogen heeft tezamen met de bewindvoerder en daarbij dus niet kan handelen zonder diens medewerking, machtiging of bijstand. Bij gebreke van een (toepasselijke) internationale of een bijzondere nationale regeling in andere zin, is er geen grond om hierop een uitzondering te maken in verband met het feit dat PTIF en Oi Coop behoren tot een internationale groep van met elkaar verbonden vennootschappen die het centrum van zijn voornaamste belangen in het buitenland heeft en ten aanzien waarvan in dat buitenland een herstructureringsprocedure loopt, zoals de RJ-procedure.

3.7.3 Voor zover de onderdelen 2 en 5 op de hiervoor in 3.7.2 verworpen opvatting zijn gebaseerd, zijn ze dus ongegrond.

3.7.4 Met het hiervoor aan het slot van 3.7.2 genoemde feit kan wel rekening worden gehouden waar de wet daarvoor ruimte laat, zoals bij de belangenafweging die op grond van art. 242 lid 1 Fw in het kader van de intrekking van de surseance van betaling dient plaats te vinden. Voorts kunnen de bewindvoerder en de curator in een geval zoals dit bij hun beleid wel mede rekening houden met de belangen van de groep als geheel en van de schuldeisers van de groep als geheel. Als uitgangspunt geldt evenwel ook in insolventieprocedures de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de leden van een groep.

Het hof heeft het vorenstaande, blijkens hetgeen het in rov. 5.12 heeft overwogen, niet miskend.

3.8.1 Onderdeel 2 bevat onder meer klachten tegen het hiervoor in de vierde alinea van 3.3 weergegeven oordeel van het hof in rov. 5.8-5.9 dat PTIF zich met haar tegen de bewindvoerder gerichte verzoek aan de Braziliaanse rechter schuldig heeft gemaakt aan kwade trouw in het beheer van de boedel in de zin

van art. 242 lid 1, aanhef en onder 1°, Fw. Volgens het onderdeel is dit oordeel mede onjuist omdat de schuldenaar exclusief bevoegd is om gedurende de surseance een akkoord aan te bieden, met uitsluiting van de bewindvoerder (art. 252 Fw). Het onderdeel doet in dit verband voorts een beroep op art. 231 lid 3 Fw, waaruit volgens het onderdeel volgt dat PTIF geen medewerking van de bewindvoerder nodig heeft voor deelname aan de RJ-procedure in Brazilië.

3.8.2 Deze klachten zijn ongegrond. De RJ-procedure en het daarin aangeboden akkoord hebben mede betrekking op het vermogen van PTIF en dus op het beheer en de beschikking over de boedel als bedoeld in art. 228 lid 1 Fw en op de rechten en verplichtingen van de boedel als bedoeld in art. 231 lid 3 Fw. Zowel omdat het een akkoord betreft dat door (de betrokken vennootschappen van) de groep wordt aangeboden, als omdat het mede betrekking heeft op de onderlinge verhoudingen binnen de groep, betreft het geen aanbod tot een akkoord als bedoeld in art. 252 Fw, met welk aanbod de schuldenaar uitsluitend zichzelf en niet de boedel bindt. De geconsolideerde herstructurering die de inzet van de RJ-procedure vormt, heeft om deze redenen evenmin betrekking op (uitsluitend) een dergelijk aanbod.

De in art. 228 lid 1 Fw voorgeschreven medewerking van de bewindvoerder die de schuldenaar tijdens de surseance nodig heeft bij het beheer en de beschikking over de boedel, brengt mee dat de schuldenaar de bewindvoerder naar behoren moet informeren omtrent en betrekken bij hetgeen daarvoor van belang is. Het hof heeft terecht overwogen dat het verzoek van PTIF aan de Braziliaanse rechter hiermee niet verenigbaar is. Zijn oordeel dat PTIF zich heeft schuldig gemaakt aan kwade trouw in de zin van art. 242 lid 1, aanhef en onder 1°, Fw geeft daarom geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

3.9.1 Onderdeel 2 bevat voorts klachten tegen het oordeel van het hof in rov. 5.10-5.11 dat de in art. 242 lid 1, aanhef en onder 4°, Fw bedoelde intrekingsgrond zich voordoet, nu (het bestuur van) PTIF de bewindvoerder geen althans onvoldoende informatie verschaft waardoor de bewindvoerder onvoldoende inzicht krijgt in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en daardoor niet kan beoordelen of het aanvaarden van geconsolideerde herstructurering van de schulden in het kader van de RJ-procedure in het belang is van de boedel.

3.9.2 Ook deze klachten zijn ongegrond. Uit het hiervoor in 3.8.2 overwogene volgt dat het hof terecht heeft geoordeeld dat PTIF de bewindvoerder naar behoren inzicht behoorde te verschaffen in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en de geconsolideerde herstruc-

turering van de schulden in het kader van de RJ-procedure. Het oordeel van het hof dat PTIF de curator over beide onvoldoende heeft geïnformeerd, is feitelijk van aard en niet onbegrijpelijk.

Opmerking verdient nog dat, anders dan het onderdeel veronderstelt, het oordeel van het hof dat met dit laatste is voldaan aan de intrekingsgrond van art. 242 lid 1, aanhef en onder 4°, Fw, niet daarop berust dat PTIF zich niet heeft gehouden aan de aanbeveling van de rechtbank om de bewindvoerder in staat te stellen behoorlijk zijn taak te vervullen (rov. 8.21 van haar beschikking in eerste aanleg), maar op het nalaten van hetgeen naar het oordeel van de bewindvoerder door PTIF in het belang van de boedel moest worden gedaan in de zin van art. 242 lid 1, aanhef en onder 4°, Fw. Het hof verwijst in rov. 5.11 en 5.12 slechts naar de aanbeveling van de rechtbank ter nadere motivering van de verwijtbaarheid van het handelen van PTIF.

3.10.1 Onderdeel 5 keert zich met diverse klachten tegen het oordeel van het hof in rov. 5.6-5.7 dat de instemming van PTIF met het voorstel voor het RJ-akkoord een daad van beheer of beschikking betreffende een boedelbestanddeel oplevert als bedoeld in art. 242 lid 1, aanhef en onder 3°, Fw.

3.10.2 Ook deze klachten falen. Het oordeel van het hof ziet kennelijk mede op het aangepaste RJ-akkoord, waarvan het hof in rov. 5.10 vaststelt dat het tijdens de surseance mede namens PTIF is ingediend, en aanneemt dat dit eveneens met instemming van PTIF is gebeurd. Het oordeel van het hof komt erop neer dat PTIF zich met die instemming heeft gebonden aan dit voorstel. Dit oordeel is feitelijk van aard en niet onbegrijpelijk. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.8.2 is overwogen, heeft het hof terecht aangenomen dat het voorstel daarmee een daad van beheer of beschikking is als bedoeld in art. 242 lid 1, aanhef en onder 3°, Fw.

3.11 De onderdelen 6 en 7 missen zelfstandige betekenis en behoeven daarom geen behandeling.

4 *Beslissing*

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Conclusie A-G mr. L. Timmerman:

1 *De feiten*

1.1. Uit de beschikking van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2017 (surseance-nummer C/13/16/43 S) en de beschikking van het hof Amsterdam van 19 april 2017 (zaak-

nummer 200.209.198/01) leid ik de volgende feiten af.¹

1.2. Portugal Telecom International Finance B.V (hierna PTIF) is in 1998 opgericht en maakt sinds medio 2014 deel uit van een groep vennootschappen (de Oi Groep). De aandelen in PTIF worden gehouden door Oi S.A, moeder-vennootschap van de Oi Groep. De activiteiten van de Oi Groep vinden voornamelijk in Brazilië plaats, maar de Oi Groep is ook actief (geweest) in Portugal en diverse Afrikaanse landen. Op de telecomactiviteiten wordt in Brazilië toezicht gehouden door het Braziliaanse Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

1.3. De aandelen in Oi S.A. worden op de beurs van São Paulo Mercantile verhandeld en in ADR-formaat (*American Depositary Receipts*) op de New York Stock Exchange. Een deel van de financiering van de Oi Groep loopt via haar twee Nederlandse financieringsmaatschappijen: Oi Coop en Portugal Telecom International Finance B.V. (PTIF).

1.4. PTIF is een Nederlands financieringsvehikel binnen de Oi Groep. De activiteiten van PTIF bestaan uit (i) de uitgifte en aflossing van schuld op de internationale kapitaalmarkten, voornamelijk in de vorm van beursgenoteerde obligaties (de *notes*) en (ii) het doorlenen van gelden ontvangen via de *notes* aan de Oi Groep, met name via een kredietovereenkomst gesloten tussen PTIF en Oi Coop.

1.5. De *notes* worden niet door een zekerheidsrecht gedekt. De notes zijn gegarandeerd door Oi S.A. PTIF heeft zelf geen operationele activiteiten en de *noteholders* kunnen uitsluitend worden betaald van de inkomsten en opbrengsten gegenereerd door de operationele ondernemingen van de Oi Groep. Op grond van de garantie van Oi S.A. hebben de *noteholders* een directe vordering op Oi S.A.

1.6. PTIF had op 20 juni 2016 obligaties (*notes*) uitgegeven voor een bedrag van circa EUR 3,9 miljard. Medio 2015 werd door PTIF een bedrag van circa EUR 3,8 miljard doorgeleend aan Oi Coop. Oi Coop had op 20 juni 2016 obligaties uitgegeven voor een bedrag van circa EUR 1,9 miljard. Oi Coop had op haar beurt een bedrag van circa EUR 4 miljard doorgeleend aan Oi S.A. en een bedrag van circa EUR 1,6 miljard aan groepsvennootschap Oi Móvel S.A.

1.7. PTIF heeft op 20 juni 2016, tezamen met Oi S.A. en vijf andere groepsvennootschappen, te weten Oi Coop, Oi Móvel, Telemar Norte Leste S.A., Copart 4 Participações S.A. en Copart 5 Participações S.A., een verzoekschrift ingediend voor de opening van een geconsolideerde gerechtelijke herstructureringsproce-

dure in Brazilië (*recuperação judicial*, hierna: de RJ-procedure). De Braziliaanse rechtbank heeft dit verzoek op 29 juni 2016 ingewilligd. Het doel van de RJ-procedure is om *going concern* de Oi Groep te herstructureren door middel van een met de schuldeisers onderhandeld en door de schuldeisers en de rechtbank goedgekeurd akkoord (RJ-akkoord) en zodoende liquidatie te voorkomen. Op 5 september 2016 is een geconsolideerd (ontwerp-)RJ-akkoord gedeponeerd bij de rechtbank te Rio de Janeiro, Brazilië.

1.8. Citicorp maakt deel uit van de Citibank Groep en functioneert als *trustee* in een veelheid van internationale financieringsstructuren, waaronder een *Note Program* van EUR 4,4 miljard van PTIF.

2 Het procesverloop

2.1. Op 13 september 2016 heeft PTIF de rechtbank verzocht om aanwijzing van een zogenoemde stille bewindvoerder. De rechtbank heeft dit verzoek ingewilligd en kenbaar gemaakt dat zij – in geval van opening van een insolventieprocedure – voornemens was om mr. J.L.M. Groenewegen aan te stellen als bewindvoerder of curator en mr. M.J.E. Geradts te benoemen tot rechter-commissaris. De regeling liep tot uiterlijk 4 oktober 2016.

2.2. Op 22 augustus 2016 heeft Citicorp een verzoekschrift strekkende tot faillietverklaring van PTIF bij de rechtbank ingediend.

2.3. Op 30 september 2016 heeft PTIF bij de rechtbank het verzoek ingediend haar (voorlopig) surseance van betaling te verlenen. Bij het verzoekschrift was een ontwerp van akkoord gevoegd. Bij beschikking van 3 oktober 2016 werd aan PTIF voorlopig surseance van betaling verleend met benoeming van mr. Groenewegen tot bewindvoerder en mr. Geradts tot rechter-commissaris. Daarbij heeft de rechtbank gelast dat de in art. 218 Fw bedoelde behandeling (crediteurenvergadering) niet zal plaatshebben en dat op 18 mei 2017 te 10:20 uur ten overstaan van de rechter-commissaris de raadpleging en stemming over het aangeboden akkoord zal worden gehouden.

2.4. Bij verzoekschrift van 1 december 2016 en bij aanvullend verzoekschrift van 20 december 2016 heeft de bewindvoerder verzocht om intrekking van de voorlopig verleende surseance van betaling en het gelijktijdig uitspreken van het faillissement van PTIF. De bewindvoerder acht handhaving van de surseance niet (langer) in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van PTIF. De bewindvoerder is van mening dat intrekking van de voorlopig verleende surseance van betaling op basis van de navolgende gronden van art. 242 lid 1 Fw gerechtvaardigd is:

(i) PTIF maakt zich aan kwade trouw in het beheer van de boedel schuldig;

1 Rb Amsterdam 2 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:646; Hof Amsterdam 19 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1326.

(ii) PTIF tracht haar schuldeisers te benadelen;
 (iii) PTIF maakt het de bewindvoerder onmogelijk om zijn taak ex art. 228 Fw uit te oefenen, zodat PTIF dus in strijd handelt met dat artikel;

(iv) PTIF laat na om te doen hetgeen naar de mening van de bewindvoerder in het belang van de boedel moet worden gedaan en

(v) vanwege de door PTIF en de Oi Groep veroorzaakte vertrouwensbreuk is handhaving van de surseance niet langer wenselijk. Citicorp heeft zich hierbij aangesloten.

2.5. De rechtbank heeft de verzoeken van de bewindvoerder en Citicorp afgewezen en heeft daartoe overwogen dat niet gesteld of gebleken is dat de schuldeisers beter af zullen zijn in geval de surseance wordt ingetrokken en PTIF failliet wordt verklaard en dat geen van de gronden voor intrekking van de surseance (art. 242 lid 1 Fw) zich voordoet. De rechtbank heeft partijen in overweging gegeven met elkaar in gesprek te gaan om de verwachtingen over en weer (opnieuw) met elkaar af te stemmen en om de bewindvoerder in staat te stellen zijn taak behoorlijk te vervullen.

2.6. Het hof heeft in zijn beschikking, voor zover in cassatie relevant, het volgende overwogen:

“(…)

5.3. PTIF werpt als meest verstrekkend verweer in hoger beroep op dat Citicorp niet bevoegd was tot het indienen van het verzoekschrift en, a fortiori, het beroepschrift, omdat zij niet aangemerkt kan worden als schuldeiser, in welk verband PTIF stelt dat Citicorp niet handelt naar de geldige instructies van de notholders. Het hof constateert evenwel dat PTIF blijkens haar stellingen onderkent dat uit een brief van 7 november 2016 van Citicorp blijkt dat zij handelde in haar hoedanigheid van trustee met betrekking tot één specifieke serie uitgegeven obligaties, terwijl uit die brief tevens volgt dat de instructie aan Citicorp afkomstig is van obligatiehouders die minstens 25% van die serie houden overeenkomstig de minimumeis in de Trust Deeds. Het hof is van oordeel dat Citicorp in die hoedanigheid dient te worden aangemerkt als een schuldeiser die bevoegd is tot het doen van het onderhavige verzoek. De omvang van de vorderingen van de betrokken noteholders is daarbij verder niet van belang.

5.4. PTIF werpt voorts op dat het recht van PTIF op een eerlijke rechtsbedeling en de procedurele waarborgen zoals vastgelegd in de Faillissementswet en artikel 6 EVRM herhaaldelijk door de rechtbank zijn geschonden. Zij voert daartoe, kort samengevat, aan dat de verzoekschriften van de bewindvoerders met betrekking tot PTIF en Oi Coop

(administratief) afzonderlijk behandeld hadden moeten worden, de zitting had moeten plaatsvinden buiten de aanwezigheid van (niet bij het verzoekschrift betrokken) schuldeisers en andere derden, althans de bewindvoerder van Oi Coop, ofwel Citicorp ofwel de obligatiehouders had(-den) toegelaten moeten worden maar niet beide, althans zij had de vorderingen van de aanwezige obligatiehouders moeten verifiëren en niet alle obligatiehouders hebben dezelfde mogelijkheid gehad om te worden gehoord, PTIF is niet behoorlijk opgeroepen en het verzoekschrift van Citicorp had afzonderlijk en op een later tijdstip behandeld moeten worden.

Dit verweer faalt eveneens. Ingevolge vaste jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens dient de rechtsgang als geheel te worden gezien (zie onder meer EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994/534, par. 31 en EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, par. 34). Voor zover er al sprake zou zijn geweest van schendingen van artikel 6 EVRM in eerste aanleg, is (zijn) die thans geheeld. Het hof heeft naar analogie van artikel 220 Fw de zaak in raadkamer behandeld en schuldeisers die zodanige hoedanigheid ter zitting voldoende aannemelijk hebben gemaakt, toegelaten. Verder is de bewindvoerder van Oi Coop, gezien de door hem aangevoerde en relevant geachte belangen ook in raadkamer toegelaten. Alle schuldeisers hebben, anders dan PTIF stelt, de mogelijkheid gehad in raadkamer aanwezig te zijn. Niet betwist is dat de schuldeisers op 24 maart 2017 door middel van de Notice to Creditors nr. 5 door de bewindvoerder zijn geïnformeerd over de beslissing van het hof met betrekking tot hun aanwezigheid op de zitting.

5.5. Grief 1 houdt in dat de bestreden beschikking voor zover gegeven in de procedure tussen haar en PTIF, onvoldoende gemotiveerd is. Deze grief faalt. De rechtbank heeft in haar beschikking overwogen dat Citicorp geen andere grond heeft aangevoerd dan de bewindvoerder aan zijn verzoek ten grondslag heeft gelegd en dat haar verzoek “ook” niet kan leiden tot intrekking van de voorlopig verleende surseance. Naar het hof begrijpt heeft de rechtbank daarmee bedoeld dat haar motivering van de afwijzing van de door de bewindvoerder aangevoerde gronden ook geldt voor de door Citicorp aangevoerde, identieke gronden. Dat Citicorp het verweerschrift van PTIF, naar zij stelt, “nooit heeft gezien” doet hieraan niet af.

5.6. Het hof leest de grieven 2 en 3 in het licht van het gestelde in hoofdstuk 2 van het beroepschrift als volgt. Het voorgestelde RJ

akkoord, waarmee PTIF heeft ingestemd, biedt Oi S.A. en Ói Móvel het voordeel dat zij Oi Coop niet meer behoeven te betalen en Oi Coop dat zij PTIF niet meer behoeft te betalen. De groepsmaatschappijen Oi S.A. en Oi Móvel worden dus bevoorreed. Deze bevoordeling gaat ten koste van Citicorp en andere schuldeisers, die niet meer kunnen worden betaald uit de opbrengsten van de betalingen van Oi S.A. en Oi Móvel aan Oi Coop en vervolgens van Oi Coop aan PTIF. PTIF had niet zonder meer mogen instemmen met het voorstel om afstand te doen van haar vordering op Oi Coop.

5.7. Deze grieven slagen. Het hof is van oordeel dat hier sprake is van een daad van beheer of beschikking van PTIF betreffende een boedelbestanddeel, namelijk het door PTIF doen van een voorstel tot afstand van haar vordering van € 3,8 miljard op Oi Coop, waarvoor ingevolge artikel 228 lid 1 Fw de toestemming van de bewindvoerder vereist was, terwijl PTIF daarover met de bewindvoerder geen inhoudelijk overleg heeft gevoerd en die toestemming ook niet heeft gevraagd. Hiermee is voldaan aan de intrekingsgrond van artikel 242 lid 1 sub 3 Fw.

5.8. Citicorp betoogt met grief 4 dat PTIF in Brazilië actief stappen heeft ondernomen om de bewindvoerder buitenspel te zetten om te voorkomen dat hij de belangen van de schuldeisers van PTIF kan behartigen in het kader van de RJ procedure. Op 28 november 2016 heeft PTIF immers een verzoekschrift ingediend bij de Braziliaanse rechtbank waarin PTIF de Braziliaanse rechter onder meer verzoekt te verklaren dat de bewindvoerder zich zonder toestemming van het Braziliaanse Superior Court of Justice niet mag bemoeien met de RJ procedure en zich dient te onthouden van elke handeling die gericht is op het belemmeren van acties door de raad van bestuur van PTIF met betrekking tot de RJ procedure, op straffe van een boete van BRL 100.000/6 28.340 per overtreding.

PTIF heeft niet betwist dat zij een dergelijk verzoek bij de Braziliaanse rechter heeft ingediend.

5.9. Het hof acht dit verzoek van PTIF in rechte niet verenigbaar met haar gehoudenheid om met open vizier in samenspraak met de bewindvoerder te komen tot een adequaat beheer van de boedel. Met dat verzoek beoogt PTIF immers, zonder overeenstemming met de bewindvoerder na te streven, de bevoegdheden van de bewindvoerder ten aanzien van het beheer van de boedel aan banden te leggen. Aldus heeft PTIF zich, gedurende de loop van de surseance, schuldig gemaakt aan kwade trouw in

het beheer van de boedel, in de zin van artikel 242 lid 1 sub 1 Fw.

5.10. Het hof constateert daarnaast dat uit de onder 3.8 en 3.9 weergegeven correspondentie tussen de bewindvoerder en het bestuur van PTIF volgt dat PTIF niet bereid is tot het beantwoorden van de vragen van de bewindvoerder, die het hof ter zake dienend acht gezien zijn taak om met het bestuur van PTIF het beheer over haar zaken te Voe-ren (artikel 215 lid 2 Fw) en ter vergadering verslag uit te brengen over het aangeboden akkoord (artikel 265 lid 1 Fw). Het moge zo zijn dat de RJ procedure een gecompliceerd proces is en dat de uitkomsten niet, althans niet precies kunnen worden voorspeld, maar het antwoord van het bestuur van PTIF (zie hiervoor onder 3.9) getuigt van geen reële bereidheid om met de bewindvoerder daadwerkelijk en zinvol in overleg te treden over de financiële implicaties van het (ontwerp-) RJ akkoord voor de boedel. Deze onwil volgt ook uit het gegeven dat, naar niet is weersproken, het aangepaste (ontwerp-) RJ akkoord mede namens PTIF is ingediend, maar niet met de bewindvoerder is besproken. Ten slotte getuigt ook het antwoord om pas vragen te beantwoorden "as the restructuring process further develops and the information you require as the Administrator becomes available" van een passieve, afwachtende houding van het bestuur van PTIF die zich de financiële consequenties van het naderend RJ akkoord laat welgevallen zonder, zoals van het bestuur mag worden verwacht, zich, in het belang van de boedel, in samenspraak met de bewindvoerder te beraden over de gevolgen van het voorgenomen RJ akkoord en daarvoor actief de nodige informatie te vergaren en met de bewindvoerder te delen.

5.11. Het hof onderkent dat PTIF als financieringsmaatschappij van de Oi Groep haar handelen wenst af te stemmen op de gerechtvaardigde belangen van de groep waartoe zij behoort, maar dit laat onverlet dat zij de belangen van haar eigen schuldeisers niet uit het oog mag verliezen. Daarmee is niet verenigbaar dat (het bestuur van) PTIF de bewindvoerder geen althans onvoldoende informatie verschaft waardoor de bewindvoerder onvoldoende inzicht krijgt in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en daardoor niet kan beoordelen of het aanvaarden van de RJ procedure in het belang is van de boedel. Dit brengt met zich dat de hiervoor onder 5.8 omschreven handelingen en gedragingen van (het bestuur van) PTIF die in weerwil zijn van de aanbeveling van de rechtbank, een grond opleveren voor intrekking van de surseance op de voet van artikel 242 lid 1 sub 4 Fw.

5.12. Uit het voorgaande volgt dat aan de onder sub 1, 3 en 4 van artikel 242 lid 1 Fw weergegeven intrekkingsgronden is voldaan. PTIF voert thans, kort samengevat, het volgende aan ter rechtvaardiging dat de surseance niet wordt ingetrokken en het faillissement niet wordt uitgesproken. Het faillissement van PTIF biedt geen voordelen aan de schuldeisers (geen hogere vergoeding) en heeft nadelen (verstoring van de RJ procedure, faillissement PTIF zou negatieve fiscale gevolgen kunnen hebben en ANATEL zal zich kunnen mengen in de RJ procedure).

De door het hof gemaakte afweging van de betrokken belangen leidt ertoe dat de surseance moet worden ingetrokken en het faillissement moet worden uitgesproken. Gezien het aangepaste (ontwerp-)RJ akkoord is thans, anders dan ten tijde van de bestreden beschikking (zie rov. 8.7 ervan), voldoende aannemelijk dat op de vordering van PTIF op Oi Coop geen uitkering zal plaatsvinden. Voorts heeft de aanbeveling van de rechtbank aan PTIF om met de bewindvoerder samen te werken en hem van de nodige informatie te voorzien om zijn taak behoorlijk te kunnen vervullen (zie rov. 8.20), onder andere blijktens de onder 3.8 en 3.9 weergegeven correspondentie, niet tot (voldoende) resultaat geleid. De door PTIF in dit verband genoemde argumenten volgt het hof niet. Dat een aan te stellen curator geen per saldo hogere uitkeringen aan de schuldeisers zou kunnen bewerkstelligen dan waarin het (ontwerp-) RJ akkoord thans voorziet, staat, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet op voorhand vast. De vermeende negatieve fiscale gevolgen zijn gemotiveerd betwist en ontberen concrete en inzichtelijke onderbouwing. De stellingen dat door het faillissement van PTIF de RJ procedure verstoord zal kunnen worden en dat ANATEL zich in het herstructureringsproces zal kunnen mengen, zijn evenmin concreet onderbouwd.

Dat Citicorp volgens PTIF slechts een relatief kleine groep noteholders betreft is, daargelaten of dat inderdaad zo is, niet van beslissend belang, nu iedere schuldeiser de intrekking van de surseance kan verzoeken en PTIF niet heeft onderbouwd waarom het gegeven dat Citicorp een kleine groep schuldeisers vertegenwoordigt ertoe moet leiden dat, in weerwil van het vooroverwogene, van de intrekking van de surseance en het uitspreken van het faillissement moet worden afgezien (bijvoorbeeld omdat een meerderheid van de schuldeisers (die niet tot de Oi-groep behoren) juist voorstander is van het handhaven van de surseance).

5.13. De slotsom is dat de grieven 2, 3 en 4 slagen en de bestreden beschikking voor zover betreffende Citicorp zal worden vernietigd. De surseance van PTIF zal worden ingetrokken en haar faillissement zal worden uitgesproken. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt voorts dat de faillietverklaring een hoofdprocedure in de zin van Verordening 1346/2000 van de Raad van de Europese Unie betreft. Het hof zal, gelet op het bepaalde in artikel 3, eerste lid van die Verordening deze hoofdprocedure openen nu naar zijn oordeel, bij gebreke van aanwijzingen van het tegendeel, het centrum van de voornaamste belangen van PTIF in Nederland ligt. Grief 5 behoeft geen bespreking. PTIF zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van beide instanties worden veroordeeld. Het loon van de bewindvoerder en de overige in de surseance van betaling gemaakte kosten zullen in een afzonderlijk te geven beschikking door de rechtbank kunnen worden vastgesteld."

2.7. PTIF heeft op 1 mei 2017 een cassatieverzoekschrift ingediend bij de Hoge Raad. Op 9 juni 2017 heeft de curator (mr. J.L.M. Groenewegen) een verzoekschrift ingediend. Dat heeft op dezelfde datum ook Citicorp gedaan. Op 13 juni 2017 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden waar diverse partijen en belanghebbenden het woord hebben gevoerd.

3 Inleiding

3.1. Voordat ik de cassatieklachten bespreek, maak ik de volgende algemene inleidende opmerkingen.

De te beantwoorden vraag

3.2. De onderhavige zaak en de parallelzaak over de surseance van Oi Coop zijn om diverse redenen bijzonder. Ten eerste spelen er zeer grote geldelijke belangen (miljarden).² Ten tweede hebben de zaken een internationale context. Aan PTIF en Oi Coop is door de Nederlandse rechter surseance van betaling verleend, maar zij zijn (zo dient in cassatie tot uitgangspunt) tegelijkertijd betrokken in een Braziliaanse herstructureringsprocedure (de RJ-procedure). De vraag is hoe beide procedures zich tot elkaar verhouden. Ten derde is in beide zaken sprake van spanning tussen de belangen van de Nederlandse vennootschappen (en hun schuldeisers) en de belangen van het concern (het Oi-concern) waartoe zij behoren. In de RJ-procedure is er namelijk sprake van een *geconsolideerde* herstructurering.

3.3. Toch is de zaak naar mijn mening in essentie niet ingewikkeld.

² Zie hiervoor, onder 1.6.

3.4. PTIF en Oi Coop zijn, hoewel zij deel uitmaken van het Oi-concern, Nederlandse vennootschappen, waaraan – op hun eigen verzoek – voorlopig surseance van betaling is verleend. Op deze surseances zijn onverkort de desbetreffende regels uit de Faillissementswet van toepassing. Zo geldt dat PTIF en Oi Coop gedurende de surseance niet bevoegd zijn om buitens de bewindvoerder om daden van beheer of beschikking te verrichten (art. 228 lid 1 Fw). Uit art. 242 lid 1 aanhef en sub 3 Fw blijkt dat overtreding van deze bepaling een grond is voor intrekking van de surseance. In dit artikel zijn nog meer intrekkinggronden genoemd, zoals – kort gezegd – het benadelen van schuldeisers (sub 2) en nalaten te doen wat volgens bewindvoerder in het belang van de boedel gedaan moet worden (sub 4).

3.5. Het hof heeft in beide zaken geoordeeld dat zich meerdere van de in art. 242 lid 1 Fw genoemde intrekkinggronden voordoen. Het hof heeft daarnaast geoordeeld dat een afweging van de betrokken belangen leidt tot het oordeel dat de surseance moet worden ingetrokken en het faillissement uitgesproken. In de beide cassatieberoepen moet worden beoordeeld of het hof op juiste wijze toepassing heeft gegeven aan art. 242 Fw. De internationale context en het feit dat PTIF en Oi Coop deel uitmaken van een concern, doen daar niets aan af. Wel kunnen deze omstandigheden worden betrokken in de door de rechter uit te voeren belangenafweging.

Eén intrekkinggrond is voldoende

3.6. Als gezegd, heeft het hof in beide zaken geoordeeld dat sprake is van meerdere intrekkinggronden. Ik begrijp de beschikkingen zo, dat al deze gronden de intrekking, afgezien van de belangenafweging, zelfstandig kunnen dragen. Dat betekent dat het eventueel slagen van een cassatieklacht die op één van de intrekkinggronden is gericht, nog niet betekent dat het arrest niet in stand kan blijven.

De grondslag van de surseance van betaling

3.7. Ik zeg nog iets meer over de figuur van de surseance van betaling.

3.8. Surseance van betaling is een algemeen uitstel van betaling in het belang van de schuldenaar en van zijn schuldeisers.³ De rechtbank verleent de surseance dadelijk voorlopig, maar de surseance kan niet definitief verleend worden zonder de instemming van de meerderheid van de schuldeisers.⁴ Na de voor-

lopige verlening dienen de schuldeisers op korte termijn gehoord te worden.⁵

3.9. Het vertrouwen van de schuldeisers is belangrijk. De memorie van toelichting zegt:

“De grondslag van surseance is vertrouwen in de zaak en in den persoon des schuldenaars. Dat vertrouwen moet door zijn vermogen gewettigd, en door zijn schuldeisers geschonken worden.”⁶

3.10. Ook de wet zelf benadrukt het belang van het vertrouwen van de schuldeisers. Ik wijs behalve op het al genoemde art. 242 Fw (de intrekkinggronden) ook op art. 218 lid 4 Fw, dat onder meer bepaalt dat de surseance nimmer definitief verleend kan worden indien er gegronde vrees bestaat dat de schuldenaar zal trachten de schuldeisers te benadelen.

3.11. Kortom, als het vertrouwen ontbreekt, is er geen plaats (meer) voor surseance van betaling.

De inzet van de procedures

3.12. Ik ga nu in op de inzet van de procedures.

3.13. Het verzoek de surseances in te trekken en direct de faillissementen uit te spreken is – in eerste aanleg – ingediend door zowel schuldeisers als de bewindvoerders. Zij hebben aangevoerd dat (de besturen van) PTIF en Oi Coop onvoldoende meewerken met de bewindvoerder en teveel gericht zijn op de belangen van het Oi-concern als geheel. Het vertrouwen van de schuldeisers ontbreekt. Faillietverklaring is volgens de betrokken schuldeisers en de bewindvoerders wenselijk omdat de faillissementscurator een sterkere positie heeft dan de bewindvoerder in surseance. In surseance verliest de schuldenaar niet het beheer en de beschikking over de boedel, alleen het vrije beheer en de vrije beschikking. De bewindvoerder is afhankelijk is van de medewerking van de schuldenaar. De schuldenaar kan niet handelen buiten de bewindvoerder om, maar andersom ook niet.⁷ Dit is anders in faillissement: de schuldenaar verliest het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel (art. 23 Fw).

3.14. De betrokken schuldeisers en de bewindvoerders menen dus dat de curatoren in faillissement effectiever zullen kunnen optreden. De – thans – curator van PTIF heeft tijdens de mondelinge behandeling in cassatie bijvoorbeeld gezegd door middel van voorlopige

⁵ Art. 215 lid 2 Fw. In dit geval heeft de rechtbank een ongebruikelijk lange termijn voor het horen van de schuldeisers bepaald. Zie ook de noot van R.J. van Galen in zijn annotatie bij de beschikking van de rechtbank in de Oi Coop-zaak in *JOR* 2017/116 onder 4.

⁶ Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II, p. 336.

⁷ Zie bijv. Wessels *Insolventierecht VIII* 2014.8148 en A.L. Leuftink, *Surseance van betaling* (1995), p. 51.

³ Zie Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2014/16.1.

⁴ Zie art. 215 lid 2 en art. 218 lid 2 Fw.

voorzieningen aandacht te willen vragen voor de bijzondere positie van de schuldeisers van PTIF en zich hard te willen maken voor een niet geconsolideerde stemming over het in Brazilië te bereiken akkoord.⁸ De – thans – curator van Oi Coop heeft onder meer gemeld de doorlening van de gelden aan Oi S.A.⁹ met een beroep op de faillissementspauliana te willen vernietigen.¹⁰

De aard van de procedure

3.15. Tot slot van deze inleiding een opmerking over de aard van de procedure. Op procedures in het insolventierecht zijn de gewone beginselen en regels van het burgerlijk procesrecht niet onverkort van toepassing.¹¹ Insolventieprocedures kenmerken zich onder meer doordat zij zijn gericht op een snelle beslissing. Dat uit zich bij voorbeeld in korte appel- en cassatietermijnen. Ook zijn de normale bewijsregels niet of niet onverkort van toepassing. De rechter neemt zijn beslissing doorgaans op basis van een “aannemelijkheidsoordeel”.¹² Ik zou willen aannemen dat, hoewel de rechter zijn beslissing vanzelfsprekend deugdelijk moet motiveren, aan deze motivering toch minder hoge eisen kunnen worden gesteld dan in een gewone civiele procedure. Het voorgaande geldt ook voor procedures met betrekking tot surseance van betaling en dus ook voor de procedure op grond van art. 242 Fw.

4 De bespreking van het cassatiemiddel

4.1. Het cassatiemiddel van PTIF kent 8 onderdelen, waarvan de onderdelen 1, 3 en 4 een procesrechtelijk karakter hebben. Ik zal deze onderdelen eerst bespreken.

De cassatieklachten van procesrechtelijke aard (onderdelen 1, 3 en 4)

4.2. *Onderdeel 1* bevat rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 5.3 van de beschikking van het hof.

Volgens *onderdeel 1a* merkt het hof met betrekking tot de obligaties ten onrechte zowel de trustee (Citicorp) als de individuele obligatiehouders aan als schuldeisers. Zowel procesueel als materieel is een dergelijke dubbelpositie in strijd met art. 242 e.v. Fw.

Onderdeel 1b klaagt als volgt. Indien een schuldenaar obligaties (*notes*) heeft uitgegeven die worden gehouden door een trustee (Citicorp) ten behoeve van *beneficiaries* (de

obligatiehouders of *noteholders*), zijn uitsluitend de *beneficiaries* bevoegd tot het doen van een intrekkingverzoek. Dit geldt (naar Nederlands faillissementsrecht) ongeacht de inhoud van de Trust Deeds, omdat het niet aanvaardbaar is dat partijen contractueel bepalen wie schuldeiser van de sursiet is in de zin van art. 242 Fw.

Volgens *onderdeel 1c* heeft het hof ten onrechte niet toegelicht waarom in deze zaak juist de trustee (Citicorp), in plaats van de individuele obligatiehouders, moet worden aangemerkt als schuldeiser die bevoegd is tot het doen van het onderhavige verzoek.

4.3. De klachten van onderdeel 1 falen. Wat mij betreft is het duidelijk dat behalve de obligatiehouders ook Citicorp als trustee¹³ belang heeft bij het doen van een verzoek tot intrekking van de surseance. Voor wat betreft de toepassing van art. 242 Fw heeft het hof mijns inziens Citicorp op één lijn kunnen stellen met een schuldeiser. Ik zie geen goede reden voor een formele benadering zoals PTIF voorstaat. Het oordeel van het hof is mijns inziens ook niet ontoereikend gemotiveerd.

4.4. *Onderdeel 3* betreft de partijen die het hof heeft toegelaten bij de behandeling van het hoger beroep.

Onderdeel 3a klaagt dat het hof heeft miskend dat bij de behandeling in raadkamer slechts aanwezig mogen zijn degenen die door de griffier conform het bepaalde in art. 243 lid 3 Fw worden opgeroepen, te weten de verzoeker (Citicorp), de schuldenaar (PTIF) en de bewindvoerder.

Onderdeel 3b voert het hiernavolgende aan. Voor zover het hof slechts zou hebben beslist dat schuldeisers weliswaar niet voor de behandeling van het beroep dienen te worden opgeroepen, maar wel bij die behandeling aanwezig mogen zijn en daar het woord mogen voeren, voert PTIF aan (i) dat het hof miskent dat de bewindvoerder van Oi Coop geen schuldeiser van PTIF is, en (ii) onder de voorwaarde dat onderdeel 1 zou worden verworpen, dat het hof miskent dat de aanwezige beweerdelijke obligatiehouders (Capricorn c.s., Golden Tree en Pedro da Cavea) naast de trustee (Citicorp) niet eveneens als schuldeisers van PTIF kunnen gelden en dus niet bij de behandeling (in raadkamer) aanwezig mochten zijn, althans dat zij niet gerechtigd waren het woord te voeren.

Hierbij voert onderdeel 3b onder andere aan dat ondanks dat het hof in rov. 2.1 onder verwijzing naar art. 29 Rv partijen verboden

8 PN mr. Groenewegen vanaf 23.

9 Zie hiervoor, onder 1.6.

10 PN mr. Berkenbosch onder 4.2.

11 Zie bijv. hierover B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht (diss. Leiden, 2015), par. 2.5.

12 Zie bijv. B.J. Engerts, 'Insolventieprocedures in de schijnwerpers', *Tvl* 2016/10, p. 65-66.

13 Geen klacht is gericht tegen het oordeel van het hof dat Citicorp handelt in haar hoedanigheid als trustee met betrekking tot één specifieke serie obligaties, terwijl de instructie aan Citicorp afkomstig is van obligatiehouders die minstens 25% van die serie houden, overeenkomstig de minimumeis in de Trust Deeds (zie rov. 5.3).

had om aan derden mededelingen te doen ontrent al hetgeen ter zitting in raadkamer wordt verhandeld en de inhoud van de processtukken (art. 29 lid 1 sub a Rv), de ter zitting aanwezige partijen op geen enkele manier zijn belemmerd in de aanwending van de door PTIF te berde gebrachte vertrouwelijke informatie – onder meer over de voortgang van de RJ-procedure – voor de handel in PTIF obligaties of andere aan de Oi Groep gelieerde effecten, terwijl deze informatie niet in algemene zin voor de markt beschikbaar was. Dit weerhield PTIF ervan vrijuit vertrouwelijke feiten en omstandigheden met betrekking tot de surseance van betaling, de herstructureering in zijn geheel, en haar activiteiten te bespreken, zodat haar recht op een eerlijke behandeling ook in hoger beroep voor het hof is geschonden.

De vijfde (navolgende) alinea keert zich specifiek tegen rov. 5.4 van de beschikking van het hof. Deze alinea, die nader is uitgewerkt in nr. i en ii, voert aan dat het hof een verkeerde maatstaf heeft aangelegd om de gestelde schending van art. 6 EVRM te weerleggen.

4.5. Tegen de beslissing van het hof dat iedere schuldeiser van PTIF, de bewindvoerder en Citicorp de mondelinge behandeling in raadkamer mogen bijwonen staat vanwege de aard van de betrokken beslissingen geen rechtsmiddel open. De omstandigheid dat de behandeling in raadkamer plaatsvindt, heeft niet tot gevolg dat geen belanghebbenden kunnen worden toegelaten. Omdat het hof tevens geheimhouding heeft opgelegd (29 Rv), is voldoende tegemoetgekomen aan de belangen van PTIF. Het hof heeft, gelet op de voortvarendheid die het bij de inrichting van de zitting op 29 maart 2017 moest betrachten, een voldoende mate van zorgvuldigheid jegens de betrokken belangen aan de dag gelegd. Als gevolg hiervan is van schending van art. 6 EVRM geen sprake. De onderdelen 3a en 3b gaan niet op.

4.6. *Onderdeel 4* klaagt – samengevat – dat het hof buiten het door de grieven ontsloten gebied is getreden door haar oordeel mede te baseren op argumenten en stellingen die niet door de appellante Citicorp zijn aangevoerd (maar door de bewindvoerder of Capricorn c.s.), dan wel pas bij pleidooi door Citicorp zijn aangevoerd.

4.7. *Onderdeel 4* faalt. Het hof kon de surseance ook *ambtshalve* intrekken. Art. 242 lid 1 Fw scheidt de bevoegdheid tot *ambtshalve* intrekking voor de rechtbank. Ik zou willen aannemen dat, nu hoger beroep is ingesteld tegen de afwijzing van het intrekkingverzoek door de rechtbank, ook het hof deze bevoegdheid heeft. Het hof was dus niet gebonden aan de in het beroepsschrift van Citicorp geformuleerde grieven.

Ik merk ook op dat de proceseconomie niet gebaat zou zijn met een strikte toepassing van

de gewone regels van het grievensstelsel en de grenzen van de rechtsstrijd, waaronder de regel dat grieven niet later dan in het beroepsschrift mogen worden aangevoerd. Als het hof geen acht zou kunnen slaan op ná het beroepsschrift van Citicorp aangevoerde argumenten en stellingen en afwijzing van het intrekkingverzoek daarvan het gevolg zou zijn, zou Citicorp direct een nieuw intrekkingverzoek kunnen doen.¹⁴

Het zou mijns inziens in het bijzonder onwenselijk zijn als het hof zijn beslissing niet mede zou kunnen baseren op bezwaren van de bewindvoerder tegen de afwijzing van de verzochte intrekking, ook als de bewindvoerder zelf geen hoger beroep heeft ingesteld. De bewindvoerder heeft immers bij uitstek kennis van zaken en de wet gebiedt niet voor niets zijn oproeping (art. 243 lid 3 Fw).

De inhoudelijke cassatieklachten (onderdelen 2 en 5)

4.8. De onderdelen 2 en 5 bestrijden op meerdere gronden het oordeel van het hof in de rechtsoverwegingen 5.7-5.11 dat sprake is van de intrekkinggronden 1, 3 en 4 van art. 242 lid 1 Fw. Het hof heeft – kort samengevat – het volgende geoordeeld:

– Rov. 5.7: Het hof merkt het doen van een voorstel tot afstand van de vordering van PTIF op Oi Coop aan als een daad van beheer of beschikking (intrekkinggrond 3).

– Rov. 5.8 en 5.9: Het hof oordeelt dat PTIF zich door het indienen van het verzoekschrift van 28 november 2016 bij de Braziliaanse rechter (hierna: de 28 november-filing), waarmee volgens het hof is beoogd de bevoegdheden van de bewindvoerder aan banden te leggen, schuldig heeft gemaakt aan kwade trouw in het beheer van de boedel (intrekkinggrond 1).

– Rov. 5.8, 5.9, 5.10 en 5.11: Het hof oordeelt dat PTIF onvoldoende medewerking verleent aan de bewindvoerder, onder meer door onvoldoende informatie te verstrekken, en te passief is ten aanzien van het RJ-akkoord (intrekkinggrond 4).¹⁵

4.9. Ik zie aanleiding eerst onderdeel 5 te bespreken.

4.10. *Onderdeel 5* klaagt over het oordeel van het hof in rov. 5.7 dat PTIF een daad van beheer en beschikking heeft verricht waarvoor de toestemming van de bewindvoerder was vereist. *Onderdeel 5* is uitgewerkt in de subonderdelen

¹⁴ Zie over het grievensstelsel en de diverse uitzonderingen *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/101 en verder.

¹⁵ In de slotzin van rov. 5.11 wordt weliswaar alleen verwezen naar rov. 5.8, maar ik meen dat het geheel van de rechtsoverwegingen 5.8-5.11 volgt dat ook de oordelen van het hof in de rechtsoverwegingen 5.9 en 5.10 dragend zijn geweest voor de conclusie van het hof in rov. 5.11 dat sprake is van intrekkinggrond 4.

a t/m f. Ik vat de klachten eerst samen, waarna ik ze gezamenlijke bespreek.

– *Onderdeel 5a.* Het oordeel dat PTIF door het doen van een voorstel tot afstand van haar vordering van EUR 3,8 miljard de toestemming van de bewindvoerder nodig zou hebben gehad, is onbegrijpelijk gelet op de feitelijke vaststelling van het hof dat het RJ-akkoord op 5 september 2016 bij de rechtbank in Rio de Janeiro is gedeponereerd, terwijl de rechtbank eerst op 3 oktober 2016 aan PTIF surseance van betaling heeft verleend.

Subsidiair, voor het geval het hof heeft bedoeld op het *aangepaste* (ontwerp-)RJ-akkoord zijn deze oordelen onbegrijpelijk omdat er nog geen sprake is van een aangepast (ontwerp-)RJ-akkoord. Het bestuur van OI (niet: PTIF) heeft slechts ingestemd met een *debt for equity swap* voor schuldeisers.

– *Onderdeel 5b.* Het hof heeft miskend dat PTIF als schuldenaar exclusief het recht heeft een akkoord aan te bieden, zowel in de Nederlandse surseance als in de Braziliaanse RJ-procedure.

– *Onderdeel 5c.* Het hof heeft miskend dat PTIF, doordat zij samen met de overige RJ-schuldenaren een (ontwerp-)akkoord heeft aangeboden, niet heeft beschikt over een bestanddeel dat behoort tot de boedel van PTIF.

– *Onderdeel 5d.* Het hof heeft miskend dat het de schuldeisers en stakeholders steeds duidelijk is geweest dat het aangeboden RJ-akkoord nog kan wijzigen.

– *Onderdeel 5e.* Voor zover het RJ-akkoord ertoe zou leiden dat PTIF geen betaling op haar vordering op Oi Coop zou ontvangen, komt dit niet doordat (het bestuur van) PTIF afstand zou hebben gedaan van die vordering, maar omdat Oi Coop (en dus niet PTIF) heeft voorgesteld geen uitkering op die vordering te doen en omdat de gezamenlijke RJ-schuldeisers daarmee hebben ingestemd.

– *Onderdeel 5f.* Om de hiervoor genoemde redenen, zowel afzonderlijk als in samenhang beschouwd, is niet voldaan aan de intrekkingsgrond van art. 242 lid 1 sub 3 Fw.

4.11. De centrale vraag van onderdeel 5 is of het hof tot het oordeel kon komen dat sprake is van een daad van beheer of beschikking in de zin van art. 228 lid 1 Fw.

4.12. Voor de uitleg van de begrippen beheer en beschikking kan aansluiting worden gezocht bij de uitleg van deze begrippen in art. 23 Fw.¹⁶ Dit artikel bepaalt dat de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn vermogen verliest. Onder beschikken valt het overdragen, bezwaren, inhoudelijk veranderen of opgeven van een vermogensrecht, althans van een be-

standdeel van het faillissementsvermogen. Beheer is een ruimer begrip. Er vallen ook feitelijke handelingen onder.¹⁷

4.13. In rov. 5.7 heeft het hof als daad van beheer of beschikking aangemerkt “het door PTIF doen van een voorstel tot afstand van haar vordering van 3,8 miljard op Oi Coop”.

4.14. Ik maak eerst twee opmerkingen.

Ten eerste. Ik ga er vanuit dat het hof doelt op de (aangekondigde) indiening van het *aangepaste* (ontwerp-)RJ-akkoord en dus niet (zie onderdeel 5a primair) op het (ontwerp)akkoord dat al vóór de verlening van de surseance was ingediend. Dat blijkt wat mij betreft genoegzaam uit de beschikking van het hof. Zie in het bijzonder rov. 5.10, waarin het hof expliciet spreekt over het aangepaste (ontwerp-)RJ-akkoord.¹⁸

Ten tweede. Ik meen dat het hof ervan heeft mogen uitgaan dat het aangepaste (ontwerp-)akkoord mede namens PTIF is ingediend (althans aangekondigd). Het hof heeft onbestreden vastgesteld (zie rov. 3.6) dat het verzoekschrift tot opening van de RJ-procedure mede door PTIF is ingediend, waarbij het oorspronkelijke RJ-akkoord is gedeponereerd. Het hof kon er daarom vanuit gaan dat PTIF ook betrokken is geweest bij de aanpassing van het RJ-akkoord. PTIF heeft overigens niet gesteld dat deze aanname feitelijk onjuist is.

4.15. Ik begrijp het oordeel van het hof aldus, dat de goedkeuring van het bestuur van PTIF binnen de Oi Groep tot het aanbieden van een geconsolideerd akkoord in de RJ-procedure, een daad van beheer of beschikking is. Dit oordeel geeft volgens mij geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁹ Zoals het hof onbestreden heeft vastgesteld, is één van de gevolgen van het (aangepaste) akkoord dat PTIF geen uitkering zal ontvangen op haar vordering op Oi Coop (zie rov. 3.6). Dat dit gevolg nog niet is ingetreden omdat het RJ-akkoord nog niet definitief tot stand is gekomen, maakt dit niet anders. Er lijkt mij minst genomen sprake te zijn van een daad van beheer.

4.16. Anders dan PTIF stelt, heeft het hof niet miskend dat het aanbieden van een akkoord de exclusieve bevoegdheid van de schuldenaar is. De daad van beschikking of beheer waarop het hof doelt, is immers niet het aanbieden van een akkoord aan de schuldeisers van PTIF in de zin van art. 252 Fw, maar het binnen de Oi Groep instemmen met het aanbieden van een

¹⁷ Zie bijv. Wessels Insolventierecht nr. II) 2016/2234 en SDU Commentaar Insolventierecht, art. 23 Fw, aant. C1 (C. den Besten, 2012).

¹⁸ Zie ook rov. 3.6 laatste volzin.

¹⁹ Zie ook: R.J. van Galen in zijn annotatie bij de beschikking van de rechtbank in de Oi Coop-zaak in JOR 2017/116.

¹⁶ Vgl. Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen, p. 466.

geconsolideerd akkoord aan de *geconsolideerde schuldeisers*.

4.17. Ik ga, tot slot van de bespreking van onderdeel 5, nog in op de klacht in onderdeel 5a dat geen sprake is van een aangepast (ontwerp-)RJ-akkoord omdat slechts zou zijn ingestemd met een *debt for equity swap* voor schuldeisers. Deze klacht is reeds ongegrond omdat het persbericht waarnaar het hof in rov. 3.6 heeft verwezen ook inhoudt dat er zo spoedig mogelijk een aangepast RJ-plan zal worden ingediend.²⁰

4.18. Op grond van het voorgaande, acht ik de klachten van onderdeel 5 ongegrond.

4.19. In de klachten van *onderdeel 2* staan de internationale context van deze zaak en de positie van PTIF binnen de Oi-groep centraal. Het onderdeel bevat een algemene klacht, en een uitwerking daarvan in de onderdelen a t/m e.

4.20. De *algemene klacht* houdt – samengevat – in dat het hof heeft miskend dat PTIF deel uitmaakt van een Braziliaans concern en, samen met haar moedermaatschappij en vijf andere groepsvennootschappen, is onderworpen aan de RJ-procedure. Het bestuur van PTIF moet zich aan het Braziliaanse (faillissements) recht houden en daar hebben de bewindvoerder en de Nederlandse rechter rekening mee te houden. Daaraan doet volgens de algemene klacht niet af dat de RJ-procedure in Nederland niet wordt erkend en ook niet dat de surseance naar Nederlands recht wereldwijd werkt.

4.21. Ik acht deze algemene klacht ongegrond.

In de inleiding vermeldde ik al dat het feit dat PTIF, tezamen met haar moedermaatschappij en groepsmaatschappijen, is betrokken in de RJ-procedure er niet aan afdoet dat PTIF zich dient te houden aan haar verplichtingen op grond van de Faillissementswet. Daarnaast geldt dat, waar PTIF zich mogelijk mede wenst te laten leiden door het groepsbelang, de belangen van de schuldeisers van PTIF niet uit oog mogen worden verloren, temeer gelet op de situatie van insolventie.²¹ Het hof heeft dit onderkend (zie rov. 5.11).

Het hof heeft de gestelde negatieve gevolgen voor de RJ-procedure overigens betrokken in zijn belangenafweging (zie rov. 5.12). Dat kon ook, gelet op het feit dat de rechter bij de beoordeling van een intrekkingverzoek als bedoeld in art. 242 Fw, een discretionaire bevoegdheid heeft. Die discretionaire bevoegdheid is er ook als vaststaat dat sprake is van een intrekkinggrond.

4.22. *Onderdeel 2a* klaagt – samengevat – dat het hof in rov. 5.8 en 5.9 heeft miskend dat het verzoek van de geconsolideerde schuldenaren in de RJ-procedure (waaronder PTIF) dat de bewindvoerder zich niet met de RJ-procedure mag bemoeien (de 28 november-filing, zie hierboven 4.8), legitiem was, omdat de vrees bestond dat de bewindvoerder zich onbevoegd zou mengen in de RJ-procedure. Het onderdeel wijst erop dat de bevoegdheid een akkoord aan te bieden exclusief aan de schuldenaar toekomt. Het verzoek van de geconsolideerde schuldenaren betrof volgens het onderdeel geen rechten en verplichtingen van de boedel. Volgens het onderdeel volgt ook uit art. 231 lid 3 Fw dat het bestuur van PTIF bevoegd was het verzoek te steunen.

4.23. *Onderdeel 2a* is ongegrond.

In rov. 5.8 en 5.9 heeft het hof – kort gezegd – geoordeeld dat PTIF met de 28 november-filing actief stappen heeft ondernomen om de bewindvoerder buitenspel te zetten en dat PTIF zich aldus schuldig heeft gemaakt aan kwade trouw in het beheer van de boedel in de zin van art. 242 lid sub 1 Fw. Ik kan mij in dit oordeel vinden. Wat mij betreft is het duidelijk dat de 28 november-filing zich niet verdraagt met de bevoegdheden van de bewindvoerder op grond van de Faillissementswet.

De vrees dat de bewindvoerder zijn bevoegdheden te buiten zou gaan lijkt mij ongegrond. Het lijkt er meer op dat PTIF in werkelijkheid niet zat te wachten op serieuze uitoefening door de bewindvoerder van zijn wettelijke taken, te weten toezicht houden in het belang van de schuldeisers van PTIF.

Waar onderdeel 2a aanvoert dat de bevoegdheid een akkoord aan te bieden de exclusieve bevoegdheid is van de schuldenaar, verwijs ik naar de bespreking van onderdeel 5 (zie hiervoor onder 4.16).

De verwijzing naar art. 231 lid 3 Fw baat PTIF mijns inziens niet, reeds omdat, anders dan PTIF betoogt, de 28 november-filing wel degelijk gaat over “rechten of verplichtingen tot de boedel behorende” en PTIF dus wel degelijk de medewerking van de bewindvoerder nodig had.

4.24. *Onderdeel 2b* stelt dat gegrondbevinding van onderdeel 2a meebrengt dat ook het oordeel van het hof in rov. 5.11 dat de onder rov. 5.8 omschreven handelingen en gedragingen in weerwil van de aanbevelingen van de rechtbank zijn, niet in stand kan blijven.

4.25. Nu onderdeel 2a ongegrond is, geldt hetzelfde voor onderdeel 2b.

4.26. *Onderdeel 2c* klaagt dat het oordeel in rov. 5.11 ook overigens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is, nu de aanbeveling in rov. 8.21 van de beschikking van de rechtbank niet een opgelegde bepaling is als bedoeld in art. 242 lid 1 sub 4 Fw.

20 In de weergave van onderdeel 5a zelf (zie voetnoot 52 van de cassatiedagvaarding).

21 Vgl. B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (deel 1), 2013, p. 954-955 en S.M. Bartman e.a., *Van het concern 2016/XI.5*.

4.27. De klacht is ongegrond. Ik licht dit als volgt toe.

Volgens art. 242 lid 1 sub 4 Fw kan de surseance worden ingetrokken indien de schuldenaar

“nalaat te doen, wat in de bepalingen, door de rechtbank bij het verlenen der surseance of later gesteld, aan hem is opgelegd of wat naar het oordeel der bewindvoerders door hem in het belang des boedels moet worden gedaan”.

Onderdeel 2c gaat er blijkbaar vanuit dat het hof de aanbeveling van de rechtbank in rov. 8.21 heeft beschouwd als een door de rechtbank opgelegde bepaling als bedoeld in art. 242 lid 1 sub 4 Fw en dat het hof zijn oordeel heeft gebaseerd op schending van deze bepaling.

Ik meen echter dat het hof het andere deel van art. 242 lid 1 sub 4 Fw als dragende grond heeft gebruikt: nalaten te doen wat naar het oordeel der bewindvoerders door hem in het belang des boedels moet worden gedaan. Dit nalaten bestaat eruit – kort gezegd – dat PTIF de 28 november-filing heeft ingediend (rov. 5.8 en 5.9), dat PTIF onvoldoende medewerking verleent aan de bewindvoerder, onder meer door onvoldoende informatie te verstrekken, en te passief is ten aanzien van het RJ-akkoord (rov. 5.10 en 5.11).²²

Dat het hof in de slotzin van rov. 5.11 heeft verwezen naar de aanbeveling van de rechtbank leidt, gelet op de formulering van deze zin, niet tot een andere conclusie. Ik wijs er ook op dat een “aanbeveling” iets heel anders is dan een “bepaling”.

4.28. *Onderdeel 2d* richt zich tegen het oordeel in rov. 5.10 dat uit de onder rov. 3.8 en 3.9 weergegeven correspondentie volgt dat PTIF niet bereid is tot het beantwoorden van de vragen van de bewindvoerder in de brief van 14 maart 2017, die het hof ter zake dienend acht gezien zijn taak om met het bestuur van PTIF het beheer over zaken te voeren en ter vergadering verslag uit te brengen. Volgens het onderdeel is dit oordeel onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd.

Onderdeel 2d is uitgewerkt in acht punten (i t/m viii). Volgens punt i heeft het hof blijk gegeven van onvoldoende inzicht in een complexe, internationale herstructurering. Volgens punt ii heeft het hof miskend dat de vragen niet ter zake dienend zijn. In de punten iii t/m vii wordt 's hofs oordeel bestreden aan de hand van een aantal concrete vragen in de brief van

14 maart 2017. In punt viii, tenslotte, wordt aangevoerd dat het hof heeft miskend dat PTIF de vragen zou beantwoorden zodra dat mogelijk zou zijn.

4.29. De klachten van onderdeel 2d falen. Ik licht dit toe.

In rov. 5.10 is het hof tot het concluderende oordeel gekomen – kort gezegd – dat PTIF onvoldoende actief medewerking verleent aan de bewindvoerder. Ik begrijp uit rov. 5.10 dat dit oordeel niet alleen rust (1) op de grond dat PTIF niet bereid is de door de bewindvoerder gestelde (volgens het hof ter zake dienende) vragen te beantwoorden, maar ook (2) op de grond dat het aangepaste RJ-akkoord buiten de bewindvoerder om is ingediend en op de grond (3) dat PTIF pas vragen wil beantwoorden als het herstructureringsproces verder is gevorderd.

Ik begrijp dat in elk geval grond 2 zelfstandig dragend is voor het concluderende oordeel in rov. 5.10 dat PTIF onvoldoende actief medewerking verleent aan de bewindvoerder. Omdat onderdeel 2d zich voornamelijk richt tegen grond 1 faalt het in zoverre bij gebrek aan belang.

4.30. Waar PTIF in onderdeel 2d (tevens) aanvoert dat het hof, door te overwegen dat PTIF zich te passief en afwachtend opstelt ten opzichte van het naderende RJ-akkoord, blijk heeft gegeven van onvoldoende inzicht in een complexe, internationale herstructurering (zie onderdeel 2d onder i), volg ik haar daarin niet. Het hof heeft mijns inziens terecht onderkend dat de bewindvoerder, in het belang van de schuldeisers van PTIF, minst genomen inzicht moet krijgen in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en dat PTIF actief dient te zijn waar het gaat om het verstrekken van informatie (zie ook rov. 5.11).

4.31. *Onderdeel 2e* voert aan dat gegrondbevinding van onderdeel 2c meebrengt dat ook het voortbouwende oordeel in 5.11 niet in stand kan blijven.

4.32. Nu onderdeel 2c ongegrond is, faalt ook onderdeel 2e.

De overige klachten (onderdelen 6 en 7)

4.33. *Onderdeel 6* bevat een voortbouwklacht die gericht is tegen rov. 5.12. Het onderdeel voert aan dat als een van de klachten van de onderdelen 1-5 gegrond wordt bevonden, de rechter na verwijzing opnieuw moet beoordelen of de eventueel overblijvende intrekingsgronden voldoende zwaarwegend zijn om intrekking van de surseance van betaling te rechtvaardigen. Omdat deze toetsing *ex nunc* moet plaatsvinden, is een nieuwe feitelijke beoordeling nodig, waarvoor in cassatie geen plaats is. Er is dan dus verwijzing nodig.

4.34. *Onderdeel 6* faalt reeds omdat naar mijn mening geen van de klachten van de on-

22 In de slotzin van rov. 5.11 wordt weliswaar alleen verwezen naar rov. 5.8, maar ik meen dat het geheel van de rechtsoverwegingen 5.8-5.11 volgt dat ook de oordelen van het hof in de rechtsoverwegingen 5.9 en 5.10 dragend zijn geweest voor de conclusie van het hof in rov. 5.11 dat sprake is van intrekingsgrond 4.

derdelen 1-5 gegrond is. Verder meen ik dat, wanneer toch één of meer klachten gegrond zouden zijn, dat nog niet per se betekent dat een geheel nieuwe beoordeling nodig is. Ik verwijs naar mijn opmerking onder 3.6.

4.35. *Onderdeel 7* voert aan dat ingeval het cassatieberoep in de zaak van Oi Coop slaagt, de samenhang tussen deze twee zaken meebrengt dat de beschikking in de onderhavige zaak evenmin in stand kan blijven.

4.36. Dit onderdeel faalt reeds, omdat het cassatieberoep in de zaak van Oi Coop naar mijn mening niet slaagt.

5 De conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

RI 2017/73

HOFF ARNHEM-LEEUWARDEN

14 maart 2017, nr. 200.166.772

(Mrs. R.A. van der Pol, I. Brand, W. Heemskerk)

Art. 37a, 39 Fw; art. 6:162 BW

NJF 2017/247

ECLI:NL:GHARL:2017:2116

Aansprakelijkheid curator. Onderhuur. Indeplaatsstelling.

Is de curator pro se aansprakelijk voor de ingebruikgeving van winkelruimte aan een derde zonder (rechterlijke) toestemming verhuurder?

De huurder van winkelruimte is op 20 augustus 2013 in staat van faillissement verklaard. De verhuurder zegt de huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw op tegen 1 september 2013, waarmee de huurovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn van drie maanden eindigt per 30 november 2013. De curator laat de verhuurder weten op zoek te zijn naar doorstartkandidaten. De verhuurder bericht de curator expliciet dat het de curator op grond van de huurovereenkomst niet is toegestaan de gehuurde ruimte onder te verhuren of aan derden in gebruik af te staan.

De curator bereikt overeenstemming met een doorstarter en heeft de verhuurder bericht dat zij ervan uitging dat de doorstarter en verhuurder in overleg zouden gaan over het sluiten van een eventuele huurovereenkomst. Feitelijk had de doorstarter de winkelruimte al in gebruik genomen. De verhuurder heeft de curator gesommeerd het onrechtmatig gebruik van de winkel te (doen) staken. De curator heeft hieraan geen gevolg gegeven en heeft de doorstarter toegestaan de winkelruimte tot 27 november 2013 te gebruiken. De doorstarter heeft de verhuurder geen vergoeding betaald voor het gebruik van de

winkelruimte over de maanden oktober en november 2013.

De verhuurder heeft in eerste aanleg gevorderd voor recht te verklaren dat de curator in zijn hoedanigheid door het gehuurde zonder instemming ter beschikking te stellen is tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst, alsmede dat de curator als gevolg daarvan aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad voor de daaruit voortvloeiende schade. De rechtbank heeft de verklaringen voor recht toegewezen.

Hof: Het hof oordeelt dat de doorstarter tegen betaling de ruimte feitelijk in gebruik heeft genomen en dat dit meer omvat dan het met het oog op de ontruimingsverplichting toestaan de winkel te betreden ter inventarisatie of verwijdering van de verkochte schoenvoorraad. Vaststaat dat de doorstarter in de opzeggingsperiode – na betaling van een vergoeding aan de curator – gedurende enkele weken de winkelruimte heeft gebruikt om schoenen te verkopen. Het handelen van de curator kwalificeert dan ook als onderhuur of ingebruikgeving en is in strijd met de huurovereenkomst.

Terzake de persoonlijke aansprakelijkheid (pro se) van de curator oordeelt het hof dat hier geen sprake was van een situatie waarin de curator een ruime mate van vrijheid heeft in de wijze waarop hij zijn taak als beheerder en vereffenaar van de boedel uitvoert. De curator is gebonden aan regels, in dit geval de rechten van de verhuurder en eigenaar, die hij moet respecteren en nakomen. De curator is (ook al heeft de failliet het huurgenot) niet bevoegd om zonder instemming van de verhuurder/eigenaar de winkelruimte tijdens de opzeggingsperiode in gebruik te geven aan een derde, ook niet wanneer de ingebruikgeving is gedaan met het oog op een mogelijke doorstart. Van dit uitgangspunt is in de rechtspraak alleen afgeweken in gevallen waarin de curator de verhuurder verzocht om indeplaatsstelling van een bepaalde huurder met het oog op een doorstart van de failliete onderneming en sprake was van misbruik van bevoegdheid van de verhuurder of waarin de opzegging ex art. 39 Fw of het vasthouden daaraan door de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht.

Het handelen van de curator is dermate onzorgvuldig en – mede in het licht van de rechtspraak over huuropzegging en indeplaatsstelling – zo ongebruikelijk, dat de curator het onjuiste van zijn handelen moet hebben ingezien, althans redelijkerwijze behoorde in te zien, zodat hem een persoonlijk verwijt van zijn onzorgvuldig handelen kan worden gemaakt. Het hof acht de curator in navolging van de kantonrechter dan ook persoonlijk aansprakelijk.