

Zaaknr: 17/02153
Zitting: 21 juni 2017

mr. L. Timmerman
Conclusie inzake:

OI Brasil Holdings Cooperatief U.A.

tegen

Citadel Equity Fund LTD
Syzgy Capital Management LTD
Trinity Investments Designated Activity
Company
York Global Finance Fund L.P.

1. De feiten

- 1.1. Uit de beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 2 februari 2017 (surseancenummer 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., moedervernootschap 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

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.

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 EUR 1,9 miljard. Onder de PTIF lening heeft zij een schuld aan PTIF van circa EUR 3,8 miljard. Oi Coop heeft in totaal circa EUR 5,6 miljard uitgeleend aan Oi S.A. en Oi Móvel S.A.; circa EUR 4 miljard aan Oi S.A. in de periode van juni 2015 tot maart 2016 en circa EUR 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 groepsvennootschappen, 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 gedeponereerd 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 stemming 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 A.J. Lavatori Correa sinds 3 maart 2016 bestuurder van Oi Coop is. Voldoende aannemelijk is, gezien zijn zakelijke e-mailadres (lavatori@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 verstrekking 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 verstrekke. 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 intrekingsgrond 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, afwachtende 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 (ontvverp-)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 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 intrekkingsoorzaken 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 intrekkingsoorzaken 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

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

betrokken in de door de rechter uit te voeren belangenafweging.

Eén intrekingsgrond is voldoende

- 3.6. Als gezegd, heeft het hof in beide zaken geoordeeld dat sprake is van meerdere intrekingsgronden. 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 intrekingsgronden 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 schuldeischers 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 intrekingsgronden) 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.

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.

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 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 bijvoorbeeld in korte appel- en cassatietermijnen. Ook zijn de normale bewijsregels niet of niet onverkort van toepassing. De rechter neemt zijn beslissing

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

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.

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 1.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 blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij heeft het zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. 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

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

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 *voting 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 gewenst is. De aanpak van het hof is goed verdedigbaar. 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 verstrekking 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. geobjectiveerde 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 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

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.”

belangenafweging die art. 242 Fw. vereist. Ik vind dat een goed verdedigbare 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 oogmerk-vereiste 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 Movel 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 (volledige) 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 toegespitst op twee aangelegenheden die zich hebben voorgedaan: het overmaken van EUR 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.

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).

- 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 gedeponereerd. 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 rechtsopvatting.¹⁶ Zoals het hof onbestreden heeft vastgesteld, is één van de gevolgen van het (*aangepaste*) akkoord dat Oi Coop geen uitkering zal 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.

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.

- 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 intrekingsgrond 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 miskend. 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 intrekingsverzoek. 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 behoeft 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

A-G