

Zaaknr: 17/02165
Zitting: 21 juni 2017

mr. L. Timmerman
Conclusie inzake:

Portugal Telecom International Finance
B.V.

tegen

Citicorp Trustee Company Ltd.

1. De feiten

- 1.1. Uit de beschikking van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2017 (surseancenummer C/13/16/43 S) en de beschikking van het hof Amsterdam van 19 april 2017 (zaaknummer 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, moedervernootschap 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

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

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 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. 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; (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 bevoordeeld. 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 intrekkinggrond 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 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 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 blijkens 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 verweerschrift 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.
- 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 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.

² Zie hiervoor, onder 1.6.

Eén intrekingsgrond is voldoende

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

- 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 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

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.

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

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 processueel 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 *trustee*¹³ 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.

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).

- 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 had om aan derden mededelingen te doen omtrent 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 herstructurering 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 appellant 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 schept 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 grievenstelsel 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:

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

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 (intrekkingsgrond 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 (intrekkingsgrond 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 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 gedoeld 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.

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 intrekkingsgrond 4.

- *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 bestanddeel 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

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

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.

geweest bij de aanpassing van het RJ-akkoord. PTIF heeft overigens niet gesteld dat deze aannahme 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 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

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.

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

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

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*.

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.
- 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 blij 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, blij 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

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.

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 intrekkinggronden 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 onderdelen 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.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G