

sische autoriteiten hebben plaatsgevonden met het kennelijke oogmerk om betalingsonmacht en uiteindelijk het faillissement van Yukos Oil uit te lokken.

4.87. Nu X. zijn bevoegdheid tot het ontslaan van bestuurder M. en bestuurder G. geheel ontleende aan de hoedanigheid van curator die hij op basis van dat vonnis had, is die beslissing nietig, evenals de daarop volgende beslissing om bestuurder S. te benoemen. Achteraf bezien is bestuurder S. nooit bestuurder van Yukos Finance geweest en zijn bestuurder G. en bestuurder M. dat steeds gebleven.

Slotsom in zaak 200.002.104/02 voor zover betreffend bestuurder S.

Dat betekent, dat alle grieven voor zover zij zien op de verklaringen voor recht falen en het bestreden vonnis in zoverre bekrachtigd dient te worden. Voor het overige vloeit uit hetgeen hiervoor in rov. 4.81 is overwogen een gedeeltelijke vernietiging voort.

Kosten in zaak 200.002.104/02 voor zover betreffend bestuurder S.

4.89. zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de kosten in principaal en incidenteel appel en in de incidenten worden veroordeeld (salaris tarief II). Grief 17 faalt dan ook.

5 Beslissing

Het hof:

rechtdoende in het principaal en incidenteel appel in de zaken 200.002.097/02 en 200.002.104/02 voor zover betreffend Promneftstroy c.s.:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor zover nog aan het oordeel van het hof onderworpen;

en voorts rechtdoende op de vorderingen in hoger beroep:

verklaart voor recht dat Promneftstroy geen rechthebbende op de aandelen in Yukos Finance is geworden;

wijst de vorderingen van bestuurder G. c.s. en bestuurder M. voor het overige af;

wijst de vorderingen van Promneftstroy c.s. af;

veroordeelt Promneftstroy c.s. in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van bestuurder G. c.s. en bestuurder M. (gezamenlijk, wat betreft de periode voor verwijzing) begroot op € 303 aan verschotten en € 34.350 voor salaris, en na verwijzing, aan de zijde van bestuurder G. c.s. en bestuurder M. (afzonderlijk) begroot op € 34.350 respectievelijk € 32.060 voor salaris;

in de zaak 200.002.104/02 voor zover betreffend bestuurder S.:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, behoudens ten aanzien van de beslissingen inzake

ke de bevelen en verboden en vernietigt het vonnis waarvan beroep in zoverre,

en opnieuw rechtdoende:

wijst de vorderingen van bestuurder G. c.s. en bestuurder M. voor zover betreffende de gevorderde bevelen en verboden af;

veroordeelt bestuurder S. in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van bestuurder G. c.s. en bestuurder M. begroot op € 2.682 voor salaris;

in beide zaken, voor zover betreffend Promneftstroy en bestuurder S.:

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad voor zover het de veroordelingen betreft. (enz.)

RI 2017/60

HOF AMSTERDAM

19 april 2017, nr. 200.209.207/01

(Mrs. M.L.D. Akkaya, D.J. Oranje, J.W.M. Tromp)

Art. 228, 242 Fw

ECLI:NL:GHAMS:2017:1325

Intrekking voorlopige surseance. Faillissement.

Onder welke omstandigheden is intrekking van de voorlopige surseance van betaling mogelijk?

De Oi Groep is een van de grootste telecomserviceproviders ter wereld, gevestigd in Brazilië. Binnen de groep fungeert het in Nederland gevestigde Oi Brazil Holdings Coöperatief U.A. (Oi Coop) als financieringsmaatschappij. Zij heeft obligaties uitgegeven voor € 1,9 miljard. Terugbetaling van de obligaties is gegarandeerd door Oi S.A., de moeder vennootschap van de Oi Groep. Daarnaast heeft Oi Coop van de ook tot Oi Groep behorende financieringsmaatschappij PTIF € 3,8 miljard geleend. Tot en met maart 2016 heeft Oi Coop circa € 5,6 miljard aan groepsvennootschappen van Oi Groep geleend. Op 29 juni 2016 is een geconsolideerde, gerechtelijke herstructureringsprocedure van Oi Groep in Brazilië geopend. Op 9 augustus 2016 is aan Oi Coop voorlopige surseance van betaling verleend. Op 5 september 2016 heeft Oi Groep in de Braziliaanse herstructureringsprocedure een voorstel ingediend. Daaruit volgt dat Oi Coop geen uitkering zal ontvangen op haar vorderingen op de groepsvennootschappen aan wie zij geld heeft geleend. Bovendien is daarin geen rekening gehouden met de aan de obligatiehouders verstrekte garantie van Oi S.A. De bewindvoerder en appellanten, als schuldeisers van Oi Coop, hebben de rechtbank verzocht om intrekking van de voorlopige surseance onder gelijktijdige faillietverklaring van Oi Coop. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen.

Zij meent dat de crediteuren niet beter af zijn in een faillissement en dat zich geen gronden voor intrekking als bedoeld in art. 242 Fw voordoen. De crediteuren zijn in beroep gekomen.

Hof: (i) Het is voldoende aannemelijk dat de verstrekking van een lening van € 1,6 miljard door Oi Coop aan groepsvennootschappen in maart 2016 een benadelingshandeling als bedoeld in art. 242 lid 2 sub 2 Fw is. De lening is kort voor de aankondiging van de herstructurering verstrekt met feitelijke betrokkenheid van de Oi Groep, nu ten tijde van de verstrekking een van haar mensen bestuurder van Oi Coop was geworden. Aannemelijk is dat het bestuur van Oi Coop wetenschap van de problemen bij Oi Groep had. De benadeling van schuldeisers sub 2 is niet beperkt tot de periode van de (voorlopige) surseance, maar kan ook zien op handelingen voordien. (ii) Oi Coop heeft zonder de vereiste toestemming van de bewindvoerder (art. 228 Fw) afstand gedaan van vorderingen op groepsvennootschappen (een daad van beheer of beschikking met betrekking tot boedelbestanddelen). Daarmee is voldaan aan de intrekkingsgrond van art. 242 lid 1 sub 3 Fw. (iii) Weliswaar mag Oi Coop als financieringsmaatschappij van de Oi Groep haar handelen afstemmen op de gerechtvaardigde belangen van de groep, maar dat 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, zodat ook aan de intrekkingsgrond van art. 242 lid 1 sub 4 Fw is voldaan. Aan (drie) wettelijke intrekkingsgronden is voldaan (art. 242 lid 1 sub 2, 3 en 4 Fw). Het hof acht niet op voorhand gegeven dat het faillissement van Oi Coop geen voordelen aan haar schuldeisers biedt en alleen maar nadelen heeft. Het hof trekt de voorlopig verleende surseance van betaling in en verklaart Oi Coop in staat van faillissement.

Zie ook:

- Hof Arnhem-Leeuwarden, 29 januari 2015, RI 2015/54 (Spyker);
- B. Wessels, *Insolventierecht: Surseance van betaling* (Wessels Insolventierecht, nr. VIII), Deventer: Wolters Kluwer 2014, par. 8232-8233.

Zie anders:

- Rb. Amsterdam 2 februari 2017, JOR 2017/116 (deze zaak) met kritische noot Van Galen.

Wenk:

In deze en een andere beschikking van het Hof Amsterdam van 19 april 2017 (zie RI2017/61) staat de intrekking van de voorlopige surseances van betaling van Neder-

landse (financierings)vennootschappen in de Braziliaanse Oi Groep centraal.

Na de opening van de Braziliaanse herstructureringsprocedure van de hele Oi Groep zijn in Nederland de voorlopige surseances van betaling van twee tot de groep behorende financieringsmaatschappijen uitgesproken. Beide financieringsvennootschappen hebben geld aangetrokken door de uitgifte van obligaties. Uit de beschikkingen doemt het beeld op van een herstructurering van Oi Groep ten koste van (voornamelijk) de obligatiehouders: de financieringsmaatschappijen zouden blijkens het herstructureringsvoorstel afstand moeten doen van hun vorderingen op de werkmaatschappijen waaraan zij de aangetrokken gelden hebben doorgeleend; bovendien houdt het herstructureringsvoorstel (kennelijk) geen rekening met de garantie die de moedervennootschap van de groep onder de obligatieleningen aan de obligatiehouders heeft verstrekt. Ook overigens lijkt men zich in Brazilië weinig van de belangen van de Nederlandse financieringsmaatschappijen en hun bewindvoerders te willen aantrekken.

Een en ander is voor de bewindvoerders en crediteuren aanleiding intrekking van de voorlopig verleende surseance van betaling van beide vennootschappen te verzoeken. De vijf gronden voor intrekking staan vermeld in art. 242 lid 1 Fw. Indien een of meer van deze gronden zich voordoen, kan de rechtbank de (voorlopige) surseance van betaling intrekken; verplicht is de rechtbank daartoe niet. De bewindvoerder is overigens wel verplicht intrekking te verzoeken indien grond 1 (kwade trouw bij beheer van de boedel) of 5 (geen zicht op voltooiing van de schuldeisers) zich voordoet.

Het is opvallend hoe diametraal tegenovergesteld de beoordeling van (nagenoeg) hetzelfde feitencomplex door rechtbank (geen intrekking) en hof (wel intrekking) is. Ondanks dat bewindvoerder en crediteuren ook andere gronden aanvoeren, neemt de rechtbank de vijfde grond van art. 242 lid 1 Fw tot uitgangspunt: de intrekking is (pas) aangewezen, indien hangende surseance niet het vooruitzicht bestaat dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen. De rechtbank overweegt dat niet is gesteld of gebleken dat de schuldeisers beter af zullen zijn in geval de surseance wordt ingetrokken en het faillissement wordt uitgesproken. Vervolgens onderzoekt de rechtbank of een of meer andere gronden van art. 242 lid 1 Fw zich voordoen. Dat is naar het oordeel van de rechtbank niet het geval. De rechtbank heeft aansluiting gezocht bij de beschikking van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 29 januari 2015 (RI 2015/54) inzake *Spyker*. In die

zaak was, voor zover uit de beschikking blijkt, alleen een beroep op de vijfde grond in art. 242 lid 1 Fw gedaan.

Het hof daarentegen meent (in beide beschikkingen) dat tenminste op drie andere gronden uit art. 242 lid 1 Fw terecht een beroep wordt gedaan en acht niet op voorhand gegeven dat het faillissement geen voordelen aan de schuldeisers biedt en alleen maar nadelen heeft (grond 5).

Er vallen een paar zaken op. Ten eerste lijkt het hof alle vijf de gronden voor intrekking nevensgeschikt te vinden (in plaats van ondergeschikt: de eerste vier gronden als aanvulling op grond 5). Ten tweede oordeelt het hof (anders dan de rechtbank) op basis van de wetsystematiek dat de poging tot benadeling van schuldeisers (grond 2) ook voorafgaand aan de (voorlopige) surseance mag hebben plaatsgevonden. Ten derde dringt de vraag zich op of met het deponeren van een ontwerpakkoord in de Braziliaanse herstructureringsprocedure de Nederlandse financieringsvennootschappen een daad van beheer of beschikking hebben verricht, die de medewerking van de bewindvoerder vereist (art. 228 lid 1 en 242 lid 1 sub 3 Fw.). In het geconsolideerde ontwerpakkoord hebben de financieringsmaatschappijen kennelijk hun intercompanyvorderingen (boedelbestanddelen) laten vallen. In dat verband overwegen zowel rechtbank als hof dat de financieringsmaatschappijen hun handelen mogen afstemmen op de gerechtvaardigde belangen van de groep. De rechtbank wijst erop dat de schuldeisers van de financieringsmaatschappijen ervoor hebben gekozen te investeren in de Oi Groep en niet in de financieringsvennootschappen als zodanig. Voor het rendement zijn de schuldeisers volledig afhankelijk van de prestaties van Oi Groep. Nu uit de opeenvolgende ontwerpakkoorden in de Braziliaanse herstructureringsprocedure volgt dat de financieringsvennootschappen afstand van hun intercompanyvorderingen hebben gedaan/zouden moeten doen, lijkt niet vol te houden dat surseance uitzicht biedt op de bevrediging van hun schuldeisers na verloop van tijd.

(J.A. Stal)

Beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer in de zaak van:

1. Citadel Equity Fund Ltd., gevestigd te Grand Cayman (Kaaimeiland),
2. Syzygy Capital Management Ltd. (Aurelius), gevestigd te New York (Verenigde Staten van Amerika),
3. Trinity Investments Designated Activity Company, gevestigd te Dublin (Ierland),

4. York Global Finance Fund L.P., gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk),
appellanten, hierna gezamenlijk Citadel c.s.,
advocaten: mrs. F. Verhoeven, G.H. Gispén en D.G.J. Heems te Amsterdam,
tegen

Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A., gevestigd te Amsterdam, geïntimeerde, hierna Oi Coop,
advocaten: mrs. L.P. Kortmann en V.G.M. Leferink te Amsterdam.

Hof:

1 Het geding in hoger beroep

Citadel c.s. zijn bij op 10 februari 2017 ter griffie van het hof ingekomen beroepschrift in hoger beroep gekomen van de beschikking van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2017 met bovengenoemd surseancenummer, waarbij hun verzoek strekkende tot het intrekken van de voorlopig verleende surseance van betaling en het gelijktijdig uitspreken van het faillissement van Oi Coop is afgewezen.

Het hoger beroep is behandeld op de zitting van het hof van 29 maart 2017.

Bij die behandeling zijn namens Citadel c.s. verschenen mrs. Verhoeven, Gispén en Heems voornoemd, alsmede mr. H.M.E. van Baren, advocaat te Amsterdam. Mrs. Gispén en Verhoeven hebben het beroepschrift nader toegelicht aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities.

Namens Oi Coop zijn verschenen mrs. Kortmann en Leferink voornoemd alsmede mr. A. Ourhris, advocaat te Amsterdam. Mr. Kortmann heeft het hierna te noemen verweerschrift nader toegelicht aan de hand van een aan het hof overgelegde pleitnota.

Tevens is verschenen de bewindvoerder, mr. J.R. Berkenbosch, vergezeld van zijn kantoorgenoten mrs. E.J. Schuur en Y.S. Beerepoot, advocaten te Amsterdam, die zijn standpunt heeft toegelicht aan de hand van aan het hof overgelegde spreekantekeningen.

Voorts zijn namens Portugal Telecom International Finance B.V. (hierna: PTIF) in haar hoedanigheid van schuldeiser van Oi Coop verschenen mrs. R.D. Vriesendorp, R. van den Sigtenhorst en K.M. Sixma, advocaten te Amsterdam. Mr. Van den Sigtenhorst heeft het standpunt van PTIF nader toegelicht aan de hand van aan het hof overgelegde spreekantekeningen.

Verder is namens The Bank of New York Mellon (hierna: BNYM), optredend ten behoeve van de 2022 en 2021 beneficial noteholders, verschenen mr. M.H.R.N.Y. Cordewener, advocaat te Amsterdam.

Mrs. Verhoeven en Gispén voornoemd zijn tevens verschenen namens Monarch Master Funding 2 (Luxembourg) S.à.r.l. (hierna:

Monarch) als houder van door Oi Coop uitgegeven obligaties.

Ten slotte is verschenen de bewindvoerder van PTIF, mr. J.L.M. Groenewegen, vergezeld van zijn kantoorgenoot mr. D.J. Bos, advocaat te Amsterdam.

Het hof heeft kennisgenomen van:

- het beroepsschrift, met bijlage (productie 25);
- de stukken van de procedure in eerste aanleg, waaronder het proces-verbaal van de zitting van 12 januari 2017;
- de brief van de bewindvoerder van 16 maart 2017, met bijlagen (bijlage 1 tot en met 3);
- de brief van de bewindvoerder van PTIF van 20 maart 2017;
- het verweerschrift van Oi Coop van 22 maart 2017, met bijlagen (genummerd 1 tot en met 21c);
- de zienswijze van de bewindvoerder van 23 maart 2017, met bijlagen (producties 1 tot en met 6);
- brieven van Oi Coop van 20 maart en 24 maart 2017;
- brieven van Citadel c.s. van 21 maart, 22 maart en 24 maart 2017;
- nadere stukken van Citadel c.s. (productie 26 tot en met 33) ingediend bij brief van 27 maart 2017;
- nadere stukken van Oi Coop (bijlage 22 tot en met 24) ingediend bij brief van 28 maart 2017.

De advocaten hebben verklaard kennis te hebben genomen van de genoemde stukken.

2 *De mondelinge behandeling in hoger beroep*

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.

2.2. Met inachtneming van het hiervoor bepaalde heeft het hof [X], werkzaam bij G5

Evercore en financieel adviseur van Citadel c.s., verzocht de zitting te verlaten aangezien hij geen schuldeiser van Oi Coop is. Hij heeft aan dit verzoek voldaan. Namens PTIF, BNYM en Monarch zijn (bewijs)stukken overgelegd waarmee genoegzaam is aangetoond in welke hoedanigheid zij in raadkamer zijn verschenen en dat zij ieder voor zich belang hebben om hierbij aanwezig te zijn. Gelet hierop heeft het hof bepaald dat PTIF, BNYM en Monarch bij de behandeling in raadkamer aanwezig mogen zijn.

3 *De vaststaande feiten*

3.1. Op 9 augustus 2016 heeft Oi Coop bij de rechtbank Amsterdam het verzoek ingediend haar (voorlopige) surseance van betaling te verlenen. Bij het verzoekschrift was een ontwerpakkoord gevoegd. Bij beschikking van 9 augustus 2016 is door de rechtbank aan Oi Coop voorlopige surseance van betaling verleend met benoeming van mr. Berkenbosch voornoemd tot bewindvoerder en mr. W.F. Korthals Altes tot rechter-commissaris. Daarbij heeft de rechtbank tevens gelast dat de in artikel 218 Fw bedoelde behandeling (vergadering van schuldeisers) niet zal plaatshebben en dat op 18 mei 2017 te 10:00 uur ten overstaan van de rechter-commissaris de raadpleging van stemming over het aangeboden akkoord zal worden gehouden.

3.2. Oi Coop is op 20 april 2011 opgericht en maakt onderdeel uit van een groep vennootschappen (hierna: de Oi Groep). De Oi Groep is één van de grootste geïntegreerde serviceproviders in de telecomunicatiesector ter wereld. Enig lid van Oi Coop is Oi S.A., de moeder vennootschap van de Oi Groep. De aandelen in Oi S.A. worden op de beurs van São Paulo verhandeld en op de New York Stock Exchange. Een groot deel van de financiering van de Oi Groep loopt via haar twee Nederlandse financieringsmaatschappijen: Oi Coop en PTIF. Aan PTIF is op 3 oktober 2016 voorlopige surseance van betaling verleend, waarbij mr. Groenewegen voornoemd tot bewindvoerder is benoemd en mr. M.J.E. Geradts tot rechter-commissaris.

3.3. De operationele 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 (hierna: ANATEL).

3.4. De activiteiten van Oi Coop bestaan uit (i) het aantrekken van gelden uit de internationale kapitaalmarkten, voornamelijk door het uitgeven van notes (obligaties), (ii) het ontvangen van gelden van PTIF via een kredietovereenkomst die Oi Coop en PTIF op 2 juni 2015 zijn aangegaan en die van tijd tot tijd is

aangepast (hierna: de PTIF lening) en (iii) het doorlenen van gelden die Oi Coop door middel van de notes heeft aangetrokken of van PTIF (door middel van de PTIF lening) heeft ontvangen, aan leden van de Oi Groep. De notes zijn gegarandeerd door Oi S.A. Oi Coop heeft zelf geen operationele activiteiten en de notehouders 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 notehouders tevens een directe vordering op Oi S.A.

3.5. Oi Coop heeft twee series van obligaties uitgegeven, per 20 juni 2016 voor in totaal € 1,9 miljard. Onder de PTIF lening heeft zij een schuld aan PTIF van circa € 3,8 miljard. Oi Coop heeft circa € 4 miljard uitgeleend aan Oi S.A. in de periode van juni 2015 tot maart 2016 en circa € 1,6 miljard aan Oi Móvel S.A (hierna Oi Móvel) in maart 2016 (hierna tezamen aangeduid als: de Oi Coop transacties)

3.6. 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 en Copart 5 Participações S.A. (hierna gezamenlijk te noemen: de RJ schuldenaren) 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 (hierna: het RJ akkoord) om liquidatie te voorkomen. Op 5 september 2016 is een geconsolideerd (ontwerp-)RJ akkoord gedeponeerd bij de rechtbank te Rio de Janeiro in Brazilië. Oi S.A. heeft bij persbericht van 22 maart 2017 aangekondigd dat het (ontwerp-)RJ-akkoord aangepast zal worden. De aanpassingen blijken uit het bij dat persbericht gevoegde aanhangsel. Uit het oorspronkelijke (ontwerp-)RJ akkoord en het aangepaste (ontwerp-)RJ akkoord volgt dat Oi Coop geen uitkering zal ontvangen op haar vorderingen op Oi S.A. en Oi Móvel op grond van de Oi Coop transacties. De bestuursvoorzitter van Oi S.A. heeft hierover meegedeeld: "This is the proposal we'll send to the judge and put to a vote."

3.7. De bewindvoerder van Oi Coop heeft bij brief van 2 maart 2017 aan het bestuur van Oi Coop het volgende, voor zover van belang, geschreven:

"(...)

1.2 The Court has instructed us (directors and administrator) to discuss the possibilities for further cooperation, in pursuit of a Dutch composition plan that is

acceptable to the Coop creditors (see the Decision at 8.20 Decision). During our video conference on 7 March 2017 we will discuss those possibilities for further cooperation, including preparations for the creditors' meeting on 18 May 2017 and the working mode to be adopted.

1.3 The present letter raises a number of fundamental questions based on the Decision. My aim is to achieve clarity on what intentions Coop and Oi S.A. ("Oi") have, and whether they are indeed willing to address the issues in a new amended RJ Plan.

(...)

3. QUESTIONS

3.1 (...) I have various questions, which are set out below. Please respond as soon as possible, and at the latest by 10 March 2017 COB. The Financial Information (question 5) and the new and amended RJ Plan (question 1) at the latest by 22 March 2017 COB.

(...)

3.5 Question 1.—Amended RJ Plan

(i) When will an amended RJ Plan be presented that can be considered an offer rather than a draft placeholder plan only?

(...)

3.6 Question 2. - Intercompany Claims

(i) What recovery is (or will be) offered to Coop for the Intercompany Claims under the (new amended) RJ Plan?

(...)

(ii) If no recovery is offered to Coop, what equivalent compensation is (or will be) offered to Coop's creditors for the renunciation of the right of recovery on the Intercompany Claims?

3.7 Question 3. - Guarantee Claims

(i) What recovery, if any, is (or will be) offered to Coop's creditors under the (new amended) RJ Plan for the Guarantee Claims?

(...)

(ii) Why do Coop's creditors receive the same payment for two claims as other Class III creditors of the RJ Debtors receive for one claim?

3.8 Question 4. - Bankruptcy scenario/ Secondary Claims

(i) What recovery is (or will be) offered to Coop's creditors under the (new amended) RJ Plan for the Secondary Claims (...)?

(...)

3.9 Question 5. - Financial Information

(i) Please confirm that you are willing to provide the Financial Information (including segregated creditors' lists) by COB on 22 March 2007 at the latest. Once I receive your confirmation, I will provide you with further questions regarding the financial information that I need in order to perform my tasks as administrator

(...)

(ii) Please confirm that you (RJ Debtors) are willing to support and finance that I retain a financial expert.

3.10 Question 6. - Withdrawal of the filing of 28 November 2016

(i) Please confirm that you will immediately withdraw the filing of 28 November 2016.

(...)

3.11 Question 7. - Consolidation

(i) Why is substantive consolidation of the assets and liabilities of the RJ Debtors in the best interests of Coop's creditors, compared with an unconsolidated restructuring? You represented this in the writ of defence, and the Court took it into consideration. I presume that you can support this sweeping statement by presenting expert opinions; if so, kindly share these opinions with me. According to the calculations presented to me by creditor groups, unconsolidated restructuring could substantially increase the recovery for Coop's creditors (45.80% via Coop plus 18% on Guarantee Claims instead of a total of approximately 30% under current RJ Plan). In your answer, please include what percentage Coop's creditors would receive if the RJ Plan did not provide for substantive consolidation.

3.12 Question 8. - Tax implications

(i) Why does substantive consolidation provide for an optimal tax structure in the restructuring?

(ii) Why does bankruptcy of Coop have negative tax implications for Coop's creditors?

(iii) Why would a distribution on the Intercompany Claims trigger negative tax implications?

(...)

3.13 Question 9. - Respect the vote in the Netherlands

(1) Please confirm that you will not withdraw the suspension of payment proceedings and that you will respect and act in accordance with the outcome of the vote by Coop's creditors in the Dutch proceedings. (...)"

3.8. Het bestuur van Oi Coop heeft bij brief van 15 maart 2017 het volgende, voor zover van belang, hierop geantwoord aan de bewindvoerder:

"(...) As discussed during the recent video conference, we would like to propose to address your questions during our future scheduled conferences, as the restructuring process further develops and the required information becomes available (some of your information requests can simply not be complied with at this stage of the restructuring process, which is not

uncommon in multi-jurisdictional restructurings). (...)"

4 De beoordeling

4.1. Naast Citadel c.s. heeft ook de bewindvoerder van Oi Coop de rechtbank verzocht om intrekking van de voorlopig verleende surseance en het gelijktijdig uitspreken van het faillissement van Oi Coop. De rechtbank heeft het verzoek van de bewindvoerder in dezelfde beschikking waarvan beroep afgewezen en heeft daartoe, kort samengevat, 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.

Het verzoek van Citadel c.s. is eveneens afgewezen, nu dit verzoek volgens de rechtbank geen andere gronden bevat dan dat van de bewindvoerder.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen Citadel c.s. met hun grieven op.

4.2. De primaire grief van Citadel c.s. houdt in dat de bestreden beschikking voor zover betreffende hun procedure jegens Oi Coop onvoldoende gemotiveerd is. Deze grief faalt. De rechtbank heeft in haar beschikking overwogen dat Citadel c.s. geen andere gronden hebben aangevoerd dan de bewindvoerder aan zijn verzoek ten grondslag heeft gelegd en dat hun 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 Citadel c.s. aangevoerde, identieke gronden. Dat Citadel c.s., naar zij stellen, het verzoekschrift van de bewindvoerder "nooit hebben gezien" doet hieraan niet af.

4.3. Citadel c.s. werpen voorts als grief op dat de rechtbank ten onrechte aan de intrekking grond dat de schuldenaar tracht zijn schuldeisers te benadelen (artikel 242 lid 1 sub 2 Fw) de voorwaarde heeft verbonden dat dit gedurende de loop van de surseance moet plaatsvinden. Deze tijdsbepaling is echter alleen in artikel 242 lid 1 sub 1 Fw vermeld. Nu de bewindvoerder heeft vastgesteld dat Oi Coop samen met Oi S.A. en Oi Móvel haar schuldeisers ernstig heeft benadeeld in het jaar voorafgaande aan de surseance, is aan de grond voor intrekking in artikel 242 lid 1 sub 2 voldaan, aldus Citadel c.s.

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 1 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 aan-

gemerkt. 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 bestuurd 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 notehouders 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 intrekkinggrond van artikel 242 lid 1 sub 3 Fw.

4.7. Citadel c.s. grieven verder met het betoog, kort samengevat, dat de bewindvoerder vanaf dag één tot aan het einde van zijn benoeming over dezelfde informatie als (het bestuur van) Oi Coop moet kunnen beschikken "teneinde met de schuldenaar het beheer over diens

zaken te voeren" (artikel 215 lid 2 Fw), terwijl (het bestuur van) Oi Coop weigert om die informatie met de bewindvoerder te delen.

4.8. In dit verband is de zienswijze van de bewindvoerder, zoals hij die voor de zitting in hoger beroep aan het hof heeft toegezonden en ter zitting nader heeft toegelicht, van belang. Deze zienswijze is niet, zoals Oi Coop ter zitting heeft betoogd, een ontoelaatbaar verkapt appel in weerwil van het gegeven dat de bewindvoerder geen hoger beroep heeft ingesteld. De bewindvoerder wordt ingevolge artikel 242 lid 3 Fw hoe dan ook gehoord om zijn zienswijze kenbaar te maken.

4.9. De bewindvoerder wijst erop dat de Oi Groep in een persbericht van 22 maart 2017 (zie hiervoor onder 3.6) bekend heeft gemaakt dat er op korte termijn een gewijzigde versie van het (ontwerp-)RJ akkoord ingediend zal worden. In de bijlage bij het persbericht worden de wijzigingen toegelicht. Volgens de bewindvoerder kan hieruit worden afgeleid dat ook in het gewijzigde plan (i) aan Oi Coop geen vergoeding wordt toegekend voor haar intercompany vorderingen op grond van de Oi Coop transacties, (ii) ook overigens geen rekening wordt gehouden met de Oi Coop transacties, die de bewindvoerder paulianeus en onrechtmatig acht, en (iii) geen rekening wordt gehouden met het feit dat de noteholders naast hun vorderingen op Oi Coop ook vorderingen op Oi S.A. hebben uit hoofde van de door haar verstrekte garantie. De bewindvoerder wijst er verder op dat dit gewijzigde plan mede namens Oi Coop wordt ingediend maar niet met hem is besproken.

4.10. Gelet op het voorgaande is de bewindvoerder van oordeel dat sinds de behandeling van het intrekkingverzoek door de rechtbank in eerste aanleg en ondanks de door de rechtbank gegeven aanbeveling in de bestreden beschikking om met hem samen te werken (i) (het bestuur van) Oi Coop nog immer weigert om hem van de informatie te voorzien die nodig is om zijn taak naar behoren te kunnen vervullen, (ii) (het bestuur van) Oi Coop hem niet betreft bij belangrijke handelingen namens Oi Coop, zoals het wijzigen van het (ontwerp-)RJ akkoord, met directe gevolgen voor het vermogen van Oi Coop. Daar komt bij dat de Oi Groep weliswaar stelt dat op een positieve wijze wordt onderhandeld met de schuldeisers, maar in ieder geval een grote groep schuldeisers van de Oi Groep (die tezamen vorderingen vertegenwoordigen van ongeveer \$ 4 miljard) heeft laten weten dat de Oi Groep in het geheel niet met hen onderhandelt.

4.11. De bewindvoerder concludeert dat uit de gang van zaken na de bestreden beschikking is gebleken dat (het bestuur van) Oi Coop en de Oi Groep hun strategie om hem buiten te sluiten niet zullen wijzigen. Met de aangekondigde

wijzigingen van het (ontwerp-)RJ akkoord staat vast dat Oi Coop en de Oi Groep geen rekening zullen houden met de bijzondere positie van Oi Coop en de schuldeisers van Oi Coop als gevolg van de intercompany-vorderingen, de garantievorderingen op Oi S.A. en de Oi Coop transacties. Daarom acht de bewindvoerder het in het belang van de schuldeisers van Oi Coop dat er een (onafhankelijke) curator wordt benoemd die hun belangen kan waarborgen en, zolang dat nog kan, waar nodig hiertoe invloed kan uitoefenen op de RJ procedure in Brazilië.

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

4.13. Het hof onderkent dat Oi Coop als financieringsmaatschappij van de Oi Groep haar handelen wenst af te stemmen op de gerechtvaardigde belangen van de groep waartoe zij behoort, maar dit laat onverlet dat zij de belangen van haar eigen schuldeisers niet uit het oog mag verliezen. Daarmee is niet verenigbaar dat (het bestuur van) Oi Coop de bewindvoerder geen althans onvoldoende informatie verschaft waardoor de bewindvoerder onvoldoende inzicht krijgt in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en daardoor niet kan beoordelen

of het aanvaarden van geconsolideerde herstructurering van de schulden in het kader van de RJ procedure in het belang is van de boedel. Dit brengt met zich dat de hiervoor onder 4.11 omschreven handelingen en gedragingen van (het bestuur van) Oi Coop die in weerwil zijn van de aanbeveling van de rechtbank, een grond opleveren voor intrekking van de surseance op de voet van artikel 242 lid 1 sub 4 Fw. 4.14. Uit het voorgaande volgt dat aan de sub 2, 3 en 4 van artikel 242 lid 1 Fw weergegeven intrekkinggronden is voldaan. Oi Coop voert, kort samengevat, het volgende aan ter rechtvaardiging dat de surseance niet wordt ingetrokken en het faillissement niet wordt uitgesproken. Het faillissement van Oi Coop biedt geen voordelen aan de schuldeisers (geen hogere vergoeding, schuldeisers kunnen nu al meedoen in de RJ procedure) en heeft alleen nadelen (ontwrichting van de RJ procedure, faillissement Oi Coop zou negatieve fiscale gevolgen kunnen hebben).

De door het hof gemaakte afweging van de betrokken belangen leidt ertoe dat de surseance moet worden ingetrokken en het faillissement moet worden uitgesproken. Gezien het aangepaste (ontwerp-)RJ akkoord, waarover de bestuursvoorzitter van Oi S.A. heeft meege-deeld "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 Móvil 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 in-

trekking 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). 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. 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 Oi Coop in Nederland ligt. De overige grieven behoeven geen bespreking. Oi Coop 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.

5 De beslissing

Het hof:

- vernietigt de beschikking van 2 februari 2017 van de rechtbank Amsterdam voor zover deze ziet op het door Citadel c.s. gedane verzoek, en opnieuw rechtdoende:
- trekt de aan Oi Coop voorlopig verleende surseance van betaling in;
- verklaart Oi Coop in staat van faillissement;
- benoemt tot rechter-commissaris mr. W.F. Korthals Altes, rechter in de rechtbank Amsterdam, en stelt aan als curator mr. J.R. Berkenbosch, verbonden aan Jones Day Advocaten en Notarissen, Concertgebouwplein 20, Postbus 51204, 1007 EE Amsterdam, telefoonnummer 023 - 5530230;
- geeft last aan de curator tot het openen van de aan Oi Coop gerichte brieven en telegrammen;
- veroordeelt Oi Coop in de proceskosten in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van Citadel c.s. begroot op € 619,- aan verschotten en op € 904,- voor salaris van de advocaat en in hoger beroep tot aan deze uit-

spraak aan de zijde van Citadel c.s. begroot op € 716,= aan verschotten en op € 1.788,= voor salaris van de advocaat;

- verstaat dat het loon van de bewindvoerder en de overige in de surseance van betaling gemaakte kosten in een afzonderlijk te geven beschikking door de rechtbank zullen kunnen worden vastgesteld;

- verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

RI 2017/61

HOF AMSTERDAM

19 april 2017, nr. 200.209.198/01

(Mrs. M.L.D. Akkaya, D.J. Oranje, J.W.M. Tromp)

Art. 228, 242 Fw

ECLI:NL:GHAMS:2017:1326

Intrekking voorlopige surseance. Faillissement.

Onder welke omstandigheden is intrekking van de voorlopige surseance van betaling mogelijk?

De Oi Groep is een van de grootste telecomserviceproviders ter wereld, gevestigd in Brazilië. Binnen de groep fungeert het in Nederland gevestigde Portugal Telecom International Finance B.V. (PTIF) als financieringsmaatschappij. Zij heeft obligaties uitgegeven voor € 3,9 miljard, waarvan zij € 3,8 miljard heeft doorgeleend aan de ook tot Oi Group behorende financieringsmaatschappij Oi Coop. Oi Coop leende geld door aan groepsvennootschappen van de Oi Groep. Terugbetaling van de obligaties is gegarandeerd door Oi S.A., de moeder vennootschap van de Oi Groep. Op 29 juni 2016 is een geconsolideerde, gerechtelijke herstructureringsprocedure van Oi Groep in Brazilië geopend. Daarin is op 5 september 2016 een herstructureringsvoorstel ingediend. Uit het voorstel volgt dat PTIF geen uitkering zal ontvangen op haar vordering op Oi Coop. Op 3 oktober 2016 is aan PTIF voorlopige surseance van betaling verleend. De bewindvoerder en appellant, als vertegenwoordiger van schuldeisers van Oi Coop, hebben de rechtbank verzocht om intrekking van de voorlopige surseance onder gelijktijdige faillietverklaring van PTIF. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen. Zij meent dat de crediteuren niet beter af zijn in een faillissement en dat zich geen gronden voor intrekking als bedoeld in art. 242 Fw voordoen. De crediteur is in beroep gekomen.

Hof: (i) PTIF heeft zonder de vereiste toestemming van de bewindvoerder (art. 228 Fw) afstand heeft gedaan van vorderingen op een groepsvennootschap (een daad van beheer of be-

schikking met betrekking tot boedelbestanddelen). Daarmee is voldaan aan de intrekkingsgrond van art. 242 lid 1 sub 3 Fw. (ii) PTIF heeft in Brazilië de rechtbank verzocht te bepalen dat de bewindvoerder zich niet zonder toestemming van het Braziliaanse Superior Court of Justice mag bemoeien met de herstructureringsprocedure. Dit verzoek is niet verenigbaar met de gehoudenheid met open vizier samen met de bewindvoerder tot een adequaat beheer van de boedel te komen. Daarmee is sprake van kwade trouw in het beheer van de boedel als bedoeld in art. 242 lid 1 sub 1 Fw. (iii) Weliswaar mag PTIF als financieringsmaatschappij van de Oi Groep haar handelen afstemmen op de gerechtvaardigde belangen van de groep, maar dat 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, zodat ook aan de intrekkingsgrond van art. 242 lid 1 sub 4 Fw is voldaan. Aan (drie) wettelijke intrekkingsgronden is voldaan (art. 242 lid 1 sub 1, 3 en 4 Fw). Het hof acht niet op voorhand gegeven dat het faillissement van PTIF geen voordelen aan haar schuldeisers biedt en alleen maar nadelen heeft. Het hof trekt de voorlopig verleende surseance van betaling in en verklaart PTIF in staat van faillissement.

Zie ook:

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

Zie anders:

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

Wenk:

Zie voor de wenk Hof Amsterdam 19 april 2017, RI 2017/60.
(J.A. Stal)

Beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer in de zaak van:

Citicorp Trustee Company Ltd., gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), appellante, advocaten: mrs. B.W.G. van der Velden, S.J. van Calker en W.H.J. van den Wildenberg, te Amsterdam, tegen
Portugal Telecom International Finance B.V., gevestigd te Amsterdam, geïntimeerde, hierna PTIF, advocaten: mrs. R.D. Vriesendorp, R. van den Sigtenhorst en K.M. Sixma te Amsterdam.

spraak aan de zijde van Citadel c.s. begroot op € 716,= aan verschotten en op € 1.788,= voor salaris van de advocaat;

- verstaat dat het loon van de bewindvoerder en de overige in de surseance van betaling gemaakte kosten in een afzonderlijk te geven beschikking door de rechtbank zullen kunnen worden vastgesteld;

- verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

RI 2017/61

HOF AMSTERDAM

19 april 2017, nr. 200.209.198/01

(Mrs. M.L.D. Akkaya, D.J. Oranje, J.W.M. Tromp)

Art. 228, 242 Fw

ECLI:NL:GHAMS:2017:1326

Intrekking voorlopige surseance. Faillissement.

Onder welke omstandigheden is intrekking van de voorlopige surseance van betaling mogelijk?

De Oi Groep is een van de grootste telecomserviceproviders ter wereld, gevestigd in Brazilië. Binnen de groep fungeert het in Nederland gevestigde Portugal Telecom International Finance B.V. (PTIF) als financieringsmaatschappij. Zij heeft obligaties uitgegeven voor € 3,9 miljard, waarvan zij € 3,8 miljard heeft doorgeleend aan de ook tot Oi Group behorende financieringsmaatschappij Oi Coop. Oi Coop leende geld door aan groepsvennootschappen van de Oi Groep. Terugbetaling van de obligaties is gegarandeerd door Oi S.A., de moedervennootschap van de Oi Groep. Op 29 juni 2016 is een geconsolideerde, gerechtelijke herstructureringsprocedure van Oi Groep in Brazilië geopend. Daarin is op 5 september 2016 een herstructureringsvoorstel ingediend. Uit het voorstel volgt dat PTIF geen uitkering zal ontvangen op haar vordering op Oi Coop. Op 3 oktober 2016 is aan PTIF voorlopige surseance van betaling verleend. De bewindvoerder en appellant, als vertegenwoordiger van schuldeisers van Oi Coop, hebben de rechtbank verzocht om intrekking van de voorlopige surseance onder gelijktijdige faillietverklaring van PTIF. De rechtbank heeft het verzoek afgewezen. Zij meent dat de crediteuren niet beter af zijn in een faillissement en dat zich geen gronden voor intrekking als bedoeld in art. 242 Fw voordoen. De crediteur is in beroep gekomen.

Hof: (i) PTIF heeft zonder de vereiste toestemming van de bewindvoerder (art. 228 Fw) afstand heeft gedaan van vorderingen op een groepsvennootschap (een daad van beheer of be-

schikking met betrekking tot boedelbestanddelen). Daarmee is voldaan aan de intrekkingsgrond van art. 242 lid 1 sub 3 Fw. (ii) PTIF heeft in Brazilië de rechtbank verzocht te bepalen dat de bewindvoerder zich niet zonder toestemming van het Braziliaanse Superior Court of Justice mag bemoeien met de herstructureringsprocedure. Dit verzoek is niet verenigbaar met de gehoudenheid met open vizier samen met de bewindvoerder tot een adequaat beheer van de boedel te komen. Daarmee is sprake van kwade trouw in het beheer van de boedel als bedoeld in art. 242 lid 1 sub 1 Fw. (iii) Weliswaar mag PTIF als financieringsmaatschappij van de Oi Groep haar handelen afstemmen op de gerechtvaardigde belangen van de groep, maar dat 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, zodat ook aan de intrekkingsgrond van art. 242 lid 1 sub 4 Fw is voldaan. Aan (drie) wettelijke intrekkingsgronden is voldaan (art. 242 lid 1 sub 1, 3 en 4 Fw). Het hof acht niet op voorhand gegeven dat het faillissement van PTIF geen voordelen aan haar schuldeisers biedt en alleen maar nadelen heeft. Het hof trekt de voorlopig verleende surseance van betaling in en verklaart PTIF in staat van faillissement.

Zie ook:

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

Zie anders:

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

Wenk:

Zie voor de wenk Hof Amsterdam 19 april 2017, RI 2017/60.
(J.A. Stal)

Beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer in de zaak van:

Citicorp Trustee Company Ltd., gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), appellante, advocaten: mrs. B.W.G. van der Velden, S.J. van Calker en W.H.J. van den Wildenberg, te Amsterdam, tegen

Portugal Telecom International Finance B.V., gevestigd te Amsterdam, geïntimeerde, hierna PTIF, advocaten: mrs. R.D. Vriesendorp, R. van den Sigtenhorst en K.M. Sixma te Amsterdam.

Hof:**1** *Het geding in hoger beroep*

Citicorp is bij op 10 februari 2017 ter griffie van het hof ingekomen beroepschrift in hoger beroep gekomen van de beschikking van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2017 met bovengenoemd surseancenummer, waarbij haar verzoek, evenals dat van de bewindvoerder, strekkende tot het intrekken van de voorlopig verleende surseance van betaling en het gelijktijdig uitspreken van het faillissement van PTIF is afgewezen.

Het hoger beroep is behandeld op de zitting van het hof van 29 maart 2017.

Bij die behandeling zijn namens Citicorp verschenen mrs. Van der Velden, Van Calker en Van den Wildenberg voornoemd. Mr. Van der Velden heeft het beroepschrift nader toegelicht aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities.

Namens PTIF zijn verschenen mrs. Vriesendorp, Van den Sigtenhorst en Sixma voornoemd, alsmede mrs. R. van Haeringen, M. Malycha en B. Hoffschulte. Mrs. Vriesendorp en Van den Sigtenhorst hebben het hierna te noemen verweerschrift nader toegelicht aan de hand van een aan het hof overgelegde pleitnotitie.

Tevens is verschenen de bewindvoerder, mr. J.L.M. Groenewegen, vergezeld van zijn kantoorgenoten mrs. D.J. Bos en K. van Zwieten, advocaten te Amsterdam, die zijn standpunt nader mondeling heeft toegelicht aan de hand van de hierna te noemen zienswijze en door beantwoording van door het hof gestelde vragen.

Namens Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A. (hierna: Oi Coop) in haar hoedanigheid van schuldenaar van PTIF is verschenen mr. V.G.M. Leferink, advocaat te Amsterdam.

Voorts zijn namens Capricorn Capital Ltd., Trinity Investments Designated Activity Company en York Global Finance Fund (hierna: Capricorn c.s.), die als houder van door PTIF uitgegeven beursgenoteerde obligaties (hierna ook: notes) en tevens als leden van de International Bondholder Committee belanghebbenden zijn in de onderhavige procedure, verschenen mrs. F. Verhoeven, G.H. Gispén en D.G.J. Heems, advocaten te Amsterdam. Mrs. Verhoeven en Gispén voornoemd zijn tevens verschenen namens Monarch Master Funding 2 (Luxembourg) S.à.r.l. (hierna: Monarch) en Citadel Equity Fund Ltd. (hierna: Citadel) die als houders van notes belanghebbenden zijn in de onderhavige procedure.

Verder is verschenen mr. S. van Noorden, advocaat te Amsterdam, namens Golden Tree Asset Management LLP. (hierna: Golden Tree). Daarnaast is namens Pedro da Cavea Co Ltd. (hierna: Pedro da Cavea) nog verschenen [X],

bijgestaan door mr. P.A. Josephus Jitta, advocaat te Amsterdam.

Als toehoorder namens Citco Nederland in haar hoedanigheid van schuldeiser van PTIF is verschenen mr. A. Rosielle, advocaat te Amsterdam.

Ten slotte zijn namens de bewindvoerder van Oi Coop verschenen mrs. E.J. Schuurs en Y.S. Beerepoot, advocaten te Amsterdam.

Het hof heeft kennisgenomen van:

- het beroepschrift, met bijlagen (producties 13 tot en met 16);
- de stukken van de procedure in eerste aanleg, waaronder het proces-verbaal van de zitting van 12 januari 2017;
- de brieven van de bewindvoerder van 17 maart 2017, met bijlage en 27 maart 2017, met bijlage;
- het verweerschrift van PTIF van 24 maart 2017, met bijlagen (producties 1 tot en met 35);
- brief van Capricorn c.s. van 22 maart 2017;
- brieven van PTIF van 17 maart, 24 maart en 27 maart 2017;
- de zienswijze van de bewindvoerder van 27 maart 2017, met bijlagen (producties 1 tot en met 12);
- nadere stukken van Citicorp (producties 17 tot en met 23, alsmede producties 24 tot en met 26) ingediend bij brieven van 27 maart en 28 maart 2017;
- de brief van de bewindvoerder van Oi Coop van 28 maart 2017;
- de brief van Citadel en Monarch van 28 maart 2017;
- nadere stukken van PTIF (producties 36 tot en met 39, alsmede productie 40 tot en met 42) ingediend bij brieven van 28 maart en 29 maart 2017.

De advocaten hebben verklaard kennis te hebben genomen van de genoemde stukken.

2 *De mondelinge behandeling in hoger beroep*

2.1. Op de door partijen gedane verzoeken als vervat in de brieven van de bewindvoerder (17 maart 2017), van PTIF (17 maart 2017) en van Capricorn 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 en luiden als volgt. 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 Oi Coop 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.

2.2. Namens Capricorn c.s., Golden Tree en Pedro da Cavea zijn (bewijs)stukken overgelegd waarmee genoegzaam is aangetoond in welke hoedanigheid zij bij de behandeling van het hoger beroep in raadkamer zijn verschenen en dat zij ieder voor zich belang hebben om hierbij aanwezig te zijn. Gelet hierop heeft het hof bepaald dat Capricorn c.s., Golden Tree en Pedro da Cavea bij de behandeling aanwezig mogen zijn. Ook mr. Rosielle voornoemd mag de behandeling bijwonen nu zij onweersproken heeft verklaard dat haar cliënte (Citco) belanghebbende is.

3 De vaststaande feiten

3.1. Op 30 september 2016 heeft PTIF bij de rechtbank Amsterdam het verzoek ingediend haar (voorlopige) surseance van betaling te verlenen. Bij het verzoekschrift was een ontwerpakkoord gevoegd. Bij beschikking van 3 oktober 2016 is door de rechtbank aan PTIF voorlopige surseance van betaling verleend met benoeming van mr. Groenewegen voornoemd tot bewindvoerder en mr. M.J.E. Geradts tot rechter-commissaris. Daarbij heeft de rechtbank tevens gelast dat de in artikel 218 Fw bedoelde behandeling (vergadering van schuldeisers) niet zal plaatshebben en dat op 18 mei 2017 te 10:20 uur ten overstaan van de rechter-commissaris de raadpleging van stemming over het aangeboden akkoord zal worden gehouden.

3.2. PTIF is op 26 november 1998 opgericht als groepsvennootschap van Portugal Telecom, een Portugese telecomprovider. Medio 2014 werd Portugal Telecom, inclusief PTIF, overgenomen door de Oi Groep, waarvan Oi S.A. te Brazilië de moeder vennootschap is. De ondernemingen van de Oi Groep vormen een van de grootste telecomproviders van Brazilië. De Oi Groep heeft Portugal Telecom eind 2014 aan Altice Portugal S.A. verkocht. PTIF is onderdeel gebleven van de Oi Groep. De aandelen in Oi S.A. worden op de beurs van São Paulo verhandeld en op de New York Stock Exchange. De Oi Groep wordt grotendeels gefinancierd met vreemd vermogen uitgegeven op de internationale kapitaalmarkten en omvat twee Nederlandse financieringsmaatschappijen: PTIF en Oi Coop. Aan Oi Coop is op 9 augustus 2016 voorlopige surseance van betaling verleend, waarbij mr. J.R. Berkenbosch tot bewindvoerder is benoemd en mr. W.F. Korthals Altes tot rechter-commissaris.

3.3. De operationele 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

National de Telecomunicações (hierna: ANATEL).

3.4. PTIF is een Nederlands financieringsvehikel binnen de Oi Groep. De activiteiten van PTIF bestaan uit (i) de uitgifte en aflossing van schulden op de internationale kapitaalmarkten, voornamelijk in de vorm van notes (obligaties) en (ii) het doorlenen van gelden ontvangen via de notes aan de Oi Groep. Er zijn geen zekerheden aan de notes verbonden. De notes zijn tevens gegarandeerd door Oi S.A. PTIF heeft zelf geen operationele activiteiten en de note-holders kunnen uitsluitend worden betaald van de inkomsten en opbrengsten gegenereerd door de operationele ondernemingen van de Oi Groep. PTIF had op 20 juni 2016 notes uitgegeven voor een bedrag van circa € 3,9 miljard. Medio 2015 werd door PTIF een bedrag van circa € 3,8 miljard doorgeleend aan Oi Coop. Oi Coop had op haar beurt een bedrag van circa € 4 miljard doorgeleend aan Oi S.A. en een bedrag van € 1,6 miljard aan groepsvennootschap Oi Móvel S.A. (hierna: Oi Móvel).

3.5. Oi Coop heeft twee series van obligaties uitgegeven, per 20 juni 2016 voor in totaal € 1,9 miljard. Onder de PTIF lening heeft zij een schuld aan PTIF van circa € 3,8 miljard. Oi Coop heeft in totaal circa € 5,6 miljard uitgeleend aan Oi S.A. en Oi Móvel: circa € 4 miljard aan Oi S.A. in de periode van juni 2015 tot maart 2016 en circa € 1,6 miljard aan Oi Móvel S.A. (hierna: Oi Móvel) in maart 2016 (hierna tezamen aangeduid als: de Oi Coop transacties).

3.6. 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 en Copart 5 Participações S.A. (hierna gezamenlijk te noemen: de RJ schuldenaren) 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 (hierna: het RJ akkoord) om liquidatie te voorkomen. Op 5 september 2016 is een geconsolideerd (ontwerp-)RJ akkoord gedeponeerd bij de rechtbank te Rio de Janeiro in Brazilië. Oi S.A. heeft bij persbericht van 22 maart 2017 aangekondigd dat het (ontwerp-)RJ akkoord aangepast zal worden. De aanpassingen blijken uit het bij dat persbericht gevoegde anhangsel. Uit het oorspronkelijke (ontwerp-)RJ akkoord en het aangepaste (ontwerp-)RJ akkoord volgt dat Oi Coop respectievelijk PTIF geen uitkering zal ontvangen op haar vorderingen op Oi S.A. en Oi Móvel respectievelijk Oi Coop.

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

3.8. De bewindvoerder van PTIF heeft bij brief van 14 maart 2017 aan het bestuur van PTIF het volgende, voor zover van belang, geschreven:

“(…) 5. TOPICS TO BE RESOLVED IN RELATION TO THE DUTCH SOP

During the limited timeframe PTIF - in joint cooperation with me as Administrator - should in any event adequately address and reach consensus on the following topics:

- (i) Filing of claims by creditors of PTIF;
- (ii) Voting procedure (including - to the extent applicable - request pursuant to art. 225 of the Dutch Bankruptcy Act (“DBA”));
- (iii) Finalization of the composition plan to the creditors of PTIF and amendment of Brazilian RJ Plan;
- (iv) Independent valuation of the assets of PTIF;
- (v) Status of and payment of intercompany claim of PTIF against Coop;
- (vi) Report of Administrator to the creditors (pursuant to art. 265 DBA);
- (vii) Withdrawal of the filing of 28 November 2016.

Please note that this list is not intended as an exhaustive list of topics and that other topics may need to be addressed as well. (…)”

3.9. Het bestuur van PTIF heeft bij brief van 17 maart 2017 het volgende, voor zover van belang, hierop geantwoord aan de bewindvoerder:

“(…) We believe that these videoconferences are the proper forum for discussing many of the questions that you have posed in your Letter. As discussed during the last videoconference on 7 March, our advisors informed you that our advisors intended to address your questions during these future scheduled conferences and any number of additional, appropriate informal discussions with us and/or our advisors as the restructuring process further develops and the information you require as the Administrator becomes available. (…)”

4 De zienswijze van de bewindvoerder

4.1. In deze procedure heeft de bewindvoerder voorafgaand aan de zitting in hoger beroep zijn zienswijze ingediend en deze ter zitting nader toegelicht. De bewindvoerder heeft, kort samengevat, als volgt bericht. PTIF heeft ook na de bestreden beschikking haar handelwijze in Brazilië met betrekking tot de proceshandelingen (hierna ook: filings) gecontinueerd en zij is meerdere keren zonder me-

dewerking van de bewindvoerder overgegaan tot het indienen van processtukken, zonder hem voldoende tijd in de gelegenheid te stellen zijn visie op de te nemen processtukken te geven. Aangezien PTIF wilde vasthouden aan eigen, interne deadlines voor het indienen van processtukken kon de bewindvoerder zich niet uitlaten over de proceshandelingen. Desalniettemin diende PTIF daarna de processtukken bij de Braziliaanse rechter in. Deze handelwijze is niet te rijmen met de door PTIF zelf voorgestelde en in de bestreden beschikking onder rov. 8.16 genoemde *werkmodus* die als uitgangspunt heeft dat de bewindvoerder voldoende tijd krijgt om een mening te vormen ten aanzien van de voorgenomen filings. Nu moet de bewindvoerder zelf uitzoeken welke filings er in Brazilië zijn gedaan en of de belangen van de schuldeisers van PTIF daardoor zijn geschon- den. PTIF heeft de bewindvoerder bericht dat er serieuze gesprekken en onderhandelingen met de schuldeisers worden gevoerd. Daarbij zou ook met vertegenwoordigers van de International Bondholder Committee (IBC) worden gesproken en onderhandeld. Op 15 maart 2017 heeft IBC echter een brief gestuurd aan de besturen van Oi S.A., PTIF en Oi Coop (met een kopie aan de bewindvoerder alsmede aan de bewindvoerder van Oi Coop) waaruit blijkt dat er geen sprake is van constructieve onderhandelingen. Het op 22 maart 2017 door de Oi Groep aangekondigde aangepaste (ontwerp-)RJ akkoord is op 24 maart 2017 door drie groepen van schuldeisers die gezamenlijk een bedrag van € 6 miljard aan vorderingen vertegenwoordigen, als onaanvaardbaar van de hand gewezen. Dit blijkt uit het persbericht van 24 maart 2017 van de desbetreffende schuldeisers (bijlage 12 bij de zienswijze). Door lang te wachten met de voorbereidingen voor de stemming over het Nederlandse akkoord op 18 mei 2017 dreigt deze ofwel een chaos te worden ofwel kan deze in het geheel geen doorgang vinden. PTIF lijkt hierop bewust aan te sturen om zo een verlenging van de (voorlopig) verleende surséance van betaling te verkrijgen een daarmee tijd te winnen in Brazilië. Tegen deze verlenging bestaan bij de schuldeisers ernstige bezwaren. Hiermee laat PTIF na wat naar het oordeel van de bewindvoerder moet worden gedaan in het belang van de boedel en de schuldeisers van PTIF. Als de Oi Groep er in zou slagen in Brazilië een meerderheid achter het RJ akkoord te krijgen, dan krijgt PTIF niets betaald op haar intercompany vordering en worden de schuldeisers benadeeld. Sinds het geven van de bestreden beschikking is nog duidelijker geworden dat PTIF niets zal ondernemen ten aanzien van de intercompany vordering en dat zij de verzoeken van de bewindvoerder en zijn aanwijzingen om daar in het voordeel van de boedel anders mee om te gaan

naast zich neerlegt. Ook nu de tijd begint te dringen voor het indienen van de vorderingen en de stemming over het Nederlandse akkoord wordt de voor de bewindvoerder noodzakelijke informatie nog immer niet verschaft.

4.2. Alles overziend meent de bewindvoerder dat voldoende feiten en omstandigheden bestaan die de intrekking van de (voorlopige) surseance van betaling rechtvaardigen. Tegen die achtergrond bezien steunt de bewindvoerder derhalve het verzoek van Citicorp in hoger beroep strekkende tot intrekking van de surseance en het alsnog uitspreken van het faillissement van PTIF.

5 De beoordeling

5.1. In eerste aanleg heeft naast Citicorp ook de bewindvoerder van PTIF de rechtbank verzocht om intrekking van de voorlopig verleende surseance en het gelijktijdig uitspreken van het faillissement van PTIF. De rechtbank heeft het verzoek van de bewindvoerder in dezelfde beschikking waarvan beroep afgewezen en heeft daartoe, kort samengevat, 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 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.

Het verzoek van Citicorp is eveneens afgewezen, nu dit verzoek volgens de rechtbank geen andere gronden bevat dan dat van de bewindvoerder.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Citicorp met haar grieven op.

5.2. Citicorp heeft zich ter zitting in hoger beroep verzet tegen toelating van productie 42 van PTIF, houdende haar spreek aantekeningen voor de mondelinge behandeling bij de rechtbank in de door de bewindvoerder aangespannen procedure tegen PTIF. Zij stelt dat zij die aantekeningen die geen deel uitmaakten van de procedure in eerste aanleg tussen Citicorp en PTIF en deze eerst op de zittingsdag heeft ontvangen en daarom niet in de gelegenheid is geweest de aantekeningen te bestuderen. Wat hier verder ook van zij, gezien de hierna te nemen beslissing heeft Citicorp geen belang bij dit verzet zodat dit onbesproken kan blijven.

PTIF heeft zich verzet tegen overlegging van de door mr. Verhoeven ter zitting overgelegde brief van 27 maart 2017 van Allan S. Briljant, een in New York gevestigde advocaat. Dit verzet wordt gehonoreerd en deze brief maakt daardoor geen deel uit van het dossier.

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 noteholders. 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 minimeis 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 bezien (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 schending(en) 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 beroepsschrift als volgt. Het voorgestelde RJ akkoord, waarmee PTIF heeft ingestemd, biedt Oi S.A. en Oi Móvel het voordeel dat zij Oi Coop niet meer behoeven te betalen en Oi Coop dat zij PTIF niet meer hoeft 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 toe-

stemming 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/€ 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, afwachende 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 herstructu-

reringsproces 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, geleid 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.

6 De beslissing

Het hof:

- vernietigt de beschikking van 2 februari 2017 van de rechtbank Amsterdam voor zover deze ziet op het door Citicorp gedane verzoek, en opnieuw rechtdoende:
 - trekt de aan PTIF voorlopig verleende surseance van betaling in;
 - verklaart PTIF in staat van faillissement;
 - benoemt tot rechter-commissaris mr. M.J.E. Geradts, rechter in de rechtbank Amsterdam en stelt aan als curator mr. J.L.M. Groenewegen, verbonden aan CMS Derks Star Busmann N.V., Amstelplein 8a, 1096 BC Amsterdam;
- geeft last aan de curator tot het openen van de aan PTIF gerichte brieven en telegrammen;
- veroordeelt PTIF in de proceskosten in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van Citicorp begroot op € 619,= aan verschotten en op € 904,= voor salaris van de advocaat en in hoger beroep tot aan deze uitspraak aan de zijde van Citicorp begroot op € 716,= aan verschotten en op € 1.788,= voor salaris van de advocaat;

- verstaat dat het loon van de bewindvoerder en de overige in de surseance van betaling gemaakte kosten in een afzonderlijk te geven beschikking door de rechtbank zullen kunnen worden vastgesteld;
- verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

RI 2017/62

HOF AMSTERDAM

14 februari 2017, nr. 200.166.020/01

(Mrs. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, D.J. Oranje, A.M.P. Geelhoed)

Art. 6:248 lid 2 BW; art. 20, 53 Fw

NJF 2017/237

ECLI:NL:GHAMS:2017:446

Insolventieclausules.

Is het beroep op ontbinding en schadevergoeding op grond van insolventieclausules in strijd met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers en het fixatiebeginsel dan wel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

De Tún B.V. exploiteerde een glastuinbedrijf. Daarin werd door middel van twee warmtekoppelinginstallaties elektriciteit uit de warmte-energie opgewekt, die deels werd teruggeleverd aan het openbare elektriciteitsnet. In de overeenkomst tussen De Tún en Nuon is opgenomen dat Nuon gerechtigd is de overeenkomst te ontbinden ingeval van faillissement van De Tún en dat De Tún dan alle schade moet voldoen die Nuon door de ontbinding lijdt. Na de faillietverklaring van De Tún heeft Nuon de overeenkomst ontbonden en haar schade verrekend met de vorderingen van De Tún. De curator van De Tún vordert van Nuon betaling van de openstaande bedragen. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. In hoger beroep betoogt de curator wederom dat het beroep op de zogenaamde insolventieclausules in strijd is met het fixatiebeginsel en het beginsel van gelijkheid van schuldeisers en voorts naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Hof: Het hof volgt de curator hierin niet en acht het betrokken beding rechtsgeldig. Met deze clausele bedong Nuon immers niet een niet te rechtvaardigen vergoeding enkel en alleen vanwege het faillissement van De Tún of een daarop gebaseerde beëindiging van de Overeenkomst, waardoor het faillissement van De Tún voor Nuon een onverhoopt voordeel zou opleveren, hetgeen strijd zou kunnen opleveren met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers en het fixatiebeginsel. Met deze bepaling heeft Nuon im-

mers bedongen dat in het geval van ontbinding (waaronder ontbinding vanwege het faillissement van De Tún) zij aanspraak kon maken op vergoeding van de schade die zij daadwerkelijk leed als gevolg van de ontbinding, in dit geval de door haar gederfde winst. De omstandigheid dat De Tún niet tekortschoot in haar verplichting tot levering van gecontracteerde elektriciteit door deze op het Handelsplatform terug te kopen leidt niet tot de conclusie dat de (contractuele) ontbinding door Nuon – en daarmee de aanspraak op schadevergoeding – ongerechtvaardigd was. Hieruit volgt dat ook het beroep op de betrokken bepaling niet in strijd komt met art. 20 Fw of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Zie ook:

- HR 12 april 2013, NJ 2013/224, RI 2013/66, JOR 2013/193 m.nt. J.J. van Hees (Curatoren Megapool/Laser);
- HR 13 mei 2005, NJ 2005/406 m.nt. P. van Schilfgaarde, Tvl 2005/36 m.nt. E. Loesberg en J.L.M. Groenewegen, JOR 2005/222 m.nt. W.J.M. van Andel (BabyXL);
- Hof Amsterdam 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3063, JOR 2017/47 m.nt. K.P. Hoogenboezem (Somers en Cools q.q./Black Box Real Estate);
- Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, RI 2014/101, JOR 2015/52 m.nt. M.P. van Eeden-van Harskamp (vonnis in eerste aanleg in deze procedure);
- Rb. Midden-Nederland 25 mei 2016, RI 2016/101 (Velthuizen q.q./ASR);
- Rb. Midden-Nederland 11 maart 2015, RI 2015/67 (Van Dijk q.q./Reaal);
- M.P. van Eeden-van Harskamp, 'Wederkerige overeenkomsten in faillissement: over insolventieclausules en boedelschulden', Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk 2014, p. 32-37;
- B. Wessels, Insolventierecht II, Gevolgen van faillietverklaring (1), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 2466-2466b (vierde druk).

Wenk:

Dit arrest is het vervolg op Rechtbank Amsterdam 27 augustus 2014, RI 2014/101. Het betreft de vraag of een zogenaamde insolventieclause, althans het beroep daarop door de niet-gefaillieerde contractspartij, in strijd is met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers en het fixatiebeginsel dan wel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Met 'insolventieclause' wordt bedoeld op een contractueel beding op grond waarvan een contractspartij bij faillissement van de wederpartij de overeenkomst kan beëindigen en/of een prestatie niet meer verschuldigd is. Zie