

beschikking

AFSCHRIFT

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht

zaaknummer : 200.209.207/01
surseancenummer rechtbank Amsterdam : C/13/16/41 S

beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer van 19 april 2017

in de zaak van:

1. **CITADEL EQUITY FUND LTD.**,
gevestigd te Grand Cayman (Kaaimaneilanden),
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,
advocaten: mrs. F. Verhoeven, G.H. Gispen en D.G.J. Heems te Amsterdam,

tegen

OI BRASIL HOLDINGS COÖPERATIEF U.A.,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
advocaten: mrs. L.P. Kortmann en V.G.M. Leferink te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Appellanten worden hierna gezamenlijk Citadel c.s. genoemd, geïntimeerde Oi Coop.

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, Gispen en Heems voornoemd, alsmede mr. H.M.E. van Baren, advocaat te Amsterdam. Mrs. Gispen 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. Schuurs 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 beroepschrift, 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 verveerschrift 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 N. Wendling, 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 ontverpakkkoord 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 telecommunicatiesector 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 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 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 gedeponneerd 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 overveging 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 intrekkingsgrond 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 intrekkingsgrond. 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 aangemerkt. Daargelaten of alle leningen aan (een van) deze kwalificaties voldoen, mede gezien het feit dat Oi Coop als financieringsvehikel binnen de Oi Groep ook het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming van de Oi Groep in ogenschouw heeft te nemen, is in ieder geval de lening van € 1,6 miljard zeer verdacht. Deze lening is namelijk kort voor de aankondiging van de herstructurering van de schulden van de Oi Groep verstrekt, waarbij verder van belang is de positie van Oi Coop als financieringsvehikel binnen de Oi Groep en de feitelijke betrokkenheid van de Oi Groep bij Oi Coop ten tijde van de verstrekking van deze lening aangezien een van haar mensen toen sinds kort bestuurder van Oi Coop was. Op grond van deze feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, acht het hof aannemelijk dat het bestuur van Oi Coop wetenschap had van de financiële problemen van de Oi Groep toen zij de lening van € 1,6 miljard aan Oi Móvel verstrekte. Overigens stelt Oi Coop niet dat zij deze wetenschap niet had.

Nu een herstructurering van schulden in beginsel ertoe leidt dat schuldeisers niet meer geheel, althans niet tijdig worden voldaan en Oi Coop wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat Oi Móvel respectievelijk Oi S.A. niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar terugbetalingsverplichting jegens Oi Coop respectievelijk haar garantieverplichting jegens de noteholders zou kunnen voldoen, is voldoende aannemelijk dat sprake is van een benadelingshandeling als bedoeld in artikel 242 lid 2 sub 2 Fw. Hierbij is in aanmerking genomen dat Oi Coop blijkens het aangeboden (ontwerp-)RJ akkoord en het aangepaste (ontwerp-)RJ akkoord heeft ingestemd met geconsolideerde herstructurering van de schulden van de Oi Groep waarbij op haar vorderingen op Oi S.A. en Oi Móvel op grond van de Oi Coop transacties geen uitkering zal plaatsvinden, hetgeen (in ieder geval) voor de lening van € 1,6 miljard aan Oi Móvel, gezien het benadelende karakter ervan, niet voor de hand ligt.

4.6. Bovendien is hier sprake van een daad van beheer of beschikking van Oi Coop betreffende een boedelbestanddeel, namelijk het door haar doen van een voorstel tot afstand van haar vorderingen op Oi S.A. en Oi Móvel, waarvoor ingevolge artikel 228 lid 1 Fw de toestemming van de bewindvoerder vereist was, terwijl Oi Coop die toestemming niet heeft gevraagd. Hiermee is voldaan aan de intrekingsgrond 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 weervil 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 garantie-vorderingen 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, afwachtende houding van het bestuur van Oi Coop die zich de financiële consequenties van het naderend RJ akkoord laat welgevallen zonder, zoals van het bestuur mag worden verwacht, zich, in het belang van de boedel, in samenspraak met de bewindvoerder te beraden over de gevolgen van het voorgenomen RJ akkoord en daarvoor actief de nodige informatie te vergaren en met de bewindvoerder te delen.

4.13. Het hof onderkent dat Oi Coop als financieringsmaatschappij van de Oi Groep haar handelen wenst af te stemmen op de gerechtvaardigde belangen van de groep waartoe zij behoort, maar dit laat onverlet dat zij de belangen van haar eigen schuldeisers niet uit het oog mag verliezen. Daarmee is niet verenigbaar dat (het bestuur van) Oi Coop de bewindvoerder geen althans onvoldoende informatie verschafft 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 weerswil 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 meegedeeld "*This is the proposal we'll send to the judge and put to a vote.*", is thans, anders dan ten tijde van de bestreden beschikking (zie rov. 8.7 ervan), voldoende aannemelijk dat op de vorderingen van Oi Coop jegens Oi S.A. en Oi Móvel geen uitkering zal plaatsvinden. Voorts heeft de aanbeveling van de rechtbank aan Oi Coop om met de bewindvoerder samen te werken en hem van de nodige informatie te voorzien om zijn taak behoorlijk te kunnen vervullen (zie rov. 8.20), zoals uit het voorgaande volgt, niet tot het gewenste resultaat geleid. De door Oi Coop in dit verband genoemde argumenten volgt het hof niet. Dat een aan te stellen curator geen per saldo (van Oi Coop en de garant Oi S.A.) hogere uitkeringen aan de schuldeisers zou kunnen bewerkstelligen dan waarin het (concept) RJ akkoord thans voorziet, staat, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet op voorhand vast. De vermeende negatieve fiscale gevolgen zijn gemotiveerd betwist en ontberen concrete en inzichtelijke onderbouwing. De stelling dat door het faillissement van Oi Coop de RJ procedure "ontwricht" zal worden, is evenmin concreet onderbouwd.

Dat Citadel c.s. volgens Oi Coop slechts een relatief kleine groep noteholders betreft is, daargelaten of dat inderdaad zo is, niet van beslissend belang, nu iedere schuldeiser de intrekking van de surseance kan verzoeken en Oi Coop niet heeft onderbouwd waarom het

gegeven dat Citadel c.s. een kleine groep schuldeisers vertegenwoordigen ertoe moet leiden dat, in weervil van het voorovervogene, 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). 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 overvogen 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 uitspraak 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.

Deze beschikking is gegeven door mrs. M.L.D. Akkaya, D.J. Oranje en J.W.M. Tromp en in het openbaar uitgesproken op 19 april 2017 in tegenwoordigheid van de griffier.



Van deze beschikking kan gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak beroep in cassatie worden ingesteld door middel van een verzoekschrift in te dienen ter griffie van de Hoge Raad.

Voor afschrift conform
De griffier van het
Gerechtshof te Amsterdam

