

beschikking

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht

zaaknummer : 200.209.198/01

surseancenummer rechtbank Amsterdam: C/13/16/43 S

beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer van 19 april 2017

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,

advocaten: mrs. R.D. Vriesendorp, R. van den Sigtenhorst en K.M. Sixma te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Appellante wordt hierna Citicorp genoemd, geïntimeerde PTIF.

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 L. Simsom, 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 moedervenootschap 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 Nacional 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 gedeponereerd 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 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 medewerking van de bewindvoerder overgegaan tot het indienen van processtukken, zonder hem voldoende tijdig 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 geschonden. 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 notholders. Het hof constateert evenwel dat PTIF blijkens haar stellingen onderkent dat uit een brief van 7 november 2016 van Citicorp blijkt dat zij handelde in haar hoedanigheid van trustee met betrekking tot één specifieke serie uitgegeven obligaties, terwijl uit die brief tevens volgt dat de instructie aan Citicorp afkomstig is van obligatiehouders die minstens 25% van die serie houden overeenkomstig de minimumeis in de Trust Deeds. Het hof is van oordeel dat Citicorp in die hoedanigheid dient te worden aangemerkt als een schuldeiser die bevoegd is tot het doen van het onderhavige verzoek. De omvang van de vorderingen van de betrokken noteholders is daarbij verder niet van belang.

5.4. PTIF werpt voorts op dat het recht van PTIF op een eerlijke rechtsbedeling en de procedurele waarborgen zoals vastgelegd in de Faillissementswet en artikel 6 EVRM herhaaldelijk door de rechtbank zijn geschonden. Zij voert daartoe, kort samengevat, aan dat de verzoekschriften van de bewindvoerders met betrekking tot PTIF en Oi Coop (administratief) afzonderlijk behandeld hadden moeten worden, de zitting had moeten plaatsvinden buiten de aanwezigheid van (niet bij het verzoekschrift betrokken) schuldeisers en andere derden, althans de bewindvoerder van Oi Coop, ofwel Citicorp ofwel de obligatiehouders had(den) toegelaten moeten worden maar niet beide, althans zij had de vorderingen van de aanwezige obligatiehouders moeten verifiëren en niet alle obligatiehouders hebben dezelfde mogelijkheid gehad om te worden gehoord, PTIF is niet behoorlijk

opgeroepen en het verzoekschrift van Citicorp had afzonderlijk en op een later tijdstip behandeld moeten worden.

Dit verweer faalt eveneens. Ingevolge vaste jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens dient de rechtsgang als geheel te worden gezien (zie onder meer EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994/534, par. 31 en EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, par. 34). Voor zover er al sprake zou zijn geweest van 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 verzoekschrift van PTIF, naar zij stelt, “nooit heeft gezien” doet hieraan niet af.

5.6. Het hof leest de grieven 2 en 3 in het licht van het gestelde in hoofdstuk 2 van het beroepschrift als volgt. Het voorgestelde RJ akkoord, waarmee PTIF heeft ingestemd, biedt Oi S.A. en 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 toestemming van het Braziliaanse Superior Court of Justice niet mag bemoeien met de RJ procedure en zich dient te onthouden van elke handeling die gericht is op het belemmeren van acties door de raad van bestuur van PTIF met betrekking tot de RJ procedure, op straffe van een boete van BRL 100.000/€ 28.340 per overtreding.

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

5.9. Het hof acht dit verzoek van PTIF in rechte niet verenigbaar met haar gehoudenheid om met open vizier in samenspraak met de bewindvoerder te komen tot een adequaat beheer van de boedel. Met dat verzoek beoogt PTIF immers, zonder overeenstemming met de bewindvoerder na te streven, de bevoegdheden van de bewindvoerder ten aanzien van het beheer van de boedel aan banden te leggen. Aldus heeft PTIF zich, gedurende de loop van de surseance, schuldig gemaakt aan kwade trouw in het beheer van de boedel, in de zin van artikel 242 lid 1 sub 1 Fw.

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

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

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

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

aangepaste (ontwerp-)RJ akkoord is thans, anders dan ten tijde van de bestreden beschikking (zie rov. 8.7 ervan), voldoende aannemelijk dat op de vordering van PTIF op Oi Coop geen uitkering zal plaatsvinden. Voorts heeft de aanbeveling van de rechtbank aan PTIF om met de bewindvoerder samen te werken en hem van de nodige informatie te voorzien om zijn taak behoorlijk te kunnen vervullen (zie rov. 8.20), onder andere blijkt de onder 3.8 en 3.9 weergegeven correspondentie, niet tot (voldoende) resultaat geleid. De door PTIF in dit verband genoemde argumenten volgt het hof niet. Dat een aan te stellen curator geen per saldo hogere uitkeringen aan de schuldeisers zou kunnen bewerkstelligen dan waarin het (ontwerp-) RJ akkoord thans voorziet, staat, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet op voorhand vast. De vermeende negatieve fiscale gevolgen zijn gemotiveerd betwist en ontberen concrete en inzichtelijke onderbouwing. De stellingen dat door het faillissement van PTIF de RJ procedure verstoord zal kunnen worden en dat ANATEL zich in het herstructureringsproces zal kunnen mengen, zijn evenmin concreet onderbouwd. Dat Citicorp volgens PTIF slechts een relatief kleine groep noteholders betreft is, daargelaten of dat inderdaad zo is, niet van beslissend belang, nu iedere schuldeiser de intrekking van de surseance kan verzoeken en PTIF niet heeft onderbouwd waarom het gegeven dat Citicorp een kleine groep schuldeisers vertegenwoordigt ertoe moet leiden dat, in weerwil van het vooroverwogene, van de intrekking van de surseance en het uitspreken van het faillissement moet worden afgezien (bijvoorbeeld omdat een meerderheid van de schuldeisers (die niet tot de Oi-groep behoren) juist voorstander is van het handhaven van de surseance).

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

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.

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 griffie van het
Gerechtshof te Amsterdam

