

**DIE VERTROUENSVERPLIGTINGE VAN
ONDERNEMINGSREDDINGSPRAKTISYNS: 'N
REGSVERGELYKENDE STUDIE**

deur

Lézelle Marianné Jacobs

2005005968

Proefskrif voorgelê as vereiste vir die graad *Doctor Legum*, LLD in die
Fakulteit Regsgeleerdheid, Departement Handelsreg, aan die
Universiteit van die Vrystaat.

Promotor

Professor J Henning

(Universiteit van die Vrystaat)

Medepromotor

Professor E Snyman-Van Deventer

(Universiteit van die Vrystaat)

Julie 2015

Opgedra aan:

Dewald, Albertus en Francina

ERKENNING EN DANKBETUIGING

Die skryf van hierdie proefskrif sou onmoontlik wees sonder die krag van my Skepper, Vader, Vriend en Verlosser. Alle eer aan my God, die enigste God! Ek kan soos Dawid getuig: “Want met U loop ek ‘n bende storm, en met my God spring ek oor ‘n muur.” Psalm 18:30.

Hiermee wil ek graag my opregte dank en erkenning uitspreek teenoor die volgende persone:

- * Professor Johan Henning, my promotor, vir al sy wysheid en kennis. Sy uitdagende vrae en argumente rondom die onderwerp het as motivering gedien in die dae wat dit moeilik was om inspirasie te vind.
- * Professor Elizabeth Snyman-van Deventer, my medepromotor, vir al haar insig en ondersteuning. Sy is voorwaar ‘n staatsmaker en sonder haar aansporing sou hierdie taak soveel moeiliker wees.
- * My rots en eggenoot, Dewald. Daar is nie genoeg woorde om my dank teenoor hierdie man uit te spreek nie. Aan sy liefde en geduld is daar geen einde nie. Dewald, dankie dat jy my gehelp het deur al die donker, moeilike dae. Dankie vir al jou opofferings vir die najaag van my drome. Ek het jou meer en meer lief elke dag.
- * My familie. Ek wil graag in die besonder my ouers bedank vir al hul ondersteuning. Dankie dat julle altyd gevra het hoe vêr ek met die proefskrif trek, veral op die dae wat ek nie daardie vraag wou antwoord nie. Ek wil ook die res van my familie bedank vir hul ondersteuning, Ma Sophia, Emil, Lydia, Franzelle, Harry, André, Elarina, André Jnr, Ouma Lydia, Wynand, Elize en Ludwig. Dankie vir al julle geloof in my. Dankie dat julle geglo het dat ek hierdie taak kan voltooi al het ek menigte male getwyfel.
- * Vriende, in die besonder Dr Manie Moolman, Maralize Conradie, Dr Denine Smit, Johann, Alida, Wijbren en Mieke Nell, Wiaan en Bronwyn Hanekom, Freddy en Deleen Bouwer en Dawn Joubert. Dankie vir die tallose gebede, gesprekke, oproepe, boodskappe en drukkies ter bemoediging. Dankie dat julle altyd begrip gehad het vir my omstandighede. Jammer oor al die kere wat ek as gevolg van hierdie studie nie die vriendin was wat julle verdien het nie.
- * Die *National Research Foundation* vir die finansiële bystand.

- * Die Universiteit van die Vrystaat en in die besonder die Regsfakulteit en Departement Handelsreg
- * Mev Hesma van Tonder. Dankie vir al jou spoedige antwoorde op my noodkrete.

“I declare that the thesis hereby submitted by **Lézelle Marianné Jacobs** for the degree *Doctor Philosophiae* at the University of the Free State is my own independent work and has not previously been submitted by me at another University/Faculty. I further more cede copyright of the thesis in favour of the University of the Free State.”

LM Jacobs

INHOUDSOPGAWE

Bladsy:

HOOFSTUK 1 ALGEMENE ORIËTERING

1. Inleiding	1
2. Onderwerp en doel van studie	3
3. Algemene werkwyse en uiteensetting van hoofstukke	4
3.1. Werkwyse	4
3.2. Hoofstukindeling	5
3.3. Ander Jurisdiksies	8
4. Agtergrond ten aansien van ondernemingsredding	9
4.1. Inleiding	9
4.1.1. Die behoud van die onderneming	11
4.1.2. 'n Groter uitbetaling aan skuldeisers of aandeelhouers	12
4.2. Die vereistes vir ondernemingsredding	14
4.2.1. Billik en regverdig om finansiële redes	15
4.3. Die ondernemingsreddingsproses	16
4.3.1. Die aanstelling van die praktisyn	17
4.3.1.1. Aanvang deur maatskappybesluit ingevolge artikel 129	17
4.3.1.2. Aanvang deur aansoek van 'n geaffekteerde persoon ingevolge artikel 131	19
4.3.2. Ondersoek na die finansiële posisie van die maatskappy	20
4.3.3. Vegaderings van skuldeisers en werknemers	21
4.3.4. Die ondernemingsreddingsplan	23
4.3.5. Die gevolge van die ondernemingsreddingsproses	26
4.3.5.1. Beskerming teen geregtelike stappe deur 'n moratorium	26

4.3.5.2. Beskerming van die maatskappy se eiendom	29
4.3.5.3. Na-aanvangsfinansiering	30
4.3.5.4. Uitwerking op werknemers en ander kontrakte	31
4.3.6. Beëindiging van die ondernemingsreddingsverrigtinge	34
5. Terminologie en tegniese aspekte	35
5.1. Terminologie	35
5.2. Tegniese aspekte	35

HOOFSTUK 2 DIE ONDERNEMINGSREDDINGSPRAKTISYN

1. Doelstelling en werkwyse	36
1.1. Doelstelling	36
1.2. Werkwyse	36
2. Inleiding	37
3. Verskillende benaderings tot bestuur tydens reddingsverrigtinge en die invloed op verpligting	37
3.1. Die skuldenaar in besit	38
3.2. Bestuursvervanging, oftewel die praktisyn in besit	40
3.3. Die posisie in Suid-Afrika	42
4. Die pligte en bevoegdhede van die praktisyn ingevolge artikels 140 en 141	45
4.1. Inleidng	45
4.2. Oorname van die bestuur van die maatskappy	46
4.3. Ondersoek en openbaarmaking	46
4.4. Opstel en implementering van die reddingsplan	48
5. Die verpligtinge vervat in artikels 75 en 76	48
5.1. Artikel 75	48

5.2. Artikel 76	49
6. Bevoeghede van die praktisyn wat elders in die Wet vervat word	50
7. Die aard en omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge	51
7.1. Aard van die trouplig	53
7.1.1. Aard van die direkteur se trouplig	53
7.1.2. Aard van die praktisyn se trouplig	54
7.1.2.1. Die praktisyn as trustee?	55
7.1.2.2. Die praktisyn as gevolmagtigde?	56
7.1.2.3. Die praktisyn as direkteur?	57
7.1.2.4. Die praktisyn as 'n troupligtige <i>sui generis</i>	59
7.2. Omvang van die vertrouensverpligtinge	60
7.2.1. Aan wie is die direkteur trou verskuldig?	60
7.2.2. Aan wie is die praktisyn trou verskuldig?	61
7.2.2.1. Die belange van aandeelhouers	63
7.2.2.2. Die belange van werknemers	68
7.2.2.2.1. Werknemers as werknemers tydens ondernemingsredding	71
7.2.2.2.2. Werknemers as skuldeisers voor ondernemingsredding	71
7.2.2.2.3. Werknemers as skuldeisers gedurende ondernemingsredding	73
7.2.2.2.4. Werknemers en die oordrag van die maatskappy se besigheid	76
7.2.2.2.5. Die posisie van die werknemers	77
7.2.2.3. Die belange van skuldeisers	78
7.2.2.4. Die belange van die gemeenskap	83
7.2.2.5. Die hof	86
7.2.2.6. Die opweging van belange	87

8. Praktisyn as troupligtiges in ander jurisdiksies	92
8.1. Die administrateur in die Verenigde Koninkryk	92
8.2. Die administrateur in Australië	95
9. Gevolgtrekking en samevatting	98

HOOFSTUK 3 GOEIE TROU

1. Doelstelling en werkwyse	102
1.1. Doelstelling	102
1.2. Werkwyse	102
2. Inleiding	103
3. Goeie trou	106
3.1. Suid-Afrika	106
3.1.1. Eerlikheid en integriteit	106
3.1.2. Onafhanklikheid en onpartydigheid	109
3.1.3. Vertroulikheid en vertroulike inligting	117
3.2. Verenigde Koninkryk	124
3.2.1. Eerlikheid en integriteit	125
3.2.2. Onpartydigheid ne onafhanklikheid	126
3.2.3. Vertroulikheid en vertroulike inligting	129
3.3. Australië	131
3.3.1. Eerlikheid en integriteit	133
3.3.2. Onafhanklikheid en onpartydigheid	134
3.3.3. Vertroulikheid en vertroulike inligting	144
4. Vir 'n behoorlike doel	145
4.1. Suid-Afrika	145

4.2. Die Verenigde Koninkryk	150
4.3. Australië	151
5. In die beste belange van die maatskappy?	153
5.1. Suid-Afrika	154
5.1.1. Persoonlike finansiële belange en 'n vermyding van belangebotsings	156
5.2. Die Verenigde Koninkryk	166
5.3. Australië	170
6. Aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van die plig tot goeie trou	171
6.1. Suid-Afrika	171
6.1.1. Aanspreeklikheid ingevolge hoofstuk 6 van die Wet	172
6.1.2. Aanspreeklikheid ingevolge artikel 75 tot 77 van die Wet	175
6.2. Die Verenigde Koninkryk	181
6.3. Australië	182
7. Gevolgtrekking en samevatting	183

HOOFSTUK 4 SORG EN VAARDIGHEID

1. Doelstelling en werkwyse	192
1.1. Doelstelling	192
1.2. Werkwyse	192
2. Inleiding	193
3. Sorg en vaardigheid	196
3.1. Suid-Afrika	196
3.1.1. Die redelike praktisyn	197
3.1.2. Die sakeoordeeltoets	201
3.1.3. Kwalifikasies en eienskappe van 'n praktisyn	206

3.1.3.1. Kwalifikasies, vaardighede en ervaring	208
3.1.3.2. Goeie praktykbestuur	214
3.1.3.3. Vergoeding en sekerheid	216
3.2. Die Verenigde Koninkryk	223
3.2.1. Professionele bevoegdheid en sorgsaamheid	223
3.2.2. Hersiening van die administrateur se besluite	224
3.2.3. Opleiding en ervaring	229
3.2.4. Praktykbestuur	229
3.3. Australië	230
3.3.1. Sorgsaamheid en noulettendheid	230
3.3.2. Hersiening van die administrateur se besluite	231
3.3.3. Opleiding en ervaring	234
3.3.4. Goeie praktykbestuur	236
3.3.5. Vergoeding en uitgawes	238
4. Aanspreeklikheid	243
4.1. Suid-Afrika	243
4.1.1. Aanspreeklikheid ingevolge Hoofstuk 6 van die Wet	243
4.1.2. Aanspreeklikheid ingevolge artikel 75 tot 77 van die Wet	243
4.1.3. Konflik tussen bepalings van hoofstuk 6 en artikel 76 en 77	246
4.2. Verenigde Koninkryk	248
4.3. Australië	249
5. Gelvolgtrekking en samevatting	249
HOOFSTUK 5 GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS	258
GEDRAGSKODE VIR SA ONDERNEMINGREDDINGS PRAKTISYNS	278

CODE OF CONDUCT FOR SA BUSINESS RESCUE PRACTITIONERS	293
BIBLIOGRAFIE	308
OPSOMMING IN AFRIKAANS	333
OPSOMMING IN ENGELS	335
SLEUTELTERME IN ENGELS	337

HOOFSTUK 1

ALGEMENE ORIËTERING

“But to say that a man is a fiduciary only begins analysis; it gives direction to further inquiry. To whom is he a fiduciary? What obligations does he owe as a fiduciary? In what respect has he failed to discharge these obligations? And what are the consequences of his deviation from duty?”¹

1. INLEIDING

’n Nuwe era van korporatiewe redding het vir Suid-Afrikaanse maatskappye en beslote korporasies met die inwerkingtreding van die Maatskappywet 71 van 2008 aangebreek.² Hoofstuk 6 van die Wet maak voorsiening vir ’n nuwe reddingskema wat as ondernemingsredding bekend is. Ondernemingsredding vervang die vorige reddingsmodel in die Suid-Afrikaanse reg, naamlik geregtelike bestuur, wat in die Maatskappywet 61 van 1973 vervat is.³

Die sleutelfiguur in die nuwe reddingskema is ongetwyfeld die ondernemingsreddingspraktisyn.⁴ Tewens, hy word beskou as ’n disproporsionele invloed in die ondernemingsreddingsverrigtinge.⁵ Hy neem die beheer en bestuur van die maatskappy oor en die taak van redding rus dus op sy skouers. Die praktisyn word met omvattende magte en bevoegdhede beklee. Tog kan hy weens onbekwaamheid of partydigheid veroorsaak dat die doelstellings van hoofstuk 6, naamlik om alle belanghebbendes te beskerm, verydel word. Daarom is daar al te kenne gegee dat dit juis van die praktisyn die “swakste skakel” kan maak.⁶

Die praktisyn word in ’n posisie van vertrouwe teenoor ’n verskeidenheid ander belanghebbendes geplaas. Dus is ’n ondersoek na die kwalifikasies, bevoegdhede

¹ Regter Frankfurter in *Securities and Exchange Commission v Chenery Corporation* 318 US 80 1943. Sien ook Nimmer en Feinberg: 1989:30; Bienenstock 1992:543.

² Hierna “die Wet” of “71/2008”, soos gewysig deur die Maatskappywysigingswet 3 van 2011.

³ Maatskappywet 61 van 1973.

⁴ Hierna “die praktisyn”.

⁵ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:5.

⁶ Bradstreet 2010:198. Sien ook Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:5. “The BRP is central (disproportionate influencer) to the process and therefore draws most attention, criticism and blame for process related concerns.”

en verpligtinge van hierdie persoon van die grootste belang in 'n ontwikkelende ekonomie soos dié van Suid-Afrika.

Artikel 140(3)(b) van die Wet bepaal dat die reddingspraktisyn vir die duur van die verrigtinge dieselfde verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid as die direkteure van die maatskappy het.⁷ Die verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid van direkteure word in artikels 75, 76 en 77 van die Wet uiteengesit.⁸ Die statutêre vertrouensverpligtinge⁹ (fiduciary duties) van direkteure word in artikel 76(3) van die Wet vervat. Dit impliseer dus dat die vertrouensverpligtinge in artikel 76 ook op die praktisyn van toepassing is. Dit is egter nie alleenlik die statutêre vertrouensverpligtinge in artikel 76 wat op die praktisyn van toepassing is nie, maar ook die gemeenregtelike vertrouensverpligtinge. Artikel 77, wat ook op die praktisyn van toepassing is, bepaal dat hy in ooreenstemming met die beginsels van die gemenerereg vir versuim van sy vertrouensplig aanspreeklik gehou kan word.¹⁰ Die praktisyn is derhalwe beslis 'n troupligtige. Daar heers egter onsekerheid oor die regsposisie ten aansien van die praktisyn se vertrouensverpligtinge, en derhalwe moet die aard en omvang van dié verpligtinge vasgestel word.

Die belang van hierdie studie is in die onlangse *Kariba*-uitspraak deur die Hoogste Hof van Appèl beklemtoon waar die volgende woorde en sinsnedes gebruik is om die praktisyn en sy optrede tydens die reddingsverrigtinge te beskryf: "...conduct of the practitioner raises serious concerns."; "...must be held to a high professional and ethical standard."; "...the attitude displayed by the practitioner..., is disturbing."; "hostile"; "...lack of appreciation, by the practitioner, of the seriousness of the office he held is unacceptable."; "...an objective and impartial attitude to be expected. This was lacking in the extreme."; "practitioner's grossly improper conduct was deliberate;...".¹¹

⁷ 71/2008: art 140(3)(b).

⁸ 71/2008: art 75,76, 77.

⁹ Sien in die verband die omskrywing van vertrouensverpligtinge onder paragraaf 5.1.

¹⁰ 71/2008: art 77(2)(a).

¹¹ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

2. ONDERWERP EN DOEL VAN DIE STUDIE

Die onderwerp van hierdie studie behels 'n ondersoek na die vertrouensverpligtinge van die praktisyn.

Die kwalifikasies en bevoegdhede van die praktisyn het sedert die inwerkingtreding van die Wet al verskeie male onder die soeklig gekom. Daar heers egter steeds onduidelikheid oor wat die praktisyn se morele en etiese verpligtinge, oftewel vertrouensverpligtinge, behels.

Hoofstuk 6 van die Wet sit duidelik uiteen wat in die praktyk van die praktisyn verwag sal word in die uitvoering van sy pligte.

Daar word ook bepaal dat die praktisyn dieselfde bevoegdhede, verpligtinge en aanspreeklikheid as 'n direkteur van die maatskappy het en dus ook vertrouensverpligtinge het. Prakties beskou, heers daar groot onduidelikheid en onsekerheid oor wat hierdie vertrouensverpligtinge behels, sowel as oor die aard van die praktisyn se vertrouensverhouding en aan wie hy trou verskuldig is. Literatuur¹² oor die onderwerp swyg tot 'n groot mate oor die inhoud van die vertrouensverpligtinge en die studie sal dus sekerheid probeer meebring deur die praktisyn se vertrouensverpligtinge te identifiseer en te ontleed. Daar sal ook gepoog word om 'n moontlike gedragskode saam te stel wat as 'n bedryfsstandaard kan dien en in die behoefte aan voldoende regulering kan voorsien.

Kernvrae wat die studie sal probeer beantwoord, is soos volg:

- Wat is die aard van die praktisyn se vertrouensverpligtinge?
- Is die vertrouensverpligtinge van die praktisyn dieselfde as dié van die direkteure van die maatskappy?
- Aan wie is die praktisyn trou verskuldig?
- Wat behels die verpligting tot goeie trou en hoe is dit op die praktisyn van toepassing?

¹² Henochsberg 2014: 488. "Conflict of interest or lack of independence. – No guidance is provided as to what will constitute a "conflict of interest" in the context of Chapter 6, but no doubt the courts will, in time, be provided with the opportunity of interpreting this term". Sien ook Coetzee en Van Tonder 2014: 304.

- Wat behels die verpligting tot sorg en hoe is dit op die praktisyn van toepassing?
- Hoe doeltreffend sal 'n moontlike gedragskode vir die regulering van praktisyns wees?

3. ALGEMENE WERKSWYSE EN UITEENSETTING VAN HOOFSTUKKE

3.1 WERKSWYSE

Weens die beperkte omvang van die studie, sal daar slegs op die pligte van die praktisyn soos wat hoofstuk 6 van die Wet¹³ en bepaald artikels 75, 76 en 77 dit uiteensit, gefokus word.¹⁴ Die rede hiervoor is dat artikel 140(3) die pligte van die direkteur, wat in artikel 75 tot 77 verduidelik word, spesifiek ook op die praktisyn van toepassing maak. Dit impliseer noodwendig dat, benewens die pligte in artikel 75 tot 77, geen van die ander pligte van direkteure hier bespreek sal word nie.

Alhoewel dit in Suid-Afrika geykte reg is dat die plig tot sorg en vaardigheid nie 'n vertrouensverpligting is nie,¹⁵ maar eerder op deliktuele grondslae berus, het die wetgewer geen sodanige onderskeid getref in die bepalings rakende die direkteur se verpligtinge in artikel 75 tot 77, en veral artikel 76, nie.¹⁶ Daarom sal die plig tot sorg en vaardigheid vir doeleindes van hierdie studie by die term “vertrouensverpligtinge” ingesluit word.

Die term “vertrouensverpligtinge” sal dus verwys na enige verpligting wat die praktisyn opgelê word wat met die uitoefening van die nodige mate van goeie trou moet geskied, sowel as die plig tot sorg en vaardigheid.

Volgens Blackman kan vier stappe gevolg word in die ondersoekproses na die vertrouensverpligtinge van 'n persoon: i) Klassifiseer die persoon as 'n troupligtige; ii) Bied 'n uiteensetting van sy funksie en die reëls wat daarmee gepaardgaan; iii) Identifiseer 'n ander troupligtige wie se funksie die naaste aan die betrokke persoon s'n is; en iv) Pas die reëls van toepassing op die ander troupligtige aan om vir die nuut geklassifiseerde troupligtige tersaaklik te wees.¹⁷ In hierdie studie word hierdie stappe gevolg deurdat die posisie van die praktisyn as troupligtige binne die konteks

¹³ 71/2008.

¹⁴ 71/2008: art 75,76,77.

¹⁵ Naudé 1970:154; McLennan 2009:186; Cassim *et al.* 2012:555.

¹⁶ 71/2008: art 75,76,77.

¹⁷ Blackman 1970:275.

van die wet uiteengesit word, sy posisie met die van die direkteur vergelyk word en die oorweging van sy unieke omstandighede tot die ontwikkeling van eiesoortige regsbeginsels op die gebied aanleiding gee.

3.2 HOOFSTUKINDELING

Ten einde die posisie van die praktisyn in konteks te plaas, neem die studie 'n aanvang deur die proses van ondernemingsredding kortliks te bespreek. Hierdie agtergrondskets bied derhalwe 'n uiteensetting van die praktisyn se funksie en die reëls waarbinne die praktisyn as troupligtige funksioneer. Teen hierdie agtergrond word dit moontlik om die vertrouensverpligtinge van die praktisyn te ontleed.

Hoofstuk 2 van die studie is gemoeid met 'n ondersoek na die aard en omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge. Hierdie ondersoek geskied aan die hand van 'n ontleding van die omvang van sy beheer oor die bestuur, en sy verpligtinge ingevolge die Wet.¹⁸ Om die presiese omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge gedurende bestuursbeheer vas te stel, was dit nodig om die verskillende benaderings tot bestuur in reddingsverrigtinge te bestudeer. Aangesien die ondersoek na die verskillende bestuursbenaderings ook lig werp op die kwessie van die klemverskuiwing in die beskerming van rolspelers se belange, sal dit dus ook aandag geniet. Die invloed van Suid-Afrika se unieke benadering tot bestuur is oorweeg en daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die gemengde bestuursbenadering wat tans geld tog voordele vir die reddingspoging inhou. Dit het ook na vore getree dat alhoewel die direksie van die maatskappy in nood nie in geheel van al hulle verpligtinge ontnem word nie, hulle wel vir die duur van die verrigtinge van die kwasi-gekodifiseerde vertrouensverpligtinge in artikel 76 en 77 ontnem word. Die gevolg is dat dié verpligtinge vir die duur van die redding op die praktisyn oorgaan. Die verpligtinge en bevoegdhede van die praktisyn, soos vervat in beide hoofstuk 6 van die Wet sowel as dié vervat in artikel 75, 76 en 77, is ontleed ten einde die spesifieke funksies van die praktisyn vas te stel sodat die aard en omvang van sy vertrouensverpligtinge bepaal kon word. In hierdie verband word daar tot die gevolgtrekking gekom dat die praktisyn se vertrouensverpligtinge nie aan enige ander bestaande vertrouensverhouding gelyk gestel kan word nie. Die aard

¹⁸ Maatskappywet 71/2008.

van die praktisyn se vertrouensverpligtinge is derhalwe *sui generis* en uniek. Die meer inklusiewe benadering tot redding wat deur die wetgewer beoog is, bringmee dat die praktisyn sy vertrouensverpligtinge teenoor 'n wye reeks persone verskuldig is. Die uitdagings wat hiermee in verband staan word ook in hierdie hoofstuk oorweeg. Die hoofstuk het dus die aard en omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge sowel as die formele regsposisie in dié verband vasgestel

Die vertrouensverpligting waaruit elke ander vertrouensverpligting ontwikkel het, naamlik die plig tot goeie trou is vervolgens in hoofstuk 3 van die studie ontleed en die beginsels ten aansien daarvan op die praktisyn toegepas. Die heersende omstandighede van die maatskappy in finansiële nood bringmee dat dié vertrouensverpligting ook 'n unieke uitwerking op die posisie van die praktisyn het, alhoewel die beginsels van die plig tot goeie trou soos van toepassing in solvente omstandighede leiding op die gebied verskaf het. Die verpligting tot goeie trou bringmee dat die praktisyn altyd met onkreukbare eerlikheid en integriteit moet optree in die uitoefening van sy magte en verpligtinge. Dit hou in dat hy versigtig met vertroulike inligting moet omgaan en nie enige inligting wat aan hom bekend word vir sy eie of 'n ander se gewin moet gebruik nie. Dit is noodsaaklik dat die praktisyn altyd onafhanklik van die maatskappy en belanghebbende partye is sodat hy sy verpligtinge sonder beïnvloeding kan uitoefen. Hy moet ook enige moontlik botsing tussen sy eie belange of die van 'n verwante persoon en die maatskappy of geaffekteerde persone vermy. Die toepassing van hierdie beginsels op die praktisyn is vasgestel aan die hand van geykte regsbeginnele wat van toepassing is op direkteure en ander troupligtiges sowel as voorskrifte en reëls in die gedragskodes van die ander jurisdiksies. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat die praktisyn se verpligting tot goeie trou 'n invloed op die sukses van die reddingspoging kan hê en die gevolge vir die nie-nakoming van hierdie verpligting is ook uiteengesit.

Hoofstuk 4 van die studie stel ondersoek na die praktisyn se verpligting tot sorg en vaardigheid in. Om hierdie rede is daar eerstens 'n ondersoek na die toets vir nalatigheid en die toepassing daarvan op die praktisyn geloods. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die praktisyn se optrede aan dié van 'n redelike praktisyn gemeet behoort te word. Die implikasie hiervan is dat daar bepaal moet word of hy in sy optrede dieselfde mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid aan die dag gelê het as wat 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede sou doen asook of sy

persoonlike eienskappe en kwalifikasies veroorsaak dat hy aan 'n hoër standaard as slegs die redelike praktisyn gemeet moet word. Die invoeging van die sakeoordeeltoets as metode vir hersiening van die verpligting tot sorg het meegebring dat die effek van die toepassing daarvan op die praktisyn en in die noodomstandighede van die maatskappy ondersoek is. Aangesien die praktisyn se opleiding 'n rol speel in die oorweging of hy met die nodige sorg opgetree het, word die kwalifikasies, vaardighede en ervaring van die praktisyn in hierdie hoofstuk ontleed. Daar word verder aandag geskenk aan die vergoedingstruktuur van die praktisyn sowel as die omstrede punt van sekerheidstelling deur die praktisyn. Wat betref die aanspreeklikheid van die praktisyn word daar tot die gevolgtrekking gekom dat die maatstaf vir die praktisyn se aanspreeklikheid nie met growwe nalatigheid verband hou nie, maar met die optrede wat verwag sou word van 'n redelike praktisyn met dieselfde kwalifikasies en ervaring.

Die studie word afgesluit met 'n gevolgtrekking en aanbevelings ten aansien van die praktisyn se vertrouensverpligtinge in hoofstuk 5. In hierdie hoofstuk word die kernvrae soos gestel hierbo, beantwoord. Die hoofstuk het die gevolg dat 'n praktiese toepassing van die inhoud van die vertrouensverpligtinge weerklank vind in 'n gedragskode vir praktisyns. Die gedragskode is in baie opsigte uniek deurdat aspekte daarin vervat is wat in ander gedragskodes ontbreek soos onder andere die insluiting van die leerstuk aangaande die uitoefening van magte vir 'n behoorlike doel. Die gedragskode lewer 'n nuwe en oorspronklike bydrae tot die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg ten aansien van die administrasie van korporatiewe redding en kan 'n groot leemte in hierdie verband vul. Die behoefte aan sodanige gedragskode is onderstreep deur die *Kariba*-uitspraak waar die Hoogste Hof van Appèl duidelik getoon het dat daar bepaalde professionele optrede van reddingspraktisyns vereis word.¹⁹ 'n Gedragskode kan omskryf word as 'n dokument waarin daar standarde en riglyne vir optrede gestel word.²⁰ Dit het ten doel om aan die praktisyn rigting te gee wanneer hy met moeilike etiese besluite of dilemmas gekonfronteer word.²¹ Van belang hier is dat die studie 'n gedragskode verskaf en nie bloot 'n etiese kode nie, deurdat die kode meer spesifiek en omvattend is. Die

¹⁹ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

²⁰ Rossouw 1997:320.

²¹ Rossouw 1997:321.

voordeel van 'n gedragskode is juis dat dit baie spesifiek is en duidelike leiding bied met min ruimte vir misverstande. 'n Gedragskode verhoog die praktiese toepasbaarheid van die beginsels wat daarin vervat word.²²

3.3 ANDER JURISDIKSIES

Ten einde die Suid-Afrikaanse reg op die navorsingsgebied te ontwikkel, is dit nodig om ag te slaan op die navorsing en gebruike wat alreeds in ander jurisdiksies bestaan. Die Verenigde Koninkryk sowel as Australië is vir hierdie doel gekies aangesien die twee jurisdiksies alreeds vir etlike dekades gedragskodes vir insolvensiepraktisyns gebruik. Die studie sal dus fokus op die ontleding en analisering van die vertrouensbeginsels en kodes wat in hierdie jurisdiksies uitgekristaliseer het aangesien beide hierdie stelsels soortgelyke dog nie identiese bestuursbenaderings tydens reddingsverrigtinge het as wat in Suid-Afrika geld. Die doel van die studie is egter nie 'n volledige ontleding van hierdie stelsels nie, maar het eerder 'n fokus op waar dit 'n bydrae tot die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg op die gebied van ondernemingsreddingspraktyk kan maak.

Daar word ook tot 'n mindere mate na ander stelsels verwys waar dit in aansluiting tot die posisie in Suid-Afrika, die Verenigde Koninkryk en Australië beter lig werp op bepaalde aspekte van die studie.

²² Rossouw 1997:325.

4. AGTERGROND VAN ONDERNEMINGSREDDING

Hierdie kortbegrip van die agtergrond van ondernemingsredding het ten doel om die bespreking oor die regsposisie van die praktisyn te kontekstualiseer. Hierdie agtergrondskets bied derhalwe 'n uiteensetting van die funksie en die reëls waarbinne die praktisyn as troupligtige funksioneer.

Ten einde 'n beter geheelbeeld van die proses te kan vorm, word die volgende eenvoudige vloediagram voorsien:



4.1 INLEIDING

As uitgangspunt is dit nodig om uiteen te sit wat ondernemingsredding is en wat die wetgewer se doel daarmee was.

Ondernemingsredding is verrigtinge wat voorsiening maak vir die instelling van tydelike noodmaatreëls om die herstrukturering of herstel van 'n maatskappy in finansiële nood of van die besigheid van die maatskappy te bewerkstellig.

Alhoewel die definisie van ondernemingsredding die behoud of rehabilitasie van 'n maatskappy in finansiële nood as doel stel, is die reddingsverrigtinge nie so eenvoudig nie.

Die Wet bied die volgende definisie vir ondernemingsredding in artikel 128, en handel terselfdertyd met die doelstellings van die verrigtinge:

“Verrigtinge om die rehabilitasie van 'n maatskappy wat in finansiële nood verkeer te fasiliteer deur voorsiening te maak vir- (i) die tydelike toesig oor die maatskappy, en vir die bestuur van sy sake, bedrywighede of eiendom; (ii) 'n tydelike moratorium op die regte van eisers teen die maatskappy of ten opsigte van eiendom in sy besit; en (iii) die ontwikkeling en implementering, indien goedgekeur, van 'n plan om die maatskappy te red deur sy sake, bedrywighede, eiendom, skuld en ander laste, en ekwiteit sodanig te herstruktureer dat die waarskynlikheid dat die maatskappy op 'n solvente grondslag sal voortbestaan gemaksimaliseer word of, indien dit vir die maatskappy onmoontlik is om voort te bestaan, sal lei tot 'n beter opbrengs vir die maatskappy se skuldeisers of aandeelhouers as wat uit die onmiddellike likwidasie van die maatskappy sou voortspruit”.²³

Artikel 128 van die Wet omskryf ook “finansiële nood”.²⁴ Dit bepaal dat 'n maatskappy in finansiële nood verkeer as dit redelik onwaarskynlik is dat die maatskappy in staat sal wees om binne die onmiddelik daaropvolgende ses maande ál sy skuld te kan betaal namate dit betaalbaar raak.²⁵ Volgens die definisie is 'n maatskappy ook in finansiële nood indien dit redelik waarskynlik is dat die maatskappy binne die onmiddelik daaropvolgende ses maande insolvent sal raak.²⁶ Die kommersiële sowel as die feitlike insolvensie van 'n maatskappy behoort dit dus in staat te stel om aan reddingsverrigtinge deel te neem. Die feit dat dit nou egter ook voorsiene insolvensie kan insluit met die invoeging van die bepaling rakende die tydperk van ses maande is 'n groot verbetering. Dit beteken dat daar 'n kans bestaan dat die maatskappy nooit werklik van 'n toestand van finansiële nood tot insolvensie sal oorgaan nie.

Deur egter na die proses as 'n “reddingsproses” te verwys, impliseer nie noodwendig dat “redding” die enigste doelstelling van die proses is nie. Die reddingsproses het

²³ 71/2008: art 128(1)(b).

²⁴ 71/2008: art 128(1)(f).

²⁵ 71/2008: art 128(1)(f)(i). Die onvermoë om skuld te betaal namate dit betaalbaar raak, het te make met kontantvloei-insolvensie, oftewel kommersiële insolvensie.

²⁶ 71/2008: art 128(1)(f)(ii). Hierdie deel van die definisie verwys na feitlike insolvensie en sal die regstoets vir insolvensie behels, naamlik of die billik berekende laste van die maatskappy die billik waardeerde bates oorskry. Dit is ook as die balansstaattoets bekend.

immers nie slegs ten doel om die likwidasië van die maatskappy te verhoed nie, maar het ook ander, breër doelstellings.²⁷ Uit bogenoemde aanhaling uit die Wet is dit duidelik dat die behoud van die onderneming of besigheid van die maatskappy teenoor die behoud van die regspersoon, sowel as 'n groter uitbetaling aan skuldeisers, as alternatiewe mikpunte vir die reddingsproses gestel kan word.

4.1.1 DIE BEHOUD VAN DIE ONDERNEMING

Daar behoort 'n onderskeid getref te word tussen die maatskappy as regspersoon en die besigheid wat deur daardie regspersoon as 'n maatskappy bedryf word, naamlik die onderneming van die maatskappy.

Geregtelike bestuur as reddingsmodel het vereis dat die maatskappy as regspersoon behoue bly.²⁸ Hierdie benadering het ook grootliks bygedra tot die mislukking van geregtelike bestuur as reddingsmodel, want selfs gevalle waar die besigheid van die maatskappy gered en al die negatiewe sosio-ekonomiese gevolge vermy is, is as 'n mislukking van die proses beskou.

Die behoud van die regspersoon as enigste doel van die reddingsproses is 'n kortsigtige benadering en is dus nie so belangrik as doelwit nie; daarteenoor is die behoud van die onderneming of besigheid van die regspersoon, hetsy in die geheel of slegs gedeeltelik, as alternatiewe doelstelling wél belangrik.²⁹ Waar die besigheid van die maatskappy in die geheel of gedeeltelik behoue bly, is daar 'n groter positiewe uitwerking op meer rolspelers as net die skuldeisers van daardie betrokke maatskappy. Sodanige uitkoms sal nie net meer voordelig wees vir die gemeenskap waarin die maatskappy funksioneer en vir die werknemers nie, maar ook vir die skuldeisers.³⁰

²⁷ Burdette 2004a:243. Sien ook Meskin *et al.* 2014:18.1.

²⁸ Cilliers *et al.* 2001:478. "Die doel van geregtelike bestuur is om maatskappye wat weens wanbestuur of ander besondere omstandighede 'n tydelike terugslag ondervind, in staat te stel om hul probleme te oorbrug en moontlik weer suksesvolle ondernemings te word."

²⁹ Kloppers 1999:418.

³⁰ Rajak 1998:162. "Assuming that the business remains in existence after the sale, that some or all of the people who worked in the business prior to its sale retain their jobs, and that work in progress can be completed, a higher price for the assets of the company will almost certainly be obtained, leading to a higher dividend for distribution among the creditors and retention of the goodwill attached to the business."

Wanneer daar na die behoud van die besigheid verwys word, hou dit verband met die “lopendesaak”-waarde van die onderneming. ’n Ou bekende waarheid van batewaardering is dat die lopendesaak-waarde van die besigheid veel meer is as die waarde van die gesamentlike bates van die besigheid.³¹

Die doel van die “redding” van die maatskappy behoort dus breër geïnterpreteer te word as die blote behoud van die regspersoon.³² “Redding” in ekonomiese sin kan die behoud van die besigheidsaktiwiteite sowel as die poste van werknemers insluit, alhoewel dit die spreekwoordelike dood van die maatskappy as regspersoon kan inhou.³³

Hierdie breër benadering tot die doel van “redding” kan ook uit die wetgewer se gekose naam vir die proses afgelei word. Alhoewel dit nie so sterk in Afrikaans na vore tree nie, blyk dit duidelik uit die Engelse benaming. Die wetgewer het gekies om die proses “business rescue” eerder as “company rescue” te noem.³⁴ In Afrikaans is die proses tans as “ondernemingsredding” bekend.

4.1.2 'N GROTER UITBETALING AAN SKULDEISERS OF AANDEELHOUERS

'n Ander benadering wat baie nou met die behoud van die maatskappy se besigheid saamhang, is dat die redding steeds as suksesvol beskou sal word indien die skuldeisers of aandeelhouders 'n groter uitbetaling kry as wat die geval sou wees

³¹ Rajak 1998:162; Smits 1999:83.

³² Rajak en Henning 1999:277. “The term ‘rescue’ obviously includes cases where the debtor’s recovery is complete, that is to say where the debtor emerges from the protective period solvent, with business intact and capable of being continued successfully from the point where the protection began. All creditors will have been or will be paid in full. ‘Rescue’ must, however, also be understood to encompass cases where the debtor’s recovery is partial but where the overall result is one of greater benefit to the various interests concerned (including the public interest) than would have arisen on liquidation.”

³³ Belcher 1997:24; Rajak en Henning 1999:277. Sien ook Rushworth 2010:378. “The business rescue concept therefore recognises that rehabilitation of the company on a solvent basis, pursuant to the proceedings, may not be possible, but that another process, for instance the sale of the business as a going concern, may be more beneficial to creditors or shareholders than immediate liquidation proceedings.”

³⁴ *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2012(3) SA 273 (GSJ): 278. “The general philosophy permeating through the business rescue provisions is the recognition of the value of the *business* as a going concern rather than the juristic person itself. Hence the name ‘**business** rescue’ and not ‘**company** rescue’.”

indien die maatskappy gelikwedeer is.³⁵ In so 'n geval sou die maatskappy as onderneming dus nie behoue bly nie.

Sodanige doelstelling is skuldeiservriendelik aangesien slegs die belange van die skuldeisers en houers van sekuriteite in so 'n geval oorweeg word. Daar behoort egter teen 'n skuldeiservriendelike benadering gewaak te word aangesien dit na bewering tot die mislukking van die proses kan lei.³⁶ In Suid-Afrika word 'n skuldeiservriendelike benadering gevolg, wat tesame met die likwidasiëkultuur in die verlede grootliks tot mislukkinge op die gebied van korporatiewe redding bygedra het.³⁷ Die likwidasiëkultuur het gespruit uit die skuldeiser se reg om aan te dring op die likwidasië van sy skuldenaar ten einde die skuld wat aan hom verskuldig is, af te dwing.³⁸

Die vraag is egter waarom dié benadering tot die mislukking van die proses sal aanleiding gee. Wanneer die benadering van die insolvensieregstelsel meer skuldenaarvriendelik is, beteken dit dat die skuldenaar (in dié geval die maatskappy) 'n groter bedingingsmag verkry in die proses aangesien hy vanuit 'n magposisie kan onderhandel.³⁹ Indien die proses egter slegs die belange van die skuldeisers vooropstel, word die oogmerk van die redding verydel.

'n Reddingsbenadering wat dus alleenlik vir die beskerming van een groep belanghebbendes se belange voorsiening maak, veroorsaak dat die doel van die redding te eng geïnterpreteer word en dat die reddingsproses geen sukses sal behaal nie.

³⁵ Smits 1999:84. Sien ook Rajak 1998:162-163. "It is sufficient for this purpose that the creditors have received a larger dividend than would have been received through the sale of the assets piecemeal." Sien ook Meskin *et al.* 2014:18.3.2; 18.4.3.

³⁶ Harmer 1997:147. "Another approach toward finding not so much a meaning for rescue but a legislative approach which actively encourages a rescue, might be to examine whether the insolvency regime is debtor or creditor friendly." Sien ook Burdette 2004a:244; Finch 2002:189; Loubser 2004:162.

³⁷ *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2012(3) SA 273 (GSJ): 276.

³⁸ *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2012(3) SA 273 (GSJ): 276. "By law the creditor of an ailing company had a right *ex debito justitiae* (as of right) to liquidate the company." Sien ook Meskin *et al.* 2014:18.1.

³⁹ Harmer 1997:147. "If ... the regime is largely debtor-driven then, one might conclude, the prospect and opportunity for the rescue of the debtor corporation itself is greater, since to a large degree the debtor is presented with a potentially powerful position from which to negotiate. But if ... it is more creditor-driven, then there is less prospect of a corporate rescue."

Laasgenoemde stelling stem ooreen met die doelstellings van 'n goeie insolvensieregstelsel wat die administrasie van 'n maatskappy insluit, soos die Cork-verslag benadruk:

*... "i) to recognise that the effects of insolvency are not limited to the private interests of the insolvent and his creditors, but that other interests of society or other groups in society are vitally affected by the insolvency and its outcome, and to ensure that these public interests are recognised and safeguarded."*⁴⁰

Die Cork-kommissie het dus duidelik die waarde van 'n breër benadering ten aansien van redding sowel as die beskerming van belanghebbende partye erken.

4.2 DIE VEREISTES VIR ONDERNEMINGSREDDING

Alvorens 'n maatskappy met die ondernemingsreddingsproses kan begin, moet daar aan sekere vereistes voldoen word.

Alhoewel die Maatskappywet van 1973 'n stel vereistes daargestel het vir die verlening van 'n geregtelike bestuursbevel, stel die Maatskappywet van 2008 nou nuwe vereistes wat wesenlik van die vereistes in die vorige wet verskil.⁴¹ Ingevolge die Wet⁴² geld daar tans twee stelle vereistes, na gelang van hoe die verrigtinge 'n aanvang neem.

Eerstens, wanneer die maatskappy die ondernemingsreddingsverrigtinge wil inisieer, moet die maatskappy bewys dat daar redelike gronde is om te glo dat die maatskappy in finansiële nood is en dat daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word.⁴³

Tweedens, sou die ondernemingsreddingsverrigtinge deur 'n geaffekteerde persoon⁴⁴ aanhangig gemaak word, moet die hof oortuig word dat i) die maatskappy

⁴⁰ Cork 1982:54-55.

⁴¹ *Koen v Wedgewood Village Golf and Country Estate (Pty) Ltd* 2012 (2) SA 378 (WCC).

⁴² 71/2008.

⁴³ 71/2008: art 129(1)(a) en (b). Meskin *et al.* 2014:18.4.1.1.

⁴⁴ 71/2008: art 128(1)(a)(i)-(iii). 'n Aandeelhouer of skuldeiser van die maatskappy, 'n geregistreeerde vakbond wat die werknemers van die maatskappy verteenwoordig en 'n onverteenwoordigde werknemer sal as geaffekteerde persone vir doeleindes van hierdie bepaling beskou word.

in finansiële nood is;⁴⁵ ii) die maatskappy ten opsigte van indiensnemingsverwante aangeleenthede versuim het om enige bedrag kragtens 'n verpligting ingevolge 'n openbare regulasie of kontrak te betaal;⁴⁶ of iii) dat dit andersins billik en regverdig is om finansiële redes en dat daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word.⁴⁷ Die bewyslas ten aansien van hierdie vereistes rus op die applikant.

Vir die doeleindes van hierdie studie is die enigste vereiste wat werklik 'n invloed op die praktisyn se vertrouensverpligtinge sal hê, die vereiste dat die ondernemingsreddingsbevel deur die hof toegestaan sal word indien dit andersins billik en regverdig is om die bevel om finansiële redes toe te staan. Derhalwe sal slegs hierdie vereiste vervolgens bespreek word.

4.2.1 BILLIK EN REGVERDIG OM FINANSIËLE REDES⁴⁸

Met die inwerkingtreding van die Wet is daar geargumenteer dat die invoeging van hierdie vereiste te vaag is en dat dit onduidelik is wat presies met “finansiële redes” bedoel word.⁴⁹ Daar is wel aangevoer dat hierdie finansiële redes moontlik verband hou met gronde wat nie vervat word in die definisie van “finansiële nood” in artikel 128 van die Wet nie, maar dat dit in ieder geval tot interpretasieprobleme sou aanleiding gee.⁵⁰

In *Oakdene Square Properties*⁵¹ het regter Claassen die volgende vraag gestel: “[F]or the financial reasons of whom, the company, the creditors, shareholders or the employees?”

⁴⁵ 71/2008: art 131(4)(a)(i).

⁴⁶ 71/2008: art 131(4)(a)(ii).

⁴⁷ 71/2008: art 131(4)(a)(iii).

⁴⁸ 71/2008: art 131(4)(a)(iii).

⁴⁹ Loubser 2010a: 510.

⁵⁰ 71/2008: art 128(1)(f); Loubser 2010a:510-511.

⁵¹ *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2012(3) SA 273 (GSJ): 281. “The phrase ‘it is otherwise just and equitable to do so for financial reasons’ is extremely vague. The immediate question arises: ‘for financial reasons of whom, the company, the creditors, shareholders or the employees?’ Since the company cannot apply to court for a business rescue order, as it is not an ‘affected’ person, one can immediately say that the financial reasons of the company are not referred to. However, that would be absurd as it is primarily the financial reasons of the company which are at stake. I have little doubt that the legislature never intended such absurdity.”

Volgens regter Claassen behoort slegs die finansiële belange van die praktisyn van hierdie oorweging uitgesluit te word.⁵² Dit impliseer dat die hof in die verlening van 'n ondernemingsreddingsbevel die finansiële belange van alle ander belanghebbendes moet oorweeg.⁵³

Hierdie vraag sowel as die daaropvolgende stelling van die regter dui myns insiens op die paradigmaskuif wat in hierdie verband plaasgevind het. In die verlede is die skuldeisers se belange vooropgestel. Die Wet volg egter nou 'n meer inklusiewe benadering en neem derhalwe meer rolspelers se belange in ag. Hierdie benadering is bevestig deur regter Binns-Ward, wat in *Koen v Wedgewood Village Golf and Country Estate* aangevoer het dat die vereistes vir ondernemingsredding wesenlik van die vereistes vir geregtelike bestuur in die vorige Maatskappywet verskil.⁵⁴ Daar word verder te kenne gegee dat die rede vir hierdie nuwe reddingsmodel kan wees om die negatiewe gevolge wat likwidasië in meeste gevalle inhou, te verhoed of te voorkom. Likwidasië kan immers tot die verwoesting van rykdom en lewenslus lei, en het ook ander negatiewe sosio-ekonomiese gevolge.⁵⁵

Die belang van albei bostaande uitsprake vir hierdie studie hou daarmee verband dat die hof bevestig het dat die belange van meer partye as slegs die maatskappy belangrik en beskermingswaardig is. Dit is 'n feit wat in gedagte gehou moet word wanneer die vertrouensverpligting van die praktisyn oorweeg word.

4.3 DIE ONDERNEMINGSREDDINGSPROSES

Vervolgens word die verloop van die proses kortliks bekyk ten einde die omvang van die ondernemingsreddingspraktisyn se betrokkenheid by die reddingsproses vas te stel en sy verhoudinge met die verskillende rolspelers te ondersoek.

⁵² *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2012(3) SA 273 (GSJ): 281.

⁵³ *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2012(3) SA 273 (GSJ): 281. "I would, therefore, hold that the financial reasons relating to all the stakeholders, except that of the practitioner, contemplated in the rescue provisions, are to be considered by the court when applying this provision." Sien ook *Employees Solar Trading 83 (Pty) Ltd v AFGRI Operations Limited* saaknr 6418/2011, 18624/2011, 66226/2011 en 66226A/2011 16 Mei 2012. "The New Companies Act in introducing the provisions relevant to business rescue proceedings has demonstrated a shift from creditors' interest to an attempt to balance a wider range of often competing interests."

⁵⁴ *Koen v Wedgewood Village Golf and Country Estate (Pty) Ltd* 2012 (2) SA 378 (WCC).

⁵⁵ *Koen v Wedgewood Village Golf and Country Estate (Pty) Ltd* 2012 (2) SA 378 (WCC); Rushworth 2010:376.

4.3.1 DIE AANSTELLING VAN DIE PRAKTISYN

Nadat die proses 'n aanvang geneem het, is die eerste en een van die belangrikste stappe die aanstelling van die praktisyn. Dit sal afhang van die wyse waarop die proses 'n aanvang geneem het, naamlik by wyse van maatskappybesluit of ingevolge 'n hofbevel.

4.3.1.1 AANVANG DEUR MAATSKAPPYBESLUIT INGEVOLGE ARTIKEL 129

Ingeval die direksie van die maatskappy by wyse van 'n besluit die maatskappy vrywillig onder toesig plaas, moet die maatskappy die besluit by die Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele Eiendom⁵⁶ indien ten einde die besluit regsgeldig te maak.⁵⁷ Binne vyf dae na die liassering van die besluit moet die maatskappy aan elke geaffekteerde persoon 'n kennisgewing in die voorgeskrewe vorm stuur om hulle van die aanvang van die proses te verwittig.⁵⁸ Binne bogenoemde vyf dae moet die maatskappy ook 'n praktisyn aanstel.⁵⁹

Die praktisyn moet aan die vereistes in artikel 138 en die regulasies voldoen en moet toestem tot die aanstelling en dit skriftelik aanvaar.⁶⁰ Van belang hier is dat die persoon wat deur die maatskappy aangestel word, deur die direksie gekies word.

Die maatskappy moet binne twee dae na die aanstelling van die praktisyn 'n kennisgewing van die aanstelling by die Kommissie indien en moet ook binne vyf dae na die indiening van die kennisgewing 'n afskrif van sodanige kennisgewing aan elke geaffekteerde persoon publiseer.⁶¹ Die kennisgewing van die aanstelling moet op vorm CoR 123.2 geskied.⁶²

⁵⁶ Hierna "die Kommissie".

⁵⁷ 71/2008: art 129(2)(b).

⁵⁸ 71/2008: art 129(3)(a). Kragtens regulasie 123(1) ingevolge die Maatskappywet moet hierdie kennisgewing by wyse van vorm CoR 123.1 gegee word.

⁵⁹ 71/2008: art 129(3)(b).

⁶⁰ 71/2008: art 129(3)(b).

⁶¹ 71/2008: art 129(4)(a)-(b). Publikasie geskied aan die hand van riglyne wat in artikel 6 van die Wet uiteengesit word.

⁶² Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 123(3).

Sedert die inwerkingtreding van die Wet het die Kommissie op 'n *ad hoc*-basis lisensies toegeken aan praktisyns wat daarom aansoek doen.⁶³

Indien die maatskappy versuim om aan enige van die kennisgewing-, indienings- of publikasievereistes te voldoen, sal die direksie se besluit om die maatskappy onder toesig te plaas en met ondernemingsredding te begin, nietig wees.⁶⁴ Die maatskappy word verder ook verbied om in laasgenoemde geval in die daaropvolgende drie maande weer 'n maatskappybesluit in te dien.⁶⁵ Daar bestaan egter uitsonderings, soos dat die hof by wyse van 'n *ex parte*-aansoek toestemming kan verleen aan die maatskappy om 'n besluit te neem en in te dien. Die hof sal egter slegs sodanige toestemming gee indien die hof oortuig is dat goeie gronde ter ondersteuning van die aansoek verstrekkend is.⁶⁶

'n Geaffekteerde persoon kan by die hof aansoek doen om die tersydestelling van die maatskappybesluit.⁶⁷ Sodanige aansoek kan gebring word in enige stadium nadat die reddingsverrigtinge 'n aanvang geneem het, maar voordat die ondernemingsreddingsplan aanvaar is.⁶⁸ Hierdie bepaling dui weereens op die groter klem op die belange van ander rolspelers.⁶⁹ Dit word verder benadruk daardeur dat 'n geaffekteerde persoon ook ingevolge hierdie artikel teen die aanstelling van die praktisyn kan beswaar aanteken.⁷⁰ Daar mag ook versoek word dat die praktisyn verplig word om sekerheid oor die behoorlike uitoefening van sy verpligtinge te verskaf.⁷¹

⁶³ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:23. "Licences are done on an *ad hoc* basis for each rescue and level of appointment is determined by the PI score of the company."

⁶⁴ 71/2008: art 129(5)(a).

⁶⁵ 71/2008: art 129(5)(b).

⁶⁶ 71/2008: art 129(5)(b).

⁶⁷ 71/2008: art 130. Die gronde wat hier aangevoer kan word, is vervat in art 130(1)(a)(i)-(iii).

⁶⁸ 71/2008: art 130(1).

⁶⁹ Ander rolspelers as slegs die skuldeisers.

⁷⁰ 71/2008: art 130(1)(b)(i)-(iii). Die gronde hou verband met die vereistes vir die aanstelling van die praktisyn, soos wat art 138 uiteensit, die onafhanklikheid (of gebrek daaraan) van die praktisyn, en die gebrek aan die nodige vaardighede by die praktisyn. Dit is interessant om daarop te let dat laasgenoemde grond, aangaande die vaardighede van die praktisyn, nie deel vorm van die kwalifikasievereistes in art 138 nie. Loubser is van mening dat dit inderwaarheid as addisionele kwalifikasievereiste by die agterdeur ingesmokkel word – Loubser 2010a:507.

⁷¹ 71/2008: art 130(1)(c); Rushworth 2010:379.

Ingevolge artikel 132 neem die ondernemingsredding amptelik 'n aanvang wanneer die maatskappy die besluit indien of wanneer die maatskappy by die hof aansoek doen om toestemming om die besluit te neem.⁷²

4.3.1.2 AANVANG DEUR AANSOEK VAN 'N GEAFFEKTEERDE PERSOON INGEVOLGE ARTIKEL 131

Die Wet maak daarvoor voorsiening dat die maatskappy onder toesig geplaas kan word by wyse van 'n hofaansoek deur 'n geaffekteerde persoon.⁷³ Hierdie aansoek kan te eniger tyd gebring word, selfs waar likwidasierrigtinge met betrekking tot die maatskappy reeds begin het.⁷⁴ Indien die hof die aansoek toestaan, sal dit terselfdertyd ook 'n voorlopige praktisyn aanstel wat aan die vereistes in artikel 138 en die regulasies voldoen.⁷⁵

Ingevolge artikel 131(2) moet die applikant 'n afskrif van die aansoek aan die maatskappy en die Kommissie beteken.⁷⁶ Verder word die applikant ook verplig om op die voorgeskrewe wyse aan elke ander geaffekteerde persoon van die aansoek kennis te gee.⁷⁷ Elke geaffekteerde persoon het die reg om aan die aansoekproses deel te neem.⁷⁸ Dit is weereens aanduidend van die meer inklusiewe benadering van die ondernemingsreddingsmodel van 2008.

Die praktisyn word deur die applikant genomineer en sy aanstelling is onderworpe aan bevestiging deur 'n meerderheid van die skuldeisers by die eerste vergadering van skuldeisers.⁷⁹

⁷² 71/2008: art 132(1)(a).

⁷³ 71/2008: art 131. 'n Aandeelhouer of skuldeiser van die maatskappy, 'n geregistreerde vakbond wat die werknemers van die maatskappy verteenwoordig en 'n onvertegenwoordigde werknemer sal as geaffekteerde persone vir doeleindes van hierdie bepaling beskou word. Sien ook Swart 2014:407.

⁷⁴ 71/2008: art 131(6)(a)-(b). "If liquidation proceedings have already been commenced by or against the company at the time an application is made in terms of subsection (1), the application will suspend those liquidation proceedings until - a) the court has adjudicated upon the application; or b) the business rescue proceedings end, if the court makes the order applied for."

⁷⁵ 71/2008: art 131(5).

⁷⁶ 71/2008: art 131(2)(a).

⁷⁷ 71/2008: art 131(2)(b); Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 124.

⁷⁸ 71/2008: art 131(3).

⁷⁹ 71/2008: art 131(5).

Die maatskappy moet binne vyf dae nadat die hof ondernemingsredding gelas het, aan elke geaffekteerde persoon van die bevel kennis gee.⁸⁰

Ingevolge artikel 132 neem die ondernemingsredding amptelik 'n aanvang wanneer die geaffekteerde persoon by die hof aansoek doen om die maatskappy onder toesig te plaas.⁸¹

4.3.2 ONDERSOEK NA DIE FINANSIËLE POSISIE VAN DIE MAATSKAPPY

*"If a rescue is to be pursued efficiently and expertly a first need of those persons managing the rescue process is relevant information."*⁸²

Die praktisyn word ingevolge die Wet verplig om so gou moontlik na sy aanstelling 'n ondersoek na die sake, besigheid, eiendom en finansiële situasie van die maatskappy van stapel te stuur ten einde te kan vasstel of daar 'n redelike vooruitsig bestaan dat die maatskappy gered sal kan word.⁸³

Aangesien die praktisyn 'n amptenaar van die hof is,⁸⁴ is dit sy plig om die hof in te lig indien hy in die loop van sy ondersoek vasstel dat daar nie 'n vooruitsig is om die maatskappy te red nie.⁸⁵ Op grond daarvan dat hy 'n amptenaar van die hof is, rus daar 'n verdere plig op die praktisyn om die hof van enige vernietigbare vervreemdings, roekelose handel of bedrog in te lig.⁸⁶

Indien die praktisyn in sy ondersoek na die sake van die maatskappy op enige bewyse afkom wat daarop dui dat die maatskappy voordat die ondernemingsreddingsverrigtinge begin het vernietigbare transaksies aangegaan het, of dat die maatskappy of enige direkteur versuim het om 'n wesenlike verpligting met betrekking tot die maatskappy na te kom, moet die praktisyn die nodige stappe

⁸⁰ 71/2008: art 131(8)(b).

⁸¹ 71/2008: art 132(1)(b).

⁸² Finch 2005:379.

⁸³ 71/2008: art 141(1).

⁸⁴ 71/2008: art 140(3)(a).

⁸⁵ 71/2008: art 141(2)(a); Rushworth 2010:394.

⁸⁶ 71/2008: art 141(2)(c).

doen om die aangeleentheid reg te stel en kan hy aan die bestuur opdrag gee om alle nodige stappe te doen om die aangeleentheid reg te stel.⁸⁷

Die praktisyn moet ook op die uitkyk wees na bewyse dat die maatskappy op 'n roekelose of bedrieglike wyse handel gedryf het of op 'n wyse wat strydig is met enige wetgewing wat in verband met die maatskappy bestaan.⁸⁸ Indien hy enige sodanige bewyse vind, moet hy dit vir verdere ondersoek en moontlike vervolging aan die toepaslike gesag besorg.⁸⁹ Hy is ook by magte om die bestuur opdrag te gee om alle nodige stappe te doen om die aangeleentheid, met inbegrip van die verhaling van enige wanaanwending van bates van die maatskappy, reg te stel.⁹⁰

Dit blyk duidelik uit bogenoemde bespreking dat die bepalinge aangaande die ondersoek na die maatskappy se finansiële posisie ten doel het om die belange van die aandeelhouers sowel as die skuldeisers te beskerm, wat weereens aanduidend is van die meer inklusiewe benadering van die reddingsmodel.

4.3.3 VERGADERINGS VAN SKULDEISERS EN WERKNEMERS

Die praktisyn moet binne tien dae na sy aanstelling twee vergaderings byeenroep, naamlik die vergadering van skuldeisers⁹¹ en die vergadering van werknemers of werknemerverteenwoordigers.⁹² Daar moet ook ná die publikasie van die ondernemingsreddingsplan 'n vergadering van skuldeisers byeengeroep word ten einde die plan te oorweeg.⁹³ Ingevolge die Maatskappywet van 1973 is hierdie vergaderings deur die Meester belê, en nie deur die geregtelike bestuurder nie.⁹⁴

Die praktisyn moet binne tien dae na sy aanstelling 'n vergadering van skuldeisers byeenroep en as voorsitter van die vergadering optree.⁹⁵ By hierdie vergadering moet die praktisyn die skuldeisers inlig van sy mening oor die vooruitsig of die

⁸⁷ 71/2008: art 141(2)(c)(i).

⁸⁸ 71/2008: art 141(2)(c)(ii).

⁸⁹ 71/2008: art 141(2)(c)(iii).

⁹⁰ 71/2008: art 141(2)(c)(ii)(aa) en (bb); Rushworth 2010:394.

⁹¹ 71/2008: art 147.

⁹² 71/2008: art 148.

⁹³ 71/2008: art 152.

⁹⁴ 61/1973: art 429(1)(b)(ii).

⁹⁵ 71/2008: art 147(1).

maatskappy gered sal kan word of nie.⁹⁶ Skuldeisers kan van die vergadering gebruik maak om hul eise teen die maatskappy te bewys en moet by hierdie geleentheid bewyse daarvan aan die praktisyn voorhou.⁹⁷ Die skuldeisers kan ook by hierdie vergadering besluit of 'n komitee van skuldeisers aangestel moet word. Indien wel, sal hulle die lede van die komitee aanstel.⁹⁸ Die skuldeisers is daarop geregtig om deur middel van hierdie komitee die praktisyn van raad oor die reddingsplan te voorsien.⁹⁹

Soos in die geval van die skuldeisers, word die praktisyn ook verplig om binne tien dae na sy aanstelling die eerste vergadering van werknemerverteenwoordigers byeen te roep.¹⁰⁰

Soortgelyk aan die vergadering van skuldeisers, moet die praktisyn die werknemerverteenwoordigers of werknemers inlig van sy mening oor die vooruitsig of die maatskappy gered sal kan word of nie.¹⁰¹ Die verteenwoordigers kan ook by hierdie vergadering besluit of 'n komitee van werknemers aangestel moet word of nie, en indien wel, sal hulle die lede van die komitee aanstel.¹⁰²

Albei hierdie vergaderings en die doel daarvan dui op die betrokkenheid van meer belanghebbendes. Dit dui ook op die inklusiewe benadering wat deur die nuwe reddingsmodel gevolg word. Nie net is die insae van die aandeelhouers van belang nie, maar ook dié van die skuldeisers en die werknemers.¹⁰³

⁹⁶ 71/2008: art 147(1)(a)(i).

⁹⁷ 71/2008: art 147(1)(a)(ii).

⁹⁸ 71/2008: art 147(1)(b).

⁹⁹ 71/2008: art 145(3).

¹⁰⁰ 71/2008: art 148(1).

¹⁰¹ 71/2008: art 148(1)(a).

¹⁰² 71/2008: art 148(1)(b).

¹⁰³ *Employees Solar Trading 83 (Pty) Ltd v AFGRI Operations Limited* saaknommers: (6418/2011, 18624/2011, 66226/2011 en 66226A/2011) 16 Mei 2012. "The stakeholders whose interest require a careful balancing would include creditors, shareholders and employees ...".

4.3.4 DIE ONDERNEMINGSREDDINGSPLAN

Die opstel, aanvaarding en implementering van 'n ondernemingsreddingsplan is een van die belangrikste aspekte van 'n moderne reddingsmodel.¹⁰⁴ Daarom is een van die praktisyn se belangrikste verpligtinge die opstel en implementering van 'n ondernemingsreddingsplan. Die plan word opgestel nadat die praktisyn met die skuldeisers, geaffekteerde persone en die bestuur van die maatskappy gekonsulteer het.¹⁰⁵

Die ondernemingsreddingsplan is een van die groot verbeteringe in die Suid-Afrikaanse reddingsmodel. In die verloop van die geregtelike bestuursproses is daar van die geregtelike bestuurder verwag om die maatskappy in finansiële nood weer solvent te “handel” totdat al die skuldeisers betaal en die besigheid weer lewensvatbaar is.¹⁰⁶ Deurdat 'n ondernemingsreddingsplan voorgestel, aanvaar en geïmplementeer moet word, kan die herstrukturering van die skuldenaar vinniger uitgevoer word en is daar die bykomende voordeel dat sekerheid ten opsigte van die uitslag van die redding vir al die betrokke partye geskep word.¹⁰⁷

Die inhoud van die plan moet alle inligting bevat wat redelikerwys deur die geaffekteerde persone benodig kan word ten einde te besluit of hulle ten gunste van die plan wil stem of dit wil verwerp.¹⁰⁸

Die inhoud van die plan word in drie dele ingedeel, naamlik afdeling A wat die agtergrond uiteensit,¹⁰⁹ afdeling B wat voorstelle bevat,¹¹⁰ en afdeling C wat die aannames en voorwaardes ten aansien van die plan bevat.¹¹¹

¹⁰⁴ Kloppers 1999:427. “The formulation of a reasonably detailed plan of action to lead the company from its financial woes to again being a successful concern is an important part of the recovery of the company.” Sien ook Burdette 2004b:438.

¹⁰⁵ 71/2008: art 150(1); Meskin *et al.* 2014:18.16.1. “... this is one of the most positive aspects of the business rescue procedure as it compels all interested parties to co-operate to find a solution in order to rescue the company.”

¹⁰⁶ Kloppers 1999:427. “The formulation of a reasonably detailed plan of action to lead the company from its financial woes to again being a successful concern is an important part of the recovery of the company. However it is not an express feature of judicial management prescribed by the Companies Act in South Africa.” Sien ook Burdette 2004b:438.

¹⁰⁷ Burdette 2004b:438.

¹⁰⁸ 71/2008: art 150(2).

¹⁰⁹ 71/2008: art 150(2)(a). Meskin *et al.* 2014:18.16.2.2.1.

¹¹⁰ 71/2008: art 150(2)(b). Meskin *et al.* 2014:18.16.2.2.2.

¹¹¹ 71/2008: art 150(2)(c). Meskin *et al.* 2014:18.16.2.2.3.

Die Wet sit duidelike riglyne uiteen oor wat presies onder elkeen van hierdie afdelings hanteer behoort te word en dien uiteraard as 'n hulpmiddel vir die praktisyn gemoeid met hierdie taak.

Wat die inhoudelike voorskrifte in artikel 150 betref, is dit duidelik dat daar 'n sekere vlak van vaardigheid en kennis van die praktisyn verwag word. Die inhoud van die plan word dikwels met die inhoud van 'n besigheidsplan gelykgestel en bevat ingewikkelde berekenings en ander komplekse bepalings.

Die praktisyn moet die ondernemingsreddingsplan binne vyf-en-twintig sakedae na sy aanstelling publiseer.¹¹² Ingevolge regulasie 125(3) moet die praktisyn die plan publiseer deur elke geaffekteerde persoon in te lig dat die plan beskikbaar is om na te gaan,¹¹³ sowel as deur 'n kennisgewing van die beskikbaarheid van die plan by die geregistreerde hoofkantoor van die maatskappy of op die webblad van die maatskappy te vertoon.¹¹⁴

Die praktisyn is verantwoordelik om 'n vergadering byeen te roep ten einde die belanghebbende partye die geleentheid te bied om die inhoud van die plan te oorweeg en goed te keur. Hierdie vergadering moet byeengeroep word binne tien sakedae na die publikasie van die ondernemingsreddingsplan.¹¹⁵ Die doel van die vergadering is om die plan en die toekoms van die maatskappy te oorweeg.¹¹⁶ Die vergadering moet deur die skuldeisers van die maatskappy en enige ander stemgeregtigdes vir die doeleindes van die vergadering bygewoon word.¹¹⁷

Dit is die taak van die praktisyn om die voorgestelde reddingsplan aan die skuldeisers en aandeelhouers, indien toepaslik, voor te hou ten einde hulle in staat te stel om dit te oorweeg.¹¹⁸

Indien daar oor die plan gestem is, sal die plan as voorlopig aanvaar beskou word indien dit ondersteun is deur die houers van meer as vyf-en-sewentig persent van

¹¹² 71/2008: art 150(5). Die tydperk kan egter deur die hof of 'n meerderheid van skuldeisers verleng word.

¹¹³ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 125(3)(a).

¹¹⁴ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 125(3)(b)(i)-(ii).

¹¹⁵ 71/2008: art 151(1).

¹¹⁶ 71/2008: art 151(1).

¹¹⁷ 71/2008: art 151(1).

¹¹⁸ 71/2008: art 152(1)(a).

die skuldeisers se stemdraende belang ingevolge waarvan gestem is,¹¹⁹ en indien die stemme ter ondersteuning van die voorgestelde plan ten minste vyftig persent ingesluit het van die onafhanklike krediteure se stemdraende belang, indien enige, ingevolge waarvan gestem is.¹²⁰

Die belangrikste punt is dat die aanvaarding van die plan in die hande van die skuldeisers is en dat hulle dus die grootste mag in dié verband het. Alhoewel die Wet daarvoor voorsiening maak dat die werknemers die vergadering mag toespreek,¹²¹ berus die finale besluit by die skuldeisers.

Indien die voorgestelde plan nie voorlopig goedgekeur word nie, word dit as verwerp beskou en mag dit slegs ingevolge artikel 153 verder oorweeg word.¹²²

Indien die voorgestelde plan nie die regte van enige klas van die maatskappy se sekuriteite wysig nie, sal die voorlopige goedkeuring van die plan ook die finale goedkeuring wees, onderworpe aan die nakoming van sekere voorwaardes waarvan die aanvaarding van die plan afhang.¹²³

'n Ondernemingsreddingsplan wat op bogenoemde wyses goedgekeur is, is bindend vir die maatskappy, vir elkeen van die skuldeisers van die maatskappy en vir elke houër van sekuriteite van die maatskappy,¹²⁴ ongeag of daardie persoon teenwoordig was op die vergadering¹²⁵ of ten gunste van die plan gestem het of nie.¹²⁶

Die praktisyn is daarvoor verantwoordelik om toe te sien dat die maatskappy enige en alle voorwaardes ten aansien van die plan nakom,¹²⁷ sowel as om toe te sien dat die plan geïmplementeer word soos wat dit aanvaar is.¹²⁸

¹¹⁹ 71/2008: art 152(2)(a).

¹²⁰ 71/2008: art 152(2)(b).

¹²¹ 71/2008: art 152(1)(c).

¹²² 71/2008: art 152(3)(a).

¹²³ 71/2008: art 152(3)(b).

¹²⁴ 71/2008: art 152(4).

¹²⁵ 71/2008: art 152(4)(a).

¹²⁶ 71/2008: art 152(4)(b).

¹²⁷ 71/2008: art 152(5)(a).

¹²⁸ 71/2008: art 152(5)(b). Sien hfst 3 vir 'n volledige bespreking van hierdie aspek van die praktisyn se pligte.

4.3.5 DIE GEVOLGE VAN DIE ONDERNEMINGSREDDINGSPROSES

Die Wet bevat verskeie bepalings wat spesifiek na die gevolge van die ondernemingsreddingsproses verwys. Dit sluit in bepalings aangaande die maatskappy se eiendom,¹²⁹ die aangaan van skuld nadat die verrigtinge 'n aanvang geneem het,¹³⁰ die hantering van kontrakte waarby die maatskappy betrokke is¹³¹ en die opskorting van gedinge teen die maatskappy by wyse van 'n algemene moratorium.¹³²

4.3.5.1 BESKERMING TEEN GEREGETELIKE STAPPE DEUR 'N MORATORIUM

Ingevolge artikel 133 van die Wet ontstaan daar 'n algemene moratorium ten aansien van geregetelike stappe en afdwingsaksies teen die maatskappy sodra die ondernemingsreddingsverrigtinge 'n aanvang neem, wat vir die volle verloop van die verrigtinge sal duur.¹³³ Die moratorium tree outomaties gedurende ondernemingsreddingsverrigtinge in, anders as wat die geval was met geregetelike bestuur.¹³⁴

'n Moratorium is 'n noodsaaklike deel van die ondernemingsreddingsproses en speel 'n belangrike rol in die sukses van die redding.¹³⁵ Die doel van die moratorium is om aan die maatskappy die spreekwoordelike “blaaskans” te bied sodat die praktisyn en die bestuur die plan vir die redding van die maatskappy kan implementeer sonder die konstante dreigemente van skuldeisers wat skuld wil afdwing.¹³⁶

¹²⁹ 71/2008: art 134.

¹³⁰ 71/2008: art 135.

¹³¹ 71/2008: art 136.

¹³² 71/2008: art 133.

¹³³ 71/2008: art 133(1).

¹³⁴ Burdette 2004b:419. Ingevolge art 428(2) van die Maatskappywet van 1973 kon die voorlopige geregetelike bestuursbevel voorskrifte bevat dat, terwyl die maatskappy onder geregetelike bestuur is, alle gedinge, geregetelike stappe en die tenuitvoerlegging van alle lasbriewe en dagvaardings en ander regsprosesse teen die maatskappy opgeskort word en nie sonder die hof se toestemming kon voortgaan nie.

¹³⁵ Rushworth 2010:383; Meskin *et al.* 2014:18.2.

¹³⁶ Hierdie siening word bevestig deur Kloppers 1999:430 en Anderson 2008:19. “In any corporate rescue system there needs to be a circuit breaker that provides breathing space whilst a consideration is given to the prospect of saving the company.” Sien ook Meskin *et al.* 2014:18.2. “This is a crucial element of any corporate rescue mechanism, as it allows the company sufficient breathing space to be able to find a solution to the financial problems it is experiencing at that time.”

Volgens artikel 133 mag geen geregtelike stappe, onder meer afdwingingsaksies, in enige forum teen die maatskappy of ten opsigte van enige eiendom wat aan die maatskappy behoort of wettig in die maatskappy se besit is gedurende die ondernemingsreddingsverrigtinge begin of voortgaan nie, behalwe in sekere uitsonderings.¹³⁷

Stappe kan teen die maatskappy geneem word met die skriftelike toestemming van die praktisyn;¹³⁸ met magtiging van die hof en ooreenkomstig enige bepalinge wat die hof geskik ag;¹³⁹ as 'n skuldverrekening ten opsigte van enige eis wat in enige regsgeeding deur die maatskappy gedoen word, ongeag of daardie verrigtinge voor of na die ondernemingsreddingsverrigtinge begin het;¹⁴⁰ in strafregtelike verrigtinge teen die maatskappy of enige van sy direkteure of beamptes;¹⁴¹ in verrigtinge rakende enige eiendom of reg waaroor die maatskappy die bevoegdhede van 'n trustee uitoefen,¹⁴² of laastens, in verrigtinge deur 'n regulerende gesag in die uitvoering van sy werksaamhede nadat daar skriftelike kennis aan die praktisyn gegee is.¹⁴³

Dit is belangrik om daarop te let dat artikel 133 moontlik onduidelik verwoord is aangesien die indiening van 'n likwidasiaansoek teen die maatskappy nie onder die uitsonderings gedek word nie en sodanige aansoek steeds gedurende ondernemingsreddingsverrigtinge ingedien kan word. Indien artikel 130 in hierdie geval oorweeg word, kan daar geargumenteer word dat die likwidasiaansoek voor die aanvaarding van die ondernemingsreddingsplan ingedien kan word.¹⁴⁴ Dit is ook opmerklik dat hoewel die direksie nie ondernemingsreddingsverrigtinge kan aanvoer indien likwidasierigtinge reeds begin het nie, 'n geaffekteerde persoon wel nog 'n

¹³⁷ 71/2008: art 133(1); Loubser 2010b: 689; Meskin *et al.* 2014:18.6. "Although no definition of the terms 'legal proceeding' or 'enforcement action' are provided in Chapter 6, the intention of the provision is to cast the net as wide as possible in order to include any conceivable type of action against the company. In *Investec Bank Ltd v Bruyns* the Court described the moratorium granted by section 133(1) as a general provision that affords the company protection against legal action on claims in general." *Investec Bank Ltd v Bruyns* (2012) JOL 28420 (WCC).

¹³⁸ 71/2008: art 133(1)(a).

¹³⁹ 71/2008: art 133(1)(b).

¹⁴⁰ 71/2008: art 133(1)(c).

¹⁴¹ 71/2008: art 133(1)(d).

¹⁴² 71/2008: art 133(1)(e).

¹⁴³ 71/2008: art 133(1)(f).

¹⁴⁴ 71/2008: art 130(5)(c)(i).

hof ná die aanvang van likwidasiëverrigtinge kan nader.¹⁴⁵ In die saak van *ABSA Bank v Summer Lodge* is daar bevind dat die term “likwidasiëverrigtinge” selfs likwidasiëprosesse insluit wat ná die toestaan van ’n finale likwidasiëbevel plaasvind.¹⁴⁶ Hierdie beslissing is deur regter Bam in die onlangse uitspraak van *Richter v Bloempro CC* gekritiseer.¹⁴⁷ Hy doen tereg aan die hand dat die interpretasie in *ABSA Bank v Summer Lodge* nie die bedoeling van die wetgewer weergee nie en stel dit soos volg:

*“Although section 132(1)(b) provides that a BRA of a “company” can be brought “during liquidation proceedings”, it is in my view remarkable that the Legislature did not refer to a company already under liquidation. Although there is no definition in the Companies Act of what precisely liquidation proceedings entail, the section does apparently not include a liquidated company.”*¹⁴⁸

Regter Bam meen in sy uitspraak dat indien die normale reëls van interpretasie ingespan word, dit duidelik die wetgewer se bedoeling was dat ’n maatskappy wat reeds finaal gelikwideer is, nie onder ondernemingsredding geplaas kan word nie.¹⁴⁹ Dit is na my mening die mees korrekte interpretasie en sal die “dead on arrival”- of sogenaamde “free fall”-gevalle verminder, wat natuurlik die moontlikheid van ’n suksesvolle redding vergroot. In die *Wellman*-saak het regter Tsoka, na my mening tereg, gesê dat ondernemingsredding nie vir ’n terminaal siek korporasie bedoel is nie.¹⁵⁰ Hierdie benadering is uitsluitlik daarop gemik om die skuldeisers teen misbruik van die proses te beskerm. Die maatskappy behoort egter steeds ’n regverdigde kans gegun te word om van die ongunstige finansiële omstandighede waarin dit verkeer te rehabiliteer, indien dit moontlik is.¹⁵¹

¹⁴⁵ 71/2008: art 131(6)(a) en (b). Indien likwidasiëverrigtinge deur of teen die maatskappy reeds begin het wanneer ’n aansoek kragtens art 131(1) ingedien word, sal die aansoek daardie likwidasiëverrigtinge opskort totdat die hof die aansoek bereg het of totdat die ondernemingsreddingsverrigtinge eindig indien die hof die bevel uitreik waarom aansoek gedoen is. Sien *Koen v Wedgewood Village Golf and Country Estate (Pty) Ltd* 2012 2 SA 378 (WCC); *Meskin et al.* 2014:18.2.

¹⁴⁶ *Absa Bank Ltd v Summer Lodge (Pty) Ltd* 2013 5 SA 444 (GNP); *Meskin et al.* 2014:18.4.3.

¹⁴⁷ *Richter v Bloempro CC* saaknommer 69531/2012 (14 Maart 2014).

¹⁴⁸ *Richter v Bloempro CC* saaknommer 69531/2012 (14 Maart 2014) par 18(iii); *Meskin et al.* 2014:18.4.3.

¹⁴⁹ *Richter v Bloempro CC* saaknommer 69531/2012 (14 Maart 2014).

¹⁵⁰ *Wellman v Marcelle Props* 193 2012 JDR 0408 GSJ. “In my view, business rescue proceedings are not for the terminally ill close corporation.”

¹⁵¹ *Employees Solar Trading 83 (Pty) Ltd v AFGRI Operations Limited* saaknommers 6418/2011, 18624/2011, 66226/2011 en 66226A/2011 (16 Mei 2012). “Of course one must be careful in the balancing exercise to give proper weight and consideration to the various competing interests and to guard against the use of business rescue proceedings in situations where it is clearly not warranted.” Sien ook Swart 2014:408-409.

Gedurende ondernemingsreddingsverrigtinge kan 'n waarborg of borg deur 'n maatskappy ten gunste van 'n ander persoon ook nie deur enige persoon teen die maatskappy afgedwing word nie, behalwe met die magtiging van die hof en ooreenkomstig bepalings wat die hof in die omstandighede as billik en regverdig ag.¹⁵²

Die bepalings rakende die moratorium is dus daarop gemik om die skuldenaar, dit wil sê die maatskappy, en die aandeelhouders gedurende die verrigtinge te bevoordeel, sowel as om hul belange te beskerm.

4.3.5.2 BESKERMING VAN DIE MAATSKAPPY SE EIENDOM

Die praktisyn het ook die taak om die maatskappy se eiendom te beskerm. Terwyl die maatskappy onder die toesig van die praktisyn verkeer, mag die eiendom van die maatskappy slegs vervreem word indien i) dit in die gewone loop van besigheid of sake gebeur;¹⁵³ ii) dit 'n *bona fide*-armlengtetransaksie teen 'n billike waarde is en die praktisyn dit as sodanig goedgekeur het,¹⁵⁴ of iii) dit deel vorm van die implementering van die goedgekeurde ondernemingsreddingsplan.¹⁵⁵

Die Wet bevat verdere bepalings wat daarop gemik is om belange in beswaarde eiendom te beskerm, sowel as die persone wat sekuriteit oor daardie eiendom hou.

¹⁵² 71/2008: art 133(2).

¹⁵³ 71/2008: art 134(1)(a)(i). Meskin *et al.* 2014:18.7. "The meaning of the term 'in the normal course of its business' has not been defined in the context of Chapter 6, but it is submitted that the meaning of 'in the ordinary course of business' as used in s 29 of the Insolvency Act, dealing with voidable preferences, could be useful in interpreting the meaning of this term in the context of section 134. Applying the principles contained in the considerable case law on the meaning of 'in the normal course of business' in respect of s 29 of the Insolvency Act, the determination of whether a disposal of property, or an agreement for the disposal of property, is made in the ordinary course of its business should entail a consideration of all the circumstances under which it was made, coupled with a decision as to whether, given such circumstances, it would have occurred between solvent businessmen (or, in the context of business rescue, in circumstances, neither of the parties is financially distressed).

¹⁵⁴ 71/2008: art 134(1)(a)(ii). Let daarop dat skriftelike toestemming benodig word voordat die vervreemding plaasvind. Meskin *et al.* 2014: 18.7.

¹⁵⁵ 71/2008: art 134(1)(a)(iii).

4.3.5.3 NA-AANVANGSFINANSIERING

Na-aanvangsfinansiering word in artikel 135 van die Wet behandel.¹⁵⁶ Gedurende ondernemingsredding moet die maatskappy steeds die werking van die onderneming op 'n manier finansier terwyl daar gepoog word om die maatskappy te red. Daar word spesifiek in artikel 135(2) van die Wet vir hierdie doel voorsiening gemaak.¹⁵⁷ Ingevolge die geregtelike bestuursmodel kon die geregtelike bestuurder ook geld insamel vir die voortsetting van die maatskappy se besigheid, maar kon hy geen voorkeur aan sodanige nuwe skuldeiser verleen nie.¹⁵⁸ Uit die Wet is dit duidelik dat die wetgewers wegbeweeg het van hierdie beginsel. Artikel 135(2)(a) bepaal dat die skuld deur middel van enige bate van die maatskappy aan die lener verseker mag word, solank die bate nie andersins beswaar is nie.¹⁵⁹ Dit gaan egter selfs verder deur te bepaal dat die eis van die nuwe lener voorkeur bo dié van bestaande skuldeisers van die maatskappy sal hê.¹⁶⁰

Indien enige vergoeding, terugbetaling vir uitgawes of enige ander bedrag met betrekking tot indiensneming gedurende die ondernemingsreddingsverrigtinge aan 'n werknemer betaalbaar raak, maar nie aan die werknemer betaal word nie, word die geld as na-aanvangsfinansiering beskou en sal dit volgens die bepaalde voorkeurorde betaal word.¹⁶¹ Artikel 135 bepaal die voorkeurorde waarin die werknemers van die maatskappy betaal sal word.¹⁶² Die werknemers sal ingevolge hierdie bepalinge voor die leners van die na-aanvangsfinansiering betaal word, ongeag of hulle verseker is of nie, sowel as voor alle onversekerde skuldeisers.¹⁶³ Hierdie voorkeurorde sal van krag bly indien die reddingsverrigtinge tot likwidasië oorgaan.¹⁶⁴

Hierdie bepaling verleen op sy beurt weer beskerming aan die belange van werknemers bo dié van die onversekerde skuldeisers. Aangesien die aangaan van

¹⁵⁶ 71/2008: art 135.

¹⁵⁷ 71/2008: art 135(2).

¹⁵⁸ *Klopper NNO v Die Meester NNO* 1977 2 SA 477 T.

¹⁵⁹ 71/2008: art 135(2)(a). "... and any such financing may be secured to the lender by utilising any asset of the company to the extent that it is not otherwise encumbered".

¹⁶⁰ 71/2008: art 135(3). "... all claims in subsection (2) will have preference in the order in which they were incurred over all unsecured claims against the company".

¹⁶¹ 71/2008: art 135(1)(a)-(b). *Meskin et al.* 2014:18.8.1.

¹⁶² 71/2008: art 135(3).

¹⁶³ 71/2008: art 135(3)(a)-(b).

¹⁶⁴ 71/2008: art 135(4).

hierdie finansiering by die praktisyn berus, blyk dit dus duidelik dat hy alle rolspelers se belange in hierdie besluit sal moet oorweeg.

4.3.5.4 UITWERKING OP WERKNEMERS EN ANDER KONTRAKTE¹⁶⁵

Die verbeterde posisie van werknemers met ondernemingsreddingsverrigtinge is reeds uitgelig. Werknemers en hul verteenwoordigende vakbonde word ingevolge die Wet as geaffekteerde persone geklassifiseer.¹⁶⁶ Aangesien werknemers en/of hul verteenwoordigers as geaffekteerde persone beskou word, is hulle geregtig om op verskeie wyses aan die proses deel te neem. Hulle het byvoorbeeld die bevoegdheid om aansoek te doen om die maatskappy onder toesig te plaas¹⁶⁷ – ’n bevoegdheid wat nie vantevore aan werknemers toegeken was nie.

Artikel 136 reël die uitwerking van ondernemingsredding op werknemers en dienskontrakte.¹⁶⁸ Die artikel lui soos volg:

“(1) Despite any provision of an agreement to the contrary—(a) during a company’s business rescue proceedings, employees of the company immediately before the beginning of those proceedings continue to be so employed on the same term sand conditions, except to the extent that — (i) changes occur in the ordinary course of attritions; or (ii) the employees and the company, in accordance with applicable labour laws, agree to different term sand conditions; and (b) any retrenchment of any employees contemplated in the company’s business rescue plan is subject to section 189 and 189A of the Labour Relations Act, 1995 (Act 66 of 1995), and other applicable employment related legislation.”¹⁶⁹

Dit beteken dat die werknemers dieselfde regte en voorregte het as wat hulle gehad het voordat die redding ’n aanvang geneem het, tensy daar ’n ooreenkoms tot die teendeel bereik is. Die werknemers word verder beskerm deur die bepalings in artikel 136, wat lui dat die praktisyn die werking van sekere kontrakte, buiten dienskontrakte, mag opskort.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Vir ’n volledige bespreking aangaande die beskerming van werknemerbelange, sien hfst 2 hieronder.

¹⁶⁶ 71/2008: art 128(1)(a)(ii)-(iii).

¹⁶⁷ 71/2008: art 131.

¹⁶⁸ 71/2008: art 136.

¹⁶⁹ 71/2008: art 136(1)(a)-(b).

¹⁷⁰ 71/2008: art 136(2)-(2A); Rushworth 2010:387.

Ten opsigte van agterstallige lone en salarisse wat ontstaan het voordat die verrigtinge 'n aanvang geneem het, is die werknemers preferente skuldeisers van die maatskappy.¹⁷¹ Soos wat reeds vroeër genoem is, indien enige vergoeding, terugbetaling vir uitgawes of enige ander bedrag met betrekking tot indiënsneming gedurende die ondernemingsreddingsverrigtinge aan 'n werknemer betaalbaar raak, maar nie aan die werknemer betaal word nie, word die geld as na-aanvangsfinansiering beskou en sal dit volgens 'n bepaalde voorkeurorde betaal word. Waar 'n maatskappy in die ondernemingsreddingsplan die aflegging van werknemers beoog, sal daar aan die normale vereistes ingevolge artikels 189 en 189A van die Wet op Arbeidsverhoudinge sowel as ander toepaslike arbeidswetgewing voldoen moet word.¹⁷²

Die feit dat die nuwe reddingsmodel baie meer regte aan werknemers toeken, kan moontlike misbruik tot gevolg hê, veral in die lig van die heersende toename in stakings deur ongelukkige werknemers en die rol wat vakbonde in die onderhandelingsproses speel. Wat egter opmerklik is, is dat werknemers en vakbonde nog taamlik onkundig is oor die reddingsproses en selfs in sommige gevalle nie eens van die bestaan van die proses bewus is nie.¹⁷³

Wat die kontraktuele verpligtinge van die maatskappy onder redding betref, is dit noodsaaklik om een van die mees kontroversiële bevoegdhede wat die Wet aan die praktisyn verleen, van nader te bekyk. Artikel 136(2) van die oorspronklike teks voor die inwerkingtreding en wysiging van die Wet het soos volg bepaal:

"Behoudens artikels 35A en 35B van die Insolvensiewet, 1936 (Wet No. 24 van 1936), en ongeag enige bepaling van 'n ooreenkoms tot die teendeel, kan die praktisyn tydens ondernemingreddingsverrigtinge enige bepaling van 'n ooreenkoms, buiten 'n indiënsnemingsooreenkoms, waartoe die maatskappy by die inwerkingtreding van die ondernemingreddingstydperk 'n party is, geheel en al, gedeeltelik of voorwaardelik kanselleer of opskort."¹⁷⁴

¹⁷¹ 71/2008: art 144(2); Davis *et al.* 2010:237.

¹⁷² 71/2008: art 136(1)(b); Wet op Arbeidsverhoudinge 66/1995: art 189-189A; Meskin *et al.* 2014:18.9.3.

¹⁷³ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:28. Aangaande werknemers: "Several attempts during the research were aborted as there was no knowledge about the concept or process."

¹⁷⁴ 71/2008: art 136(2). Sien ook Loubser 2010b:690. "Although not stipulated in the relevant section, it is obvious that the business rescue practitioner would also have this right in respect of the whole agreement and not just individual provisions."

Verskeie outeurs het teen hierdie bepaling kritiek uitgespreek en was nie geneë met die omvattende mag wat artikel 136 aan die praktisyn verleen nie. Hierdie bepaling in die oorspronklike teks van die Wet het die praktisyn die mag gegee om na willekeur te kies aan watter ooreenkomste, of selfs aan watter gedeeltes daarvan, hy die maatskappy gebonde wil hou.¹⁷⁵

Die Maatskappywysigingswet het egter tussenbeide getree en artikel 136(2) van die oorspronklike teks vervang met 'n nuwe artikel 136(2),¹⁷⁶ wat bepaal dat die praktisyn gedurende die ondernemingsreddingsverrigtinge enige van die maatskappy se verpligtinge ingevolge 'n ooreenkoms in die geheel, gedeeltelik of voorwaardelik vir die duur van die verrigtinge kan opskort.¹⁷⁷ Die praktisyn mag verder slegs met verlof van die hof 'n ooreenkoms of die verpligtinge ingevolge daarvan kanselleer.¹⁷⁸

Die nuwe bepaling ondervang dus baie van die kritiek wat regslui geopper het. Een van die belangrikste veranderings in die bepaling is dat die praktisyn se magte ingekort word deurdat hy nou 'n ooreenkoms waarin die maatskappy by die aanvang van die verrigtinge 'n party was, of 'n gedeelte daarvan, slegs vir die duur van die ondernemingsreddingsverrigtinge mag opskort. Dit beteken in wese dat die praktisyn nie die kontrak, of ooreenkoms, onbepaald kan opskort of uitstel nie en, selfs belangriker, dat hy nie meer uit eie beweging die kontrak kan kanselleer nie. Indien die praktisyn nou om enige rede die ooreenkoms waarin die maatskappy 'n party is, wil kanselleer, moet hy die hof by wyse van 'n aansoek te dien effekte nader.¹⁷⁹ Die hof sal ná oorweging van die omstandighede die ooreenkoms of 'n gedeelte daarvan kanselleer, op voorwaardes wat die hof as regverdig en redelik ag.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Solomon en Boltar 2009:28. "Thus the practitioner can 'cherry pick' between the provisions of such an agreement by deciding which provisions will continue, which will be suspended and which will be cancelled. In addition, the practitioner can 'cherry pick' between the rights and obligations contained in a single provision by deciding which parts of the provision will continue, which will be suspended and which will be cancelled." Sien ook Loubser 2010b:690-691.

¹⁷⁶ 3/2011: art 83(b).

¹⁷⁷ 71/2008: art 136(2). Die maatskappy moes reeds by die inwerkingtreding van die verrigtinge 'n party in die ooreenkoms gewees het en die ooreenkoms moes ook reeds afdwingbaar teenoor die maatskappy gewees het. Verder is dit belangrik om in gedagte te hou dat die bepaling nie op dienskontrakte van toepassing is nie. Sien ook Rushworth 2010:387.

¹⁷⁸ 71/2008: art 136(2)(b).

¹⁷⁹ Meskin *et al.* 2014:18.9.2.

¹⁸⁰ 71/2008: art 136(2)(b).

4.3.6 BEËINDIGING VAN DIE ONDERNEMINGSREDDINGSVERRIGTINGE

Die Wet bevat duidelike bepalings aangaande wanneer die ondernemingsredding begin en eindig, sowel as vereistes van hoe lank die verrigtinge mag voortduur.¹⁸¹ Ingevolge artikel 132(2) eindig die ondernemingsreddingsverrigtinge wanneer die hof die maatskappybesluit ingevolge artikel 129 ter syde stel¹⁸² of wanneer die hof die verrigtinge in likwidasiEVERRIGTINGE omskakel.¹⁸³

Soos wat reeds genoem is, is een van die praktisyn se verpligtinge om die hof en ander geaffekteerde persone in te lig indien hy te eniger tyd gedurende die reddingsproses vasstel of tot die besef kom dat daar geen redelike vooruitsig bestaan om die maatskappy te red nie,¹⁸⁴ en om by die hof aansoek te doen om 'n bevel vir die beëindiging van die redding, wat die maatskappy onder likwidasie plaas.¹⁸⁵ Die praktisyn kan ook die verrigtinge beëindig deur 'n kennisgewing van die beëindiging van ondernemingsreddingsverrigtinge by die Kommissie in te dien.¹⁸⁶

Ondernemingsredding eindig indien die ondernemingsreddingsplan afgekeur word,¹⁸⁷ verder sal die reddingsverrigtinge ook tot 'n einde kom indien die praktisyn 'n kennisgewing van wesenlike implementering van die plan ingedien het.¹⁸⁸

Indien die maatskappy se ondernemingsreddingsverrigtinge nie binne drie maande na die aanvang daarvan, of sodanige langer tydperk as wat die hof dalk op aansoek van die praktisyn toelaat, geëindig het nie, moet die praktisyn 'n verslag oor die vordering van die ondernemingsreddingsverrigtinge opstel. Die praktisyn moet die verslag aan die einde van elke daaropvolgende maand bywerk totdat die verrigtinge eindig.¹⁸⁹ Daarbenewens moet die praktisyn die verslag en elke bywerking daarvan op die voorgeskrewe wyse aan elke geaffekteerde persoon lewer, en ook aan die hof

¹⁸¹ Rushworth 2010:382.

¹⁸² 71/2008: art 132(2)(a)(i).

¹⁸³ 71/2008: art 132(2)(a)(ii).

¹⁸⁴ 71/2008: art 141(2)(a)(i).

¹⁸⁵ 71/2008: art 141(2)(a)(ii).

¹⁸⁶ 71/2008: art 132(2)(b); Rushworth 2010:382.

¹⁸⁷ 71/2008: art 132(2)(c)(i).

¹⁸⁸ 71/2008: art 132(2)(c)(ii).

¹⁸⁹ 71/2008: art 132(3)(a).

indien die verrigtinge die onderwerp van 'n hofbevel was,¹⁹⁰ of aan die Kommissie in enige ander geval.¹⁹¹

5. TERMINOLOGIE EN TEGNIESE ASPEKTE

5.1 TERMINOLOGIE

ARITA -	Australian Restructuring, Insolvency and Turnaround Association
Die Wet -	Die Maatskappywet 71 van 2008 soos gewysig deur die Maatskappywysigingswet 3 van 2011
IPA -	Insolvency Practitioners Association (Verenigde Koninkryk)
IRBA -	The Independent Regulatory Board for Auditors
Kommissie -	Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele Eiendom (CIPC)
Praktisyn -	Die ondernemingsreddingspraktisyn
SAICA -	South African Institute of Chartered Accountants
SARIPA -	South African Restructuring and Insolvency Practitioners Association

Vertrouensverpligtinge – verwys na enige verpligting wat die praktisyn opgelê word wat met die uitoefening van die nodige mate van goeie trou moet geskied, sowel as die plig tot sorg en vaardigheid.

5.2 TEGNIESE ASPEKTE

Vir die doeleindes van hierdie studie sluit enige verwysing na maatskappy ook 'n beslote korporasie in, tensy daar uitdruklik anders bepaal word.

In hierdie studie sluit enige verwysing na die manlik ook die vroulik in.

Die studie handel met die reg soos op 30 Maart 2015. Die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl wat na 30 Maart in die *Kariba*- saak gelewer is, bevestig egter die fundametele belangrikheid van hierdie studie en bevestig ook die gevolgtrekkings gemaak in hierdie studie. Waar dit van toepassing is, word die uitspraak kortliks ingesluit in die relevante besprekings van die praktisyn se vertrouensverpligtinge.

¹⁹⁰ 71/2008: art 132(3)(b)(i).

¹⁹¹ 71/2008: art 132(3)(b)(ii).

HOOFSTUK 2

DIE ONDERNEMINGSREDDINGSPRAKTISYN

“The success of any insolvency system, however, is very largely dependent upon those who administer it.”¹

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 DOELSTELLING

Hierdie hoofstuk het ten doel om die posisie van die hoofrolspeler in die ondernemingsreddingsverrigtinge, naamlik die praktisyn, te ontleed met spesifieke verwysing na die omvang van sy beheer oor die bestuur, en sy verpligtinge ingevolge die Wet,² onder meer en in die besonder sy vertrouensverpligtinge. Die hoofstuk sal die aard en omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge sowel as die formele regsposisie in dié verband probeer vasstel.

1.2 WERKSWYSE

Ten einde die presiese omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge gedurende bestuursbeheer vas te stel, is dit nodig om die verskillende benaderings tot bestuur in reddingsverrigtinge te bestudeer. Die ondersoek na die verskillende bestuursbenaderings sal ook lig werp op die kwessie van die klemverskuiwing in die beskerming van rolspelers se belange. Om 'n geheelbeeld van die omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge gedurende bestuursbeheer te vorm, sal al die praktisyn se verpligtinge soos die Wet dit uiteensit, met inbegrip van sy vertrouensverpligtinge, bespreek en ontleed word. Hierna sal 'n spesifieke ondersoek na die aard en omvang van sy vertrouensverpligtinge onderneem word, met bepaalde verwysing na die aard en omvang van die direkteur van die maatskappy se vertrouensverpligtinge. Dit sal met artikel 7(k) van die Wet in gedagte

¹ Cork 1982:175 par 732.

² Maatskappywet 71/2008.

geskied, wat bepaal dat die Wet onder meer daarop toegespits is om 'n reddingstelsel daar te stel wat vir die balansering van alle belanghebbendes se regte en belange voorsiening maak.³ Laastens sal daar na praktisyns as troupligtiges in ander jurisdiksies verwys word.

2. INLEIDING

Soos wat in hoofstuk 1 verduidelik is, speel die praktisyn 'n uiters belangrike rol. Bykans elke stap van die proses bevat 'n element wat van die praktisyn se betrokkenheid afhanklik is.⁴

Wat meer is, bepaal artikel 140 van die Wet dat die praktisyn gedurende die ondernemingsreddingsverrigtinge van die maatskappy volle beheer oor die bestuur van die maatskappy het.⁵ Dit impliseer noodwendig dat die geaffekteerde persone en ander belanghebbendes hulle tot die praktisyn om hulp moet wend en aan die genade van hierdie praktisyn oorgelaat word.

3. VERSKILLENDE BENADERINGS TOT BESTUUR GEDURENDE REDDINGSVERRIGTINGE, EN DIE INVLOED OP VERPLIGTINGE

In die ondersoek na die praktisyn se vertrouensverpligtinge moet daar ook gekyk word na die verskillende benaderings tot die bestuur van 'n maatskappy wat korporatiewe redding ondergaan. Waar of by wie die bestuur van die maatskappy gedurende die verrigtinge lê, is 'n belangrike oorwegingspunt in enige reddingskema.⁶

In die keuse van 'n benadering is dit eerstens nodig om te verstaan dat daar meer as een moontlikheid bestaan en, tweedens, wat die impak van 'n spesifieke benadering sal wees op die verpligtinge van die persone in beheer van die maatskappy. Vir die

³ 71/2008: art 7(k).

⁴ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:78. "The BRP stands central to the process of BR and can be connected to everything that is happening. It could be stated that the BRP is a 'disproportionate' influencer and role player in the outcome of the process."

⁵ 71/2008: art 140(1)(a).

⁶ Hahn 2004:121.

doeleindes van hierdie studie is dit dus van belang om te let op wat die invloed van die gekose bestuursbenadering op die verpligtinge van die praktisyn is.⁷

Die keuse van die benadering sal afhang van die omstandighede in die jurisdiksie, meer bepaald in die geldende korporatiewe beheerstruktuur, sowel as die bedingingsmag van die onderskeie rolspelers in die proses.⁸

Daar is hoofsaaklik twee benaderings tot die bestuur van 'n maatskappy wat redding ondergaan, naamlik die “skuldenaar in besit”-benadering en die bestuursvervangingsbenadering. Nie een van hierdie twee benaderings word tans as sulks in Suid-Afrika gevolg nie, maar eerder 'n unieke, gemengde benadering, soos dit uit die bespreking hierna sal blyk.

3.1 DIE SKULDENAAR IN BESIT

Die eerste benadering behels die behoud van die bestuur van die maatskappy in die noodomstandighede.⁹ Die persone wat die maatskappy *bona fide* bestuur, gaan dus voort om dit te bestuur asof dit glad nie onder enige vorm van toesig of administrasie verkeer nie.¹⁰ Soos wat reeds genoem is, is hierdie benadering bekend as die “skuldenaar in besit”-benadering.¹¹ Die UNCITRAL-gids oor insolvensiereg definieer die benadering soos volg:

“Debtor in possession”: a debtor in reorganization proceedings, which retains full control over the business, with the consequence that the court does not appoint an insolvency representative.”¹²

Dit word gewoonlik as 'n “bestuursvriendelike” benadering bestempel en word deur die Verenigde State van Amerika nagevolg en in hoofstuk 11 van die “Bankruptcy Code” vervat.¹³

⁷ Dit sluit die vertrouensverpligtinge in.

⁸ Hahn 2004:119-120. Sien ook McCormack 2007:516. “... a more convincing explanation implicates a complex web of circumstance that is partly rooted in the different historical and economic experiences in the two countries”.

⁹ Kloppers 1999:430. “The choice is between leaving the current directors in control, the so-called ‘debtor in possession’ option, or transferring control to a neutral third party as is currently the case with the judicial management.”

¹⁰ Bradstreet 2010:199; Harvey *et al.* 2011:133.

¹¹ Oftewel “debtor in possession” of “DIP”.

¹² UNCITRAL 2005:5 item 2(l).

Waar die maatskappy 'n "skuldenaar in besit" is, moet die persone in beheer van die maatskappy voortgaan om die daaglikse besigheid van die maatskappy te bestuur, terwyl hulle terselfdertyd aan die redding van die maatskappy moet werk.¹⁴ Die voordeel van hierdie benadering is dat die bestuur oor kardinale en uitvoerige kennis van die besigheid van die maatskappy sowel as die kliënte beskik en dit gedurende die reddingspoging kan gebruik:¹⁵

*"For example, the DIP and its management have the historical knowledge, business expertise and industry relationships that often are essential to a successful restructuring."*¹⁶

Die "skuldenaar in besit"-benadering hou egter sekere probleme in, soos dat daar 'n groter geleentheid vir misbruik deur die direksie van 'n maatskappy bestaan,¹⁷ aangesien die direkteure die maatskappy onder toesig kan plaas en dus by wyse van 'n moratorium verligting van skuldeisers kan kry, maar terselfdertyd in beheer van die maatskappy kan bly.¹⁸ Die UNCITRAL-gids stel in hierdie omstandighede onder andere as oplossing voor dat die skuldenaar gereeld aan die hof verslag moet doen oor die maatskappy se vordering.¹⁹

Voorts behoort daar in gedagte gehou te word dat die direksie wat agterbly dieselfde persone is wat die maatskappy tot finansiële nood gelei het,²⁰ alhoewel die rede vir die finansiële nood van die maatskappy nie noodwendig altyd aan die bestuur toegeskryf kan word nie.²¹ Daar is ook al tong in die kies na hierdie situasie as

¹³ Kinsler 1997:150; Hahn 2004:118; Blanchard 2005:48.

¹⁴ Hahn 2004:123; McCormack 2007:515. Sien ook Harner 2011:484. "Debtors (as DIPs) remain in possession of their assets and can operate their businesses and pursue their restructuring with oversight primarily from a creditors' committee."

¹⁵ Armour *et al.* 2002:1745.

¹⁶ Harner 2011:499.

¹⁷ Kloppers 1999:430; Hahn 2004:119.

¹⁸ UNCITRAL 2005:166 item (c)17. "There may be, however, disadvantages to this approach, which include it being used in situations where the outcome is clearly not likely to be successful or to delay the inevitable with the result that assets continue to be dissipated and the possibility that the debtor may act irresponsibly and even fraudulently during the period of control, undermining the reorganization as well as the confidence of creditors."

¹⁹ UNCITRAL 2005:166 item (c)17.

²⁰ Kinsler 1997:151. "It may seem counter-intuitive for the management of an insolvent corporation to be retained during Chapter 11 reorganisation. These are, of course, the same men and women who ran the company into insolvency." Sien ook Armour *et al.* 2002:1745.

²¹ Finch 2002:295. "After all, there may be, a number of reasons for corporate troubles that do not imply lack of managerial competence."

“leaving an alcoholic in control of a pub”²² en “leaving the fox in charge of the henhouse”²³ verwys.

Aangesien die bestuur van die maatskappy voortgaan om hul gewone funksies te vervul, word daar aanvaar dat die bestuur ook sal voortgaan om hul vertrouensverpligtinge teenoor die maatskappy en sy aandeelhouers na te kom.²⁴ Wat meer is, word daar ook van die bestuur verwag om die vertrouensverpligtinge van ’n praktisyn na te kom.²⁵ Die afleidings wat myns insiens hieruit gemaak kan word, is i) dat die vertrouensverpligtinge van direkteure en praktisyns nie dieselfde is nie, en ii) dat indien die bestuur van die maatskappy nie meer as sodanig sou funksioneer nie, iemand anders die vertrouensverpligtinge teenoor die maatskappy en ander rolspelers moet nakom.

3.2 BESTUURSVERVANGING, OFTEWEL DIE PRAKTISYN IN BESIT

Die tweede benadering is bestuursvervanging, oftewel die “praktisyn in besit”-benadering.²⁶ In hierdie geval word die bestuur van die maatskappy van beheer oor die maatskappy ontnem en word bestuursbeheer uitsluitlik aan die praktisyn opgedra.²⁷

Die bestuursvervangingsbenadering word in verskillende mates in die Verenigde Koninkryk²⁸ sowel as Australië nagevolg en word as ’n baie streng benadering beskou.²⁹

Hierdie benadering was ook ter sprake in die geregtelike bestuursmodel ingevolge die vorige Maatskappywet, wat daarvoor voorsiening gemaak het dat enige persoon van beheer ontnem kon word sodra die voorlopige geregtelike bestuurder

²² McCormack 2007: 522. ’n Engelse verwysing na die “skuldenaar in besit”-benadering.

²³ McCormack 2007: 524. ’n Australiese verwysing na die “skuldenaar in besit”-benadering.

²⁴ Bienenstock 1992:543.

²⁵ Hahn 2004:123. Dit is bevestig in *Commodity Futures Trading Commission v Weintraub* 471 US 1985: 343,355.

²⁶ Finch 2005:375. Oftewel “practitioner in possession” of “PIP”.

²⁷ Hahn 2004:126; Finch 2005:374.

²⁸ Harner 2011:505-506. “Rather, an administrator is appointed to assume the role and responsibilities of the debtor’s management in every corporate reorganization case, called an administration proceeding. The administrator oversees virtually every aspect of the debtor’s restructuring, including the development of a restructuring plan and the presentation of that plan to creditors.”

²⁹ Hahn 2004:124; Bradstreet 2010:199.

aangestel is.³⁰ Die geregtelike bestuurder het die beheer van die maatskappy en die bates van die maatskappy vir die duur van die moratorium en die reddingsplan oorgeneem.³¹

Alhoewel die vervangingsbenadering as streng beskou word, vind dit algemeen byval. Die praktisyn wat aangestel word om die maatskappy te bestuur, word as 'n onafhanklike derde party beskou wat, anders as die direksie, geen kwaad gedoen het wat tot die ongunstige finansiële situasie of die huidige reddingsproses kon aanleiding gee nie.³²

Moontlik een van die grootste nadele van hierdie benadering is dat die praktisyn onnodig tyd daaraan moet afstaan om die take en prosesse eie aan die besigheid te leer ken en die administratiewe take van die maatskappy te bestuur.³³ Om laasgenoemde rede sal die administrateur wat ingevolge die Engelse administrasieprosedure aangestel word, die bestuur van die maatskappy in nood behou ten einde hom met sy take te help.³⁴

'n Verdere kwelpunt in verband met die bestuursvervangingsbenadering is dat indien 'n verkeerde of onbekwame persoon aangestel word om die bestuur oor te neem, dit sekerlik nie tot 'n suksesvolle redding sal lei nie. Die algemene mening, wat ek ook ondersteun, is dat indien 'n likwidateur, prokureur of rekeningkundige aangestel word, dit moontlik tot nadeel van die maatskappy in nood sal wees, aangesien hierdie persone nie so paraat sal wees om besigheidsgeleenthede raak te sien en

³⁰ Maatskappywet 61/1973: art 428(2)(a). "A provisional judicial management order shall contain directions that the company named therein shall be under the management, subject to the supervision of the Court, of a provisional judicial manager appointed as hereinafter provided, and that any other person vested with the management of the company's affairs shall from the date of the making of the order be divested thereof."

³¹ Kloppers 1999:430.

³² Hahn 2004:126-127. Sien ook Anderson 2004:239. "... an independent administrator is a preferred option to the North American model of debtor in possession ...".

³³ Hahn 2004:146.

³⁴ Harner 2011:506. "An administrator also has the authority to, and in most cases does, retain existing management to help the administrator develop and implement a restructuring plan." Sien ook Armour en Mokal 2004:8. "Of course, the board are also likely to be those who have the greatest knowledge about the company's business and markets. Hence administration does not ipso facto terminate the board's appointment, but rather gives control over their appointment and removal, and the scope of their management jurisdiction to the administrator."

aan te gryp as wat hulle dalk in die loop van die reddingsverrigtinge voordoen nie.³⁵
Hahn som bestuursvervanging deur 'n onbekwame persoon sinvol op:

“By entrusting control to a person who is less qualified to make business decisions or who is biased and unable to exercise independent business judgments, wrong decisions will be made concerning the fate of the debtor corporation.”³⁶

Gedurende die bestuursvervangingsbenadering berus die nakoming van alle pligte, wat vertrouensverpligtinge insluit, by die praktisyn.

3.3 DIE POSISIE IN SUID-AFRIKA

In Suid-Afrika volg die ondernemingsreddingsmodel ingevolge die Maatskappywet van 2008 nie een van hierdie benaderings as sulks nie. Die keuse tussen die twee benaderings is dus nie óf die een óf die ander nie, aangesien daar verskillende grade van bestuursvervanging bestaan.³⁷

Die Wet stel 'n definitiewe verskuiwing weg van die vervangingsbenadering bekend, alhoewel die maatskappy wat ondernemingsredding ondergaan steeds nie as 'n “skuldenaar in besit” beskou kan word nie. Daar word dus hier van 'n gemengde bestuursbenadering gebruik gemaak.

'n Gemengde bestuursbenadering ondervang die tekortkominge van die “skuldenaar in besit”- sowel as die vervangingsbenadering.

³⁵ Kloppers 1999:424; Hahn 2004:146; Lamprecht 2008:192. Sien ook Finch 2002:192-193. “Where, for instance, a rescue procedure involves a handover of control from a specialist insider (for example, a director) to a generalist outsider (for example, an insolvency practitioner), this may involve the expenses of parties coming up to speed with the particular company’s financial, operational and market positions but also dangers that judgments will be made by persons who are not fully familiar with the relevant market sectors and business circumstances.”

³⁶ Hahn 2004:127.

³⁷ Bradstreet 2010:200. Sien ook UNCITRAL Publikasiejaar:164 item (b)11. “Intermediate approaches establish different levels of control between the debtor and the insolvency representative. These generally involve some level of supervision of the debtor by the insolvency representative, such as where the latter broadly supervises the activities of the debtor and approves significant transactions, while the debtor continues to operate the business and take decisions on a day-to-day basis.”

Ingevolge artikel 140 van die Wet word die beheer van die maatskappy deur die praktisyn oorgeneem,³⁸ maar sal die direkteure voortgaan om hul pligte onder sy toesig te vervul en word hulle dus nie geheel en al van alle bestuursverpligtinge ontnem nie.³⁹ Alhoewel die bestuur van die maatskappy onder die toesig van die praktisyn funksioneer, berus die beslissende beheer oor die bestuur steeds by die praktisyn.⁴⁰

Daar word aan die hand gedoen dat hierdie gemengde bestuursbenadering beter is as die vervangingsbenadering wat in die geregtelike bestuursproses gevolg is. In die gemengde bestuursbenadering kan die praktisyn met die bestaande bestuur saamwerk, en word daar nie van hom verwag om eiehandig 'n ommekeer in die maatskappy teweeg te bring nie, wat die kans op sukses verbeter.⁴¹ Wat veral die moontlikheid van sukses vergroot, is dat die praktisyn nie onnodig hoef tyd af te staan om die geldende prosesse van die maatskappy te leer ken nie, aangesien die bestuur hom met hierdie inligting en bestuurstake kan bystaan.⁴² Die funksies wat die praktisyn gedurende die proses moet uitvoer ten einde die redding te bewerkstellig, neem reeds tyd in beslag en indien die besigheid nie steeds in hierdie tyd bestuur word nie, sal daar immers nie iets oor wees om te red nie. Indien die reddingsmodel die direkteure in staat stel om steeds by die bestuur van die maatskappy betrokke te wees, sal die inisiëring van reddingsverrigtinge ook moontlik bevorder word, aangesien die bestuursbenadering dalk minder vreesaanjaend vir die direkteure sal wees.⁴³

Dit is egter belangrik om die bogenoemde stelling te kwalifiseer, aangesien daar gevalle kan voorkom waar die bestuur van die maatskappy onbevoeg is, en verpligte

³⁸ 71/2008: art 140(1)(a). "Tydens 'n maatskappy se ondernemingreddingsverrigtinge, en benewens enige ander bevoegdhede en pligte soos in hierdie Hoofstuk uiteengesit—(a) het die praktisyn in die plek van sy direksie en voorafbestaande bestuur volle bestuursbeheer oor die maatskappy."

³⁹ 71/2008: art 137(2)(a)-(c). "Tydens 'n maatskappy se ondernemingreddingsverrigtinge—(a) moet elke direkteur van die maatskappy, behoudens die gesag van die praktisyn, voortgaan om die funksies van direkteur uit te oefen; (b) het elke direkteur van die maatskappy 'n plig om enige bestuursfunksie in die maatskappy ooreenkomstig die uitdruklike opdragte of voorskrif van die praktisyn uit te oefen, tot die mate dat dit redelik is om dit te doen; (c) bly elke direkteur gebonde aan die vereistes van artikel 75 rakende persoonlike finansiële belange van die direkteur of 'n verwante persoon." Sien ook Meskin *et al.* 2014:18.3.2.

⁴⁰ 71/2008: art 140(1)(a). Meskin *et al.* 2014:18.3.2.

⁴¹ Salant 2010: Jan/Feb; Cassim *et al.* 2012:887.

⁴² Salant 2010: Jan/Feb; Bradstreet 2010:208; Cassim *et al.* 2012:887.

⁴³ Finch 2002:295.

samewerking teenproduktiwiteit sal meebring.⁴⁴ Die moontlike negatiewe implikasies van die bestuur se betrokkenheid blyk duidelik uit die *Pinnacle Point*-saak, waar die direksie die reddingspoging ondermyn het.⁴⁵ In so 'n geval sal dit beter wees indien die praktisyn die hele bestuur vervang, in welke geval die soeklig weer op die praktisyn se bestuursvaardighede sal val.⁴⁶

UNCITRAL doen ook aanbevelings om moontlike probleme met hierdie benadering te voorkom, soos dat daar duidelike reëls moet bestaan oor die skuldenaar sowel as die praktisyn se onderskeie take.⁴⁷

Dit behoort ook van groot hulp vir die praktisyn te wees om in die ontwikkeling van 'n ondernemingsreddingsplan van die bestaande bestuur van die maatskappy gebruik te maak, aangesien 'n goeie reddingsplan nie slegs op die praktisyn se regs- en besigheidskennis berus nie, maar ook op intieme kennis van die maatskappy in nood.⁴⁸

Wanneer die vertrouensverpligtinge van die rolspelers in die Suid-Afrikaanse gemengde model oorweeg word, kom iets interessant na vore. Ingevolge artikel 137(2)(d) word 'n direkteur gedurende die reddingsverrigtinge van sy verpligtinge ingevolge artikel 76 en 77 van die Wet onthef.⁴⁹ Artikel 76 en 77 verwys onderskeidelik na die standarde van die direksie se gedrag, en die moontlike aanspreeklikheid vir pligsversuim.⁵⁰ Artikel 76(3) bevat egter ook die nuwe kwasi-gekodifiseerde vertrouensverpligtinge van die direkteure van die maatskappy,⁵¹ wat myns insiens daarop dui dat die direkteure gedurende die ondernemingsreddingsverrigtinge van hul statutêre vertrouensverpligtinge ontnem word.⁵² Dit is ook belangrik om daarop te let dat artikel 140(3)(b) bepaal dat die

⁴⁴ Hahn 2004:153; Bradstreet 2010:208.

⁴⁵ *Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd* 2011 5 SA 600 WCC.

⁴⁶ Bradstreet 2010:208. Sien ook Cassim *et al.* 2012:887. "Co-operation between the business rescue practitioner and the directors is essential to a successful business rescue or turnaround."

⁴⁷ UNCITRAL 2005:164 item (b)11.

⁴⁸ Hahn 2004:149.

⁴⁹ 71/2008: art 137(2)(d). Onderworpe aan sekere uitsonderings. Sien in die verband art 77(3)(a)(b) en (c). Hierdie uisonderings hou verband met die misbruik van die maatskappynaam, roekelose handel en om medepligtig te wees aan handeling wat bedoel is om skuldeisers, werknemers of aandeelhouers te bedrieg.

⁵⁰ 71/2008: art 76,77.

⁵¹ 71/2008: art 76(3)(a)-(c).

⁵² Boonop kan gevra word of hulle ook van hul gemeenregtelike vertrouensverpligtinge ontnem word. Die waarskynlike antwoord hierop is dat die direksie van ál hulle vertrouensverpligtinge ontnem word,

praktisyn vir die duur van die verrigtinge dieselfde verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid as die direkteure van die maatskappy het, soos wat artikel 75, 76 en 77 van die Wet dit uiteensit.⁵³ Weereens moet daar hier uitgelig word dat die praktisyn derhalwe ook dieselfde vertrouensverpligtinge soos in artikel 76 het. Dit impliseer dus dat die direkteure se statutêre vertrouensverpligtinge en verpligtinge tot sorg en vaardigheid gedurende die reddingsverrigtinge op die praktisyn rus. Indien daar egter na die bewoording van artikel 77(2) gekyk word, blyk dit dat nie net die gekodifiseerde vertrouensverpligtinge nie, maar ook die gemeenregtelike vertrouensverpligtinge op die praktisyn oorgaan.⁵⁴ Alhoewel die artikel oor die standarde vir direkteure se optrede nie na die gemeenregtelike verpligtinge verwys nie, verwys artikel 77 na moontlike aanspreeklikheid op grond van die nie-nakoming daarvan. Die afleiding is dus dat die praktisyn ook aan die gemeenregtelike verpligtinge van goeie trou, sorg en vaardigheid onderworpe is. Die vraag ontstaan egter of dié verpligtinge dieselfde vir die praktisyn as vir die direkteur van die maatskappy inhou.

4. DIE PLIGTE EN BEVOEGDHEDE VAN DIE PRAKTISYN INGEVOLGE ARTIKEL 140 EN 141⁵⁵

4.1 INLEIDING

Die verpligtinge en bevoegdheede van die praktisyn word in artikel 140 en 141 van die Wet vervat.⁵⁶ Dit sluit onder andere in die oornome van beheer oor die maatskappy,⁵⁷ die ondersoek en kontrolering van die maatskappy se sake om die gepaste tyd vir die staking van die reddingsverrigtinge te bepaal,⁵⁸ die ontwikkeling

wat die gemeenregtelike vertrouensverpligtinge insluit. Dit kon kwalik die wetgewer se bedoeling gewees het om die statutêre verpligtinge te verwyder, maar nie die gemeenregtelike verpligtinge nie. Die statutêre verpligtinge is in ieder geval niks meer as 'n samevatting van die meeste van die gemeenregtelike vertrouensverpligtinge nie.

⁵³ 71/2008: art 140(3)(b). *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

⁵⁴ 71/2008: art 77(2).

⁵⁵ Let wel: 'n Volledige bespreking van al die ondernemingsreddingspraktisyn se verpligtinge, met spesifieke verwysing na sy troupligte, volg in die hoofstukke hierna.

⁵⁶ 71/2008: art 140,141.

⁵⁷ 71/2008: art 140(1)(a).

⁵⁸ 71/2008: art 141(1).

en implementering van 'n ondernemingsreddingsplan,⁵⁹ en die aanvaarding van aanspreeklikheid in die geval van nie-nakoming van verpligtinge.⁶⁰ Die vernaamste bevoegdhede en verpligtinge word vervolgens bespreek.

4.2 OORNAME VAN DIE BESTUUR VAN DIE MAATSKAPPY

Een van die belangrikste verpligtinge van die praktisyn is om die bestuur van die maatskappy oor te neem.⁶¹ Benewens die verpligting om die beheer oor te neem, het die praktisyn ook die bevoegdheid om enige mag of funksie aan 'n persoon te deleger wat voorheen deel uitgemaak het van die bestuur van die maatskappy.⁶² Hy is verder by magte om persone te verwyder van die bestuur van die maatskappy, of selfs om persone aan te stel om deel uit te maak van die bestuur van die maatskappy.⁶³ Indien die praktisyn 'n persoon in die bestuur van die maatskappy aanstel, mag daardie persoon geen verhouding met die maatskappy hê wat 'n redelik ingeligte derde party kan laat glo dat die persoon nie met die nodige integriteit, onafhanklikheid en objektiwiteit teenoor die maatskappy sal optree nie.⁶⁴ Let egter daarop dat die praktisyn nie sonder magtiging van die hof 'n direkteur van sy amp mag onthef nie.⁶⁵

4.3 ONDERSOEK EN OPENBAARMAKING

Soos wat reeds genoem is, is die praktisyn ook verantwoordelik om 'n ondersoek na die sake, besigheid, eiendom en finansiële situasie van die maatskappy van stapel

⁵⁹ 71/2008: art 140(1)(d). Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:24. "Section 140(1) thus instructs the BRP as follows with 4 tasks namely: must therefore 1) take management control, 2) investigate the affairs of the company, 3) prepare a rescue plan and if voted for, 4) implement the plan. Research adds another task namely to execute the above within the statutory guidelines of the Act."

⁶⁰ 71/2008: art 140(3).

⁶¹ 71/2008: art 140(1)(a).

⁶² 71/2008: art 140(1)(b). "... may delegate any power or function of the practitioner to a person who was part of the board or pre-existing management of the company".

⁶³ 71/2008: art 140(1)(c)(i)-(ii).

⁶⁴ 71/2008: art 140(2)(a). Subartikel (b) verwys voorts na 'n aanverwante persoon.

⁶⁵ 71/2008: art 137(5).

te stuur om vas te stel of daar 'n redelike vooruitsig bestaan dat die maatskappy gered kan word.⁶⁶

Aangesien die praktisyn ingevolge artikel 140(3)(a) 'n amptenaar van die hof is,⁶⁷ is dit ook sy plig om die hof in te lig indien hy in die loop van sy ondersoek vasstel dat daar nie 'n vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word nie.⁶⁸ Indien hy in die uitvoering van sy pligte vasstel dat die maatskappy nie meer in finansiële nood verkeer nie, moet hy met die oog op die beëindiging van die ondernemingsreddingsverrigtinge die hof sowel as die geaffekteerde persone daarvan in kennis stel.⁶⁹ Op grond van sy status as 'n amptenaar van die hof, is die praktisyn boonop verplig om die hof van enige vernietigbare vervreemdings, roekelose handel of bedrog in te lig.⁷⁰

Indien die praktisyn in sy ondersoek na die sake van die maatskappy op enige bewyse afkom wat daarop dui dat die maatskappy nog voor die aanvang van die ondernemingsreddingsverrigtinge vernietigbare transaksies aangegaan het, of die maatskappy of enige direkteur versuim het om 'n wesenlike verpligting met betrekking tot die maatskappy na te kom, moet die praktisyn die nodige stappe doen om die aangeleentheid reg te stel, wat sodanige opdrag aan die bestuur kan insluit.⁷¹

Die praktisyn moet ook op die uitkyk wees na bewyse dat die maatskappy op 'n roekelose of bedrieglike wyse of in stryd met enige wetgewing in verband met die maatskappy handel gedryf het.⁷² Indien hy enige sodanige bewyse vind, moet hy dit vir verdere ondersoek en moontlike vervolging na die toepaslike gesag verwys.⁷³ Hy is ook by magte om die bestuur opdrag te gee om alle nodige stappe te doen om die aangeleentheid reg te stel, wat die verhaling van enige wanaanwending van bates van die maatskappy kan insluit.⁷⁴

⁶⁶ 71/2008: art 141(1).

⁶⁷ 71/2008: art 140(3)(a).

⁶⁸ 71/2008: art 141(2)(a).

⁶⁹ 71/2008: art 141(2)(b).

⁷⁰ 71/2008: art 141(2)(c).

⁷¹ 71/2008: art 141(2)(c)(i).

⁷² 71/2008: art 141(2)(c)(ii).

⁷³ 71/2008: art 141(2)(c)(ii)(aa).

⁷⁴ 71/2008: art 141(2)(c)(ii)(bb).

4.4 OPSTEL EN IMPLEMENTERING VAN DIE REDDINGSPLAN

Een van die praktisyn se belangrikste verpligtinge behels die opstel en implementering van 'n ondernemingsreddingsplan.⁷⁵ Die praktisyn moet die plan opstel nadat hy met die skuldeisers, geaffekteerde persone en die bestuur van die maatskappy gekonsulteer het.⁷⁶ Hy moet voorts toesien dat die ondernemingsreddingsplan geïmplementeer word soos wat dit aanvaar is.⁷⁷ Hierdie verpligting is veral belangrik, aangesien die reddingsplan 'n uiters belangrike rol in die ondernemingsreddingsprosedure vervul.

5. DIE PRAKTISYN SE VERPLIGTINGE INGEVOLGE ARTIKEL 75 EN 76

Benewens die verpligtinge hierbo, behoort daar melding gemaak te word van die uiters belangrike artikel 140(3)(b), wat bepaal dat die praktisyn dieselfde verantwoordelikhede en verpligtinge as die direkteure van die maatskappy het, soos wat artikel 75 en 76 dit uiteensit.⁷⁸ Derhalwe word daar na die verpligtinge in hierdie twee artikels gekyk om 'n geheelbeeld van al die statutêre verpligtinge van die praktisyn te kry.

5.1 ARTIKEL 75

Artikel 75 van die Wet handel uitsluitlik oor die direkteur se verpligting om enige persoonlike finansiële belange aan die direksie of die aandeelhouders te openbaar.⁷⁹ Dit sluit ook enige finansiële belange van verwante persone in.⁸⁰ Die artikel bepaal

⁷⁵ 71/2008: art 140(1)(d)(i). Sien ook Davis *et al.* 2010:242.

⁷⁶ 71/2008: art 150(1).

⁷⁷ 71/2008: art 140(1)(d)(ii).

⁷⁸ 71/2008: art 140(3)(b),75,76. *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

⁷⁹ 71/2008: art 75.

⁸⁰ 71/2008: art 75(1)(b). Die omskrywing van verwante en aanverwante persone word in art 2 van die Wet voorsien: "1) For all purposes of this Act – (a) an individual is related to another individual if they – i) are married, or live together in a relationship similar to a marriage; or ii) are separated by no more than

verder die prosedurele vereistes vir die openbaarmaking van die belange, sowel as die gevolge van nie-nakoming van hierdie vereistes.⁸¹

5.2 ARTIKEL 76

Artikel 76 sit die verwagte standaard van die direkteur se gedrag uiteen en bevat bepalings oor die gebruik van die pos waarin die direkteur hom bevind, sowel as die gebruik van inligting tot die uitsluitlike voordeel van die maatskappy.⁸² Ingevolge hierdie artikel word daar ook van die direkteur verwag om enige inligting wat moontlik vir die maatskappy van belang kan wees, te openbaar.⁸³

Die statutêre vertrouensverpligtinge van direkteure word in artikel 76(3) van die Wet vervat, wat soos volg lui:⁸⁴

Subject to subsections (4) and (5), a director of a company, when acting in that capacity, must exercise the powers and perform the functions of director – a) in good faith and for a proper purpose; b) in the best interests of the company; and c) with the degree of care, skill and diligence that may reasonably be expected of a person – i) carrying out the same functions in relation to the company as those carried out by that director; and ii) having the general knowledge, skill and experience of that director.⁸⁵

Hierdie bepaling behels 'n kwasi-kodifikasie van die direkteur se vertrouensverpligtinge.⁸⁶ Dit voeg ook nuwe elemente toe aan die vertrouensverhoudinge tussen die direkteur en die maatskappy. Die byvoeging van die term “vir 'n behoorlike doel” is byvoorbeeld iets nuut in die Suid-Afrikaanse korporatiewe reg. Voorts sluit die kodifikasie van die verpligtinge 'n verwysing na die direkteur se pligte tot sorg en vaardigheid in. Dit bevestig dat die Wet hierdie verpligting onder die vertrouensverpligtinge van die direkteur indeel, alhoewel dit in werklikheid op deliktuele grondslae berus.

two degrees of natural or adopted consanguinity or affinity; (b) an individual is related to a juristic person if the individual directly or indirectly controls the juristic person, as determined in accordance with subsection (2); ...”.

⁸¹ 71/2008: art 75(3)-(6).

⁸² 71/2008: art 76(2)(a)(i)-(ii).

⁸³ 71/2008: art 76(2)(b).

⁸⁴ Sien asseblief die verklaring van “vertrouensverpligtinge” in hoofstuk 1.

⁸⁵ 71/2008: art 76(3).

⁸⁶ Henochsberg 2014:290; Esser en Du Plessis 2007:347.

Nóg 'n nuwe verskynsel in die Suid-Afrikaanse reg is die invoeging van die sogenaamde Amerikaanse “business judgment rule”, oftewel die sakeoordeeltoets.⁸⁷ 'n Direkteur sal die sakeoordeeltoets slaag indien hy sy verpligtinge nakom deur redelik noulettende stappe te doen om oor 'n bepaalde saak ingelig te word,⁸⁸ deur geen werklike persoonlike finansiële belang by die onderwerp van die besluit te hê nie,⁸⁹ en deur besluite te neem indien hy rasonale gronde gehad het om te glo, en daadwerklik geglo het, dat dit in die belang van die maatskappy is.⁹⁰ Die sakeoordeeltoets behels dat 'n direkteur nie aanspreeklik behoort te wees vir besluite wat tot ongewenste gevolge aanleiding gee nie, mits sodanige besluite in goeder trou, met sorg en op 'n ingeligte basis geneem is en die betrokke direkteur van mening was dat dit in die belang van die maatskappy was.⁹¹

6. BEVOEGDHEDE VAN DIE PRAKTISYN WAT ELDERS IN DIE WET VERVAT WORD⁹²

Soos wat reeds in hoofstuk 1 aangedui is, berus die diskresie oor die hantering van kontrakte waarby die maatskappy betrokke is, by die praktisyn. Alhoewel die praktisyn se magte met betrekking tot kontrakte ingekort word, beskik hy oor die bevoegdheid om die ooreenkoms of 'n gedeelte daarvan op te skort, hoewel slegs vir die duur van die ondernemingsreddingsverrigtinge.⁹³ Dit beteken in wese dat die praktisyn nie die kontrak of ooreenkoms onbepaald kan opskort of uitstel nie en, selfs belangriker, dat hy nie die kontrak uit eie beweging kan kanselleer nie. Indien die praktisyn nou om enige rede die ooreenkoms waarin die maatskappy 'n party is, wil kanselleer, kan dit slegs met verloop van die hof geskied na oorweging van die omstandighede en op voorwaardes wat die hof regverdig en redelik ag.⁹⁴

Nog 'n belangrike punt van die praktisyn se bevoegdhede handel oor die aangaan van skuld in die vorm van na-aanvangsfinansiering. 'n Maatskappy wat

⁸⁷ Kennedy-Good en Coetzee 2006a:63; Cassim *et al.* 2012:563.

⁸⁸ 71/2008: art 76(4)(a)(i); Davis *et al.* 2010:117; Cassim *et al.* 2012:564-565.

⁸⁹ 71/2008: art 76(4)(a)(ii); Davis *et al.* 2010:117; Cassim *et al.* 2012:564-565.

⁹⁰ 71/2008: art 76(4)(a)(iii); Davis *et al.* 2010: 117; Cassim *et al.* 2012:564-565.

⁹¹ Davis *et al.* 2010:117; Cassim *et al.* 2012:564-565.

⁹² Hierdie bepalings is reeds in meer besonderhede in hoofstuk 1 bespreek.

⁹³ 71/2008: art 136.

⁹⁴ 71/2008: art 136(2)(b).

ondernemingsredding ondergaan, het 'n manier nodig om steeds die bedrywighede van die maatskappy te finansier terwyl daar gepoog word om die maatskappy te red. Artikel 135(2) van die Wet maak spesifiek hiervoor voorsiening.⁹⁵ Hierdie bepaling bied 'n aanduiding van die mate van mag wat aan die praktisyn gegee word. Deur nuwe skuld in die vorm van na-aanvangsfinansiering aan te gaan, word een groep belanghebbendes ten koste van 'n ander bevoordeel. Die werknemers baat hierby, aangesien die geld eerstens aangewend moet word om hulle voordele uit te betaal, terwyl die skuld verseker word met bates wat normaalweg vir die betaling van onversekerde skuldeisers te gelde gemaak sou word. Dit is dus 'n besluit wat die praktisyn nie ligtelik kan neem nie, veral in die lig van die nuwe voorkeurorde wat die bepaling skep en dat dit van krag bly indien die verrigtinge tot likwidasië oorgaan.⁹⁶

Die praktisyn word ook gedurende ondernemingsreddingsverrigtinge met betrekking tot die bates van die maatskappy beperk. Die Wet bepaal in artikel 134 dat 'n maatskappy wel van sy bates mag vervreem of onderneem om dit te vervreem indien i) dit in die gewone loop van besigheid geskied,⁹⁷ ii) dit 'n *bona fide*-armlengtetransaksie teen 'n billike waarde is wat die praktisyn vooraf skriftelik goedgekeur,⁹⁸ of iii) dit 'n transaksie is wat beoog word in, en onderneem word as deel van die implementering van, 'n ondernemingsreddingsplan wat kragtens artikel 152 goedgekeur is.⁹⁹ Hierdie bepaling het ten doel om skuldeisers se belange te beskerm, sodat die maatskappy se boedel nie deur die vervreemding van bates verarm word ten einde die maatskappy vir die aandeelhouers te probeer red nie.

7. DIE AARD EN OMVANG VAN DIE PRAKTISYN SE VERTROUENSVERPLIGTINGE

Die bespreking hierbo toon duidelik dat die praktisyn nie slegs die bestuursverwante verpligtinge van die maatskappy nie, maar ook die vertrouensverpligtinge daarvan oorneem. Die presiese aard en omvang van hierdie pligte is egter onduidelik en vereis verdere ondersoek.

⁹⁵ 71/2008: art 135(2).

⁹⁶ 71/2008: art 135(4).

⁹⁷ 71/2008: art 134(1)(a)(i).

⁹⁸ 71/2008: art 134(1)(a)(ii).

⁹⁹ 71/2008: art 134(1)(a)(iii).

Aangesien artikel 140(3) van die Wet bepaal dat die praktisyn se verpligtinge dieselfde is as dié van die direkteur, sal dit dus nodig wees om na die aard en die omvang van die direkteur se vertrouensverpligtinge te verwys. Tog glo ek dat alhoewel die Wet bepaal dat die verpligtinge dieselfde is, dit nie in die praktyk die geval kan wees nie, omdat die bestuursomstandighede gedurende nood te veel van die gewone omstandighede verskil om die persone in beheer aan die hand van dieselfde maatstaf te meet.¹⁰⁰

Om dit met 'n mediese metafoor te verduidelik, kan die situasie vergelyk word met die besluite deur 'n algemene praktisyn in sy spreekkamer teenoor die noodbesluite en ingrepe deur 'n traumachirurg in die operasiesaal na 'n motorbotsing.

Wanneer 'n maatskappy in nood verkeer, is die bestuursaanslag anders en is die persone in beheer gewoonlik self baie meer betrokke by besluite as laervlakbestuurders. Die bestuur verkeer ook onder baie groter druk as gewoonlik: Die daaglikse besigheidstake moet tesame met reddingstake verrig word, terwyl belanghebbendes se onderlinge verhoudinge ook bestuur moet word. Wanneer die bestuur van 'n maatskappy in nood besluite moet neem of handeling moet uitvoer, gebeur dit baie vinniger as wat gewoonlik die geval sou wees, juis omdat tyd sinoniem is met geld in besigheid. Daar is nie soveel ruimte vir foute nie, want die kleinste misstap kan die einde van 'n maatskappy in finansiële nood beteken. Waarskynlik die grootste verskil tussen normale bestuur en bestuur in nood is dat laasgenoemde aansienlik hoër stresvlakke sal ervaar.¹⁰¹

¹⁰⁰ Nimmer en Feinberg 1989:34. "However, a fiduciary's role is dependent upon the relationship of the fiduciary to its subject matter. It leads to widely different business or policy choices depending on how the fiduciary exercises its powers and acts on its obligations."

¹⁰¹ Harvey *et al.* 2011:9-10.

7.1 AARD VAN DIE TROUPLIG

7.1.1 AARD VAN DIE DIREKTEUR SE TROUPLIG

“When persons who are directors of a company are from time to time spoken of... as agents, trustees or managing partners of a company, it is essential to recollect that such expressions are used not as exhaustive of the powers or responsibilities of those persons, but only as indicating useful points of view from which they may for the moment and for the particular purpose be considered.... it is not meant that they belong to a category, but that it is useful for the purpose of the moment to observe that they fall pro tanto within the principles which govern that particular class.”¹⁰²

Dit is ’n uitgemaakte saak dat die verhouding tussen ’n direkteur en ’n maatskappy ’n gevestigde, goed omskrewe, uitgekristalliseerde vertrouensverhouding daarstel.¹⁰³ Die tradisionele siening in die Suid-Afrikaanse reg is dat die direkteur van ’n maatskappy ’n unieke posisie beklee wat uit hoofde van die Maatskappywet én sy amp ontstaan.¹⁰⁴ Dit is ook belangrik om daarop te let dat die direkteur ook ’n verpligting tot sorg en vaardigheid aan die maatskappy verskuldig is.¹⁰⁵

Die aard van bogenoemde verhouding kon nie aan die hand van slegs een spesifieke voorbeeld vasgestel word nie, maar moes op ’n saak-tot-saak-grondslag bepaal word.¹⁰⁶ Dit beteken dus dat alhoewel akademië soos Blackman¹⁰⁷ en Havenga¹⁰⁸ die aard van die direkteur se posisie oorweeg het deur na onder andere trustees en verteenwoordigers te verwys, die direkteur in werklikheid in ’n unieke posisie teenoor die maatskappy staan.¹⁰⁹ Die vertrouensverhouding wat tussen die

¹⁰² *Imperial Hydropathic Hotel Company, Blackpool v Hampson* 1882 23 ChD 1: 12; Havenga 1998:20; *Cohen NO v Segal* 1970 (3) SA 702 (W); Cassim *et al.* 2012:414.

¹⁰³ Hierdie stelling geld vir bykans elke jurisdiksie ter wêreld. Morse *et al.* 1999: 263. “Directors have long been regarded as trustees of the company’s property and the money under their control and as being in a fiduciary position in relation to the exercise of their powers of management of the company.”

¹⁰⁴ Havenga 1998:20. Sien ook Havenga 1997:311. “A company directorship is generally regarded as one of the most complex fiduciary duties.”

¹⁰⁵ Naudé 1970:154.

¹⁰⁶ Cassim *et al.* 2012:414.

¹⁰⁷ Blackman 1970:275. “As we have seen, in civil law the rules relating to such persons were developed and extended by a process of analogy, the rules formulated for one species of administrator being adapted and applied to others.”

¹⁰⁸ Havenga 1998:23-24. “Principles pertaining to other fiduciaries will obviously be of comparative value.” en “Analogies with other fiduciaries may be appropriate in certain circumstances, but do not alter the individual character of a company director’s fiduciary office.”

¹⁰⁹ Naudé 1970:109,154. “Teen die benutting van aanknopingspunte by ander verskyningsvorme van die vertrouensverhouding in die ontwikkeling van die regsposisie van direkteure, kan daar geen beswaar bestaan nie.”; “By die ontwikkeling van die inhoud en gevolge van die vertrouensverhouding tussen

direkteur en die maatskappy tot stand kom, is *sui generis*, dit wil sê uniek, eiesoortig en in 'n klas van sy eie.¹¹⁰

Gevolgtlik word hierdie verhouding ook deur eiesoortige reëls gereguleer. Alhoewel hierdie reëls van toepassing sal wees in die ondersoek na die praktisyn se vertrouensverpligtinge,¹¹¹ reken ek dat die ondersoek ook op eiesoortige reëls van toepassing op die praktisyn sal dui. Die reëls van toepassing op die direkteur wat sy sorgsaamheidsverpligtinge betref, word derhalwe ook ondersoek om te bepaal hoe die beginsels daarvan die praktisyn se verpligting tot sorgsaamheid beïnvloed.

7.1.2 AARD VAN DIE PRAKTISYN SE TROUPLIG

“ n Persoon kom gewoonlik in 'n vertrouensverhouding te staan wanneer hy die bates van 'n ander beheer of die bevoegdheid het om namens 'n ander te handel.¹¹²

Indien bostaande omskrywing van die bestaan van 'n vertrouensverhouding oorweeg word, is dit duidelik dat die praktisyn hom in so 'n verhouding bevind. Daar is reeds in die voorafgaande bespreking bevestig dat die Wet volle bestuursbeheer van die maatskappy aan die praktisyn opdra.¹¹³ Dit impliseer dat die praktisyn uit hoofde van sy praktisynsamb in 'n vertrouensverhouding staan.¹¹⁴ Die bevestiging dat die praktisyn 'n troupligtige is, bied ongelukkig geen duidelikheid oor die aard van hierdie vertrouensverhouding nie.

Indien 'n praktisyn 'n troupligtige is, impliseer dit ook dat hy as 'n trustee in die ruim sin van die woord beskou kan word.¹¹⁵ Die noodwendige gevolg is dat die praktisyn

direkteur en maatskappy kon die howe ruimskoots put uit die ontwikkeling wat dieselfde verhouding reeds by gevestigde regsfigure – veral die trust en verteenwoordiging – ondergaan het.”

¹¹⁰ Naudé 1970:143; Cassim *et al.* 2012:414; Du Plessis 1990:101; Havenga 1996:366; Havenga 1998:20; *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168; Coetzee en Van Tonder 2014:286.

¹¹¹ Havenga 1998:23.

¹¹² Cilliers *et al.* 2001:139.

¹¹³ 71/2008: art 140(1)(a). Sien ook Nimmer en Feinberg 1989:34. “The idea of treating one person as a fiduciary of another thus rests on the fact that the discretionary judgment of the one controls the destiny of the other.”

¹¹⁴ *Ex officio*.

¹¹⁵ Cameron *et al.* 2002:1,3. “... holds or administers property separately from his or her own, for the benefit of another person or persons or for the furtherance of a charitable or other purpose”; “In the wide sense a trust exists whenever someone is bound to or hold or administer property on behalf of another or for some impersonal object and not for his or her own benefit.”

se vertrouensverhouding in sekere opsigte ooreenstem met dié van ander troupligtiges wat ook as trustees in die ruim sin van die woord beskou kan word.¹¹⁶ Alhoewel sekere aspekte van hierdie verhoudings ooreenstem, is die algehele aard daarvan egter nie dieselfde nie.

7.1.2.1 DIE PRAKTISYN AS TRUSTEE?

Daar sou 'n saak daarvoor uitgemaak kon word dat die praktisyn se vertrouensverhouding soortgelyk is aan dié van 'n trustee in eng sin:

*In the strict or narrow sense a trust exists when the creator or founder of the trust has handed over or is bound to hand over to another the control of property which, or the proceeds of which, is to be administered or disposed of by the other (the trustee or administrator) for the benefit of some person other than the trustee as beneficiary, or for some impersonal object.*¹¹⁷

'n Trustee in die eng sin staan, nes die praktisyn, in beheer van goed wat hy tot die voordeel van 'n ander, die begunstigde, moet bestuur. Die grootste verskil, sowel as die rede waarom die praktisyn nie as 'n trustee in die eng sin beskou kan word nie, is dat die trustee in die eng sin as die eienaar of reghebbende van die goed onder sy beheer beskou word.¹¹⁸ Dit word bevestig in die omskrywing van 'n trust in die eng sin ingevolge die Wet op die Beheer op Trustgoed.¹¹⁹

Alhoewel die praktisyn ook daarvoor verantwoordelik is om eiendom tot 'n ander se voordeel te bestuur, word hy nooit die eienaar of reghebbende daarvan nie.

¹¹⁶ Cameron *et al.* 2002:3. Soos eksekuteurs, administrateurs, kurators en trustees in beperkte sin. Sien ook Olivier 1989:2. "n Trustverhouding in die wye sin van die woord word byvoorbeeld by die eksekuteur van 'n bestorwe boedel, die kurator van 'n sielsieke pasiënt en die trustee van 'n insolvente boedel gevind. Dié funksionariesse beklee almal 'n amp en is nie eienaars van die goed waaroor hulle bewind voer nie."

¹¹⁷ Cameron *et al.* 2002:4.

¹¹⁸ Olivier 1989:3. "n Trust in enige regstegniese sin verwys na 'n soortgelyke verskynsel as die trust in wye sin, maar met dié verskil dat die persoon wat die goed onder sy beheer het, die eienaar of reghebbende van die goed is. Hy is eienaar of word as eienaar beskou maar nie tot sy persoonlike voordeel nie." Sien ook Havenga 1998:15-16; Cameron *et al.* 2002:7; Kopel 2009:394.

¹¹⁹ Wet op die Beheer op Trustgoed 57 van 1988: art 1(a). "Trust' means the arrangement through which the ownership of property of one person is by virtue of a trust instrument **made over or bequeathed to another person, the trustee**, in whole or in part, to be administered or disposed of according to the provisions of the trust instrument for the benefit of the person or class of persons designated in the trust instrument or for the achievement of the object stated in the trust instrument." Eie beklemtoning. Kopel 2009:394. "The trustee is the legal owner of the property settled by the settlor."

Eienaarskap impliseer dat die eienaar na goeëdunke met die eiendom mag handel. Die praktisyn se vermoë om met die eiendom van die maatskappy te handel, word egter deur die Wet self, in artikel 134, beperk.¹²⁰

7.1.2.2 DIE PRAKTISYN AS GEVOLMAGTIGDE?

“Agency or representation is the performance of a juristic act by one person for another. The first person, the representative or agent, performs the juristic act in the name of, or on behalf of, the other person, the principal and, in so doing, creates, alters or extinguishes a legal relationship for the principal.”¹²¹

Indien die ondernemingsreddingspraktisyn se posisie met ’n gevolmagtigde verteenwoordiger s’n vergelyk word, is daar wel raakpunte. Die vrae wat egter ontstaan, is of die praktisyn as ’n verteenwoordiger beskou kan word en of die aard van sy vertrouensverpligtinge soortgelyk is aan dié van die gevolmagtigde verteenwoordiger.

Die ondernemingsreddingspraktisyn word met verteenwoordigingsbevoegdheid beklee uit hoofde van sy amp as praktisyn, welke amp deur die Maatskappywet tot stand gebring is.¹²² Dit impliseer dat die praktisyn “wetlike”, oftewel “amptelike”, volmag het.¹²³ Ingevolge hierdie volmag is die praktisyn derhalwe by magte om in die uitvoering van sy pligte namens die maatskappy kontrakte aan te gaan en ooreenkomste te bereik.

Soos wat Havenga met betrekking tot die direkteur toegee, blyk die praktisyn wel ook ’n gevolmagtigde te wees, maar strek sy verpligtinge veel verder as om slegs regshandelinge namens die maatskappy aan te gaan.¹²⁴ Voorts is dit belangrik om daarop te let dat alhoewel die praktisyn die maatskappy verteenwoordig en die maatskappy dus as die prinsipaal beskou kan word, die praktisyn ook in belang van

¹²⁰ 71/2008: art 134.

¹²¹ Sharrock 2012:149.

¹²² 71/2008.

¹²³ De Wet en Van Wyk 1978:99; Van der Merwe *et al* 2012:236-237. Sien ook Sharrock 2012:152-153. “The authority vested in the agent in this type of case is not derived from the intention of the principal, but is implied by law.”

¹²⁴ Havenga 1998:18-19. “The powers of directors are, moreover, much wider than those usually accorded to agents and are often subject to little control by their principal.”

ander rolspelers optree en dus nie sy vertrouensverpligtinge teenoor die maatskappy alleen nakom nie.

Die aard van die praktisyn se vertrouensverpligtinge kan dus nie slegs met dié van die gevolmagtigde verteenwoordiger gelykgestel word nie: “There is no need to limit the fiduciary relationship to instances of agency.”¹²⁵

7.1.2.3 DIE PRAKTISYN AS DIREKTEUR?

Soos wat reeds uitgelig is, is die direkteur se vertrouensverhouding teenoor die maatskappy uniek en eiesoortig. Weereens kan daar gevra word of die aard van die praktisyn se vertrouensverpligtinge nie dalk met dié van die direkteur ooreenstem nie? Die praktisyn neem immers die verpligtinge, verantwoordelikhede en selfs die aanspreeklikheid van die direkteure oor.¹²⁶

Alhoewel die praktisyn die meeste van die direkteur se verpligtinge (onder meer trouverpligtinge) ingevolge die Wet oorneem, is die wyse waarop en die ingesteldheid waarmee hy dié pligte uitoefen egter wesenlik anders as die direkteur s'n. Benewens hierdie verpligtinge wat soortgelyk is aan dié van die direkteur, is daar ook ander pligte wat eie is aan die praktisyn.

Indien die ooreenkomste tussen die vertrouensverpligtinge van die praktisyn en die direkteur oorweeg word, sal dit soos volg daar uitsien: i) Die praktisyn as troupligtige staan, nes die direkteur van die maatskappy, in 'n posisie van vertroue (“trust and confidence”) teenoor sy troubegunstigde(s). ii) Die eiendom wat die praktisyn as troupligtige bestuur, behoort, soos in die geval van die direkteur, aan iemand anders. iii) Nes die direkteur, beskik die praktisyn ook oor 'n groot mate van diskresie oor hoe hy met die troubegunstigde(s) se eiendom omgaan. Op grond hiervan, sou daar 'n saak uitgemaak kon word dat die aard van die praktisyn se pligte met die aard van die direkteur se verpligtinge ooreenstem. Hahn is van mening dat 'n praktisyn, uit

¹²⁵ Havenga 1998:18.

¹²⁶ 71/2008: art 140(3)(b).

hoofde van sy amp as praktisyn, as 'n *ex officio*-direkteur en dus lid van die maatskappydireksie beskou kan word.¹²⁷

Die belangrikste verskille tussen die verpligtinge van die praktisyn en die direkteur behoort egter ook oorweeg te word alvorens daar tot die bogenoemde gevolgtrekking gekom kan word: i) Die eerste en een van die grootste verskille is die unieke groep troubegunstigdes aan wie die praktisyn trou verskuldig is,¹²⁸ terwyl die direkteur slegs aan die maatskappy, die aandeelhouers as 'n groep, trou verskuldig is.¹²⁹ ii) Gevolglik verskil die oogmerke in die uitoefening van die praktisyn se verpligtinge ook wesenlik van dié van die direkteur. Die praktisyn probeer deur middel van 'n ondernemingsreddingsplan die maatskappy van ondergang red en ook die belange van ander belanghebbendes, veral die skuldeisers, aktief beskerm.¹³⁰ Daarteenoor is die direkteur se hoofogmerk om slegs in die maatskappy se belang op te tree en toe te sien dat die maatskappy winsgewend is vir die aandeelhouers.¹³¹ iii) Die praktisyn se posisie is ook uniek en derhalwe anders as die posisie van die direkteur omdat eersgenoemde ingevolge die Wet as 'n amptenaar van die hof beskou word en dienooreenkomstige verpligtinge teenoor die hof het, wat beslis nie op die direkteur van toepassing is nie.

Na my mening is die argument dat die praktisyn as 'n *ex officio*-direkteur beskou kan word foutief, veral in die lig van bogenoemde verskille tussen die amp van 'n direkteur en die amp van die praktisyn. 'n Ander belangrike verskil is dat die praktisyn in die uitoefening van sy verpligtinge aan meer persone verantwoordbaar is, waaronder die hof, die belanghebbendes en, in sommige gevalle, selfs die Kommissie.¹³²

Die gevolgtrekking is dus dat die aard van die praktisyn se vertrouwensverpligtinge nie met die aard van die direkteur se verpligtinge ooreenstem nie.

¹²⁷ Hahn 2004:148.

¹²⁸ Nimmer en Feinberg 1989:36-37. Sien ook paragraaf 5.2.2 hieronder.

¹²⁹ Cilliers *et al.* 2001:148-149; Havenga 1998:27-28; Cassim *et al.* 2012:20.

¹³⁰ Nimmer en Feinberg 1989:36-37.

¹³¹ Nimmer en Feinberg 1989:36. "In operating a solvent company outside bankruptcy, management renders judgments to benefit owners."

¹³² 1989:37. Die outeurs het ook tot die volgende gevolgtrekking gekom ten aansien van die Amerikaanse "skuldenaar in besit"-benadering: "Overall, the involvement of the court and other affected parties in Chapter 11 governance exceeds that found in other fiduciary-estate relationships."

7.1.2.4 DIE PRAKTISYN AS 'N TROUPLIGTIGE *SUI GENERIS*

Uit die voorafgaande blyk duidelik dat die praktisyn nie as 'n trustee, 'n gevolmagtigde verteenwoordiger of as 'n direkteur van 'n maatskappy beskou kan word nie. Die aard van die praktisyn se vertrouensverpligtinge kan derhalwe ook nie soortgelyk wees aan dié van hierdie troupligtiges nie.

Ten einde die aard van die praktisyn se vertrouensverpligtinge vas te stel, is dit nodig om na die reëls van toepassing op die vertrouensverhouding te kyk en spesifiek ook te let op die diskresionêre magte wat aan die praktisyn verleen word.¹³³ Nimmer en Feinberg herinner immers dat “a fiduciary’s role is dependent upon the relationship of the fiduciary to its subject matter”.¹³⁴

Die Wet gee die praktisyn omvattende magte en diskresie oor personeel en kontrakte. Terselfdertyd tree die praktisyn ook as 'n beampte van die hof op en is sy posisie dus uniek. Aangesien die praktisyn die reëls van toepassing op sy vertrouensverhouding in die Wet vind, maak dit hom 'n “creature of statute”.

Daar bestaan nog geen geykte regsbeginsele oor die aard van die praktisyn se vertrouensposisie nie en die hof sal dus weereens eiesoortige regsbeginsele op 'n saak-tot-saak-grondslag moet ontwikkel.¹³⁵

Aangesien dit uit bogenoemde bespreking duidelik is dat die praktisyn nie as 'n trustee, 'n gevolmagtigde verteenwoordiger of 'n direkteur beskou kan word nie, is die gevolgtrekking dat die praktisyn 'n troupligtige *sui generis* is en dat daar geen ander, gelyksoortige vertrouensverhouding in die Suid-Afrikaanse reg bestaan nie.

¹³³ Havenga 1998:10. “Since the word ‘fiduciary’ is not definitive of a single class of relationships to which a fixed set of rules and principles apply, one must determine the rules which govern each class of fiduciary relationship.” Sien ook Nimmer en Feinberg 1989:34. “It leads to widely different business or policy choices depending on how the fiduciary exercises its powers and acts on its obligations.”

¹³⁴ Nimmer en Feinberg 1989:34.

¹³⁵ Die regbank het ook die regsbeginsele oor die direkteur se vertrouensverpligtinge op 'n saak-tot-saak-grondslag ontwikkel.

7.2 OMVANG VAN DIE VERTROUENSVERPLIGTINGE

7.2.1 AAN WIE IS DIE DIREKTEUR TROU VERSKULDIG?

Die omvang van die direkteur se vertrouensverpligtinge is 'n kwessie wat al baie aandag in die regsmilieu ontvang het. Die tradisionele benadering hiertoe was dat 'n direkteur trou verskuldig is aan die maatskappy, dit wil sê die aandeelhouers as 'n groep.¹³⁶ Daar was egter geen vertrouensverhouding tussen 'n direkteur en individuele lede van die maatskappy nie.¹³⁷ Voorts is daar nie in hierdie stadium veel oorweging aan die belange van skuldeisers of werknemers geskenk nie.¹³⁸

Daar bestaan verskeie benaderings tot die belange van rolspelers en die vertrouensverpligtinge van die direkteure van die maatskappy.¹³⁹ Daar sal hoofsaaklik op twee van hierdie benaderings gefokus word. Die eerste is die “pluralist”-benadering en behels die beskerming van ander rolspelers soos werknemers, die gemeenskap, verskaffers en selfs die omgewing se belange.¹⁴⁰ Hierdie benadering is duidelik in stryd met die tradisionele benadering wat hierbo bespreek is. Die tweede benadering is bekend as “enlightened shareholder value”-benadering en konsentreer uitsluitlik daarop om die wins van die maatskappy te vergroot ten einde die aandeelhouers in 'n beter posisie te plaas.¹⁴¹ Ingevolge hierdie benadering kan ander rolspelers se belange in ag geneem word, maar behoort aandeelhouers se belange voorkeur te geniet.¹⁴²

Die tradisionele siening het egter daadwerklik begin verander met die vrystelling van die derde King-verslag oor korporatiewe bestuur in 2009,¹⁴³ sowel as die

¹³⁶ Cilliers *et al.* 2001:148-149; Havenga 1998:27-28; Cassim *et al.* 2012:20.

¹³⁷ Havenga 1998:27-28; Esser en Du Plessis 2007:357; Cilliers *et al.* 2001:148-149.

¹³⁸ Keay 2001:315-316; Davies 2006:303; Bainbridge 2007:345.

¹³⁹ Esser en Du Plessis 2007:362.

¹⁴⁰ Bainbridge 2007:336; Cassim *et al.* 2012:318.

¹⁴¹ Bainbridge 2007:336,348; Cassim *et al.* 2012:319; *Dodge v Ford Motor Company* 1919 170 N.W 668 (Michigan). 'n Benadering aan die ander kant van die spektrum is sogenaamde “shareholder wealth maximization”. Hierdie benadering het sterk na vore getree in die uitspraak van *Dodge v Ford Motor Company* in 1919, waar die regter die volgende stelling gemaak het: “A business corporation is organised and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non distribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes.”

¹⁴² Cassim *et al.* 2012:319.

¹⁴³ KING III: Report on Governance for South Africa.

inwerkingtreding van die Maatskappywet van 2008 op 1 Mei 2011.¹⁴⁴ 'n Klaarblyklike verandering het ook ingetree in die hoewe se interpretasie van die regsbeginsels in hierdie verband.¹⁴⁵

Alhoewel die direkteur steeds primêr aan die aandeelhouers trou verskuldig is, word die beskerming van ander rolspelers se belange as al hoe belangriker geag.¹⁴⁶ Hierdie stelling is veral waar indien die invloed van King III oorweeg word. Die King-kode bevorder 'n inklusiewe benadering van bestuur, en alhoewel die kode nie regsbindend of afdwingbaar is nie, word dit gereeld deur die regbank gebruik.¹⁴⁷ Die kode beklemtoon ook die belang van 'n geïntegreerde benadering wat op sosiale, ekonomiese en omgewingskwessies ag slaan.¹⁴⁸ Dit is bekend as die sogenaamde "triple bottom line"-benadering.¹⁴⁹

Alhoewel akademië al beduidende navorsing oor die omvang van die direkteur se vertrouensverpligtinge gedoen het, is dit nie werklik van waarde vir hierdie studie nie, aangesien die omstandighede wat gedurende finansiële nood heers aansienlik van die omstandighede gedurende solvensie verskil. Ander partye soos skuldeisers en die hof se toetreding tot die omstandighede verander die spreekwoordelike speelveld vir die praktisyne. Die enigste punt van belang is dat die bepalinge in die Wet sowel as King III op 'n meer inklusiewe benadering van bestuur dui.

7.2.2 AAN WIE IS DIE PRAKTISYN TROU VERSKULDIG?

Aan wie is die praktisyne, as troupligtige, sy trou verskuldig? Die antwoord op hierdie vraag is nóg eenvoudig nóg maklik.¹⁵⁰ Een rede hiervoor is dat die praktisyne hom in die netelige posisie bevind dat die belanghebbendes in die reddingsproses hom as

¹⁴⁴ 71/2008.

¹⁴⁵ KING III: Report on Governance for South Africa.

¹⁴⁶ Griffin 1999:7. "Traditionally, company directors were exclusively considered to owe such duties to the commercial entity in which they held office. However, in reality, such a perception was artificial because it failed to recognise that a corporate entity was comprised of various interest groups without which it would have no practical existence." Sien ook Esser en Du Plessis 2007:358.

¹⁴⁷ Cassim *et al.* 2012:521.

¹⁴⁸ Cassim *et al.* 2012:521.

¹⁴⁹ Sarre *et al.* 2001:310.

¹⁵⁰ ARITA 2014:9. "Part of the complexity of insolvency is the broad range of stakeholders. Each stakeholder group has a unique perspective, expectations, and obligations. Often they have competing, mutually exclusive interests."

'n opponent of teenstander beskou.¹⁵¹ Nie een van die groepe belanghebbendes glo waarskynlik dat die praktisyn werklik na hulle belange óók sal omsien nie, behalwe moontlik die belanghebbendes wat sy aanstelling as praktisyn teweeggebring het.

Verskeie skrywers is dit eens dat die nakoming van vertrouensverpligtinge gedurende reddingsverrigtinge heelwat meer ingewikkeld is as wat normaalweg in korporatiewe bestuur die geval sou wees.¹⁵² Die taak om die kompeterende belange van die rolspelers te probeer versoen, sal dit vir die praktisyn selfs moeiliker maak om die situasie te beheer.¹⁵³ Maar wie is egter die rolspelers in hierdie verband? Volgens Dickfos en Anderson sluit rolspelers die volgende persone in:

“The stakeholders in a corporation are the individuals and constituencies that contribute, either voluntarily or involuntarily to its wealth-creating capabilities and activities, and that are therefore potential beneficiaries and/or risk bearers.”¹⁵⁴

So 'n definisie leen hom duidelik tot 'n baie wye interpretasie. Dit sluit bykans elke persoon of groep persone in wat met die maatskappy in kontak kom. Die vraag is egter watter van hierdie persone beskeming behoort te geniet.

Die regte wat die Wet aan elkeen van die geaffekteerde persone of groepe persone as rolspelers gee, kan moontlik leiding bied oor die vraag rakende die omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge teenoor hierdie persone of groepe.¹⁵⁵ Benewens die formele regte wat die Wet aan die rolspelers gee, moet 'n mens ook na ander faktore kyk wat die rolspeler se vermoë om die besluitnemingsproses te

¹⁵¹ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:5. “Conflict exists in the industry especially between banks (as main creditors) and BRPs. Post business rescue investigations also reports conflict between filing directors and BRPs.”

¹⁵² Hahn 2004:129; Nimmer en Feinberg 1989:34. Sien ook ARITA 2014:7. “In corporate appointments practitioners become ‘officers’ of the company and are required to adhere to the obligations and duties of company officers. **These combine to create a complex web of fiduciary responsibilities.**” Eie beklemtoning.

¹⁵³ Hahn 2004:129.

¹⁵⁴ Dickfos en Anderson 2008. Sien ook ARITA 2014:6. “Insolvency is a difficult situation for those involved. Every insolvency involves financial loss for creditors, in particular employees who may also lose their source of employment. An individual and their family may lose their home and other assets. The consequent emotional stress often creates a difficult environment.”

¹⁵⁵ Finch 2012:191. Finch stem saam met hierdie benadering en stel dit soos volg: “Insolvency and rescue procedures have a role in constructing the positions and capacities of affected parties as well as their modes of participating in processes. The administration procedure by the Enterprise Act 2002, for instance, controls the levels of information that various classes of actor possess and this will impact strongly on the degree to which their class interests can be reflected in rescue decisions.”

beïnvloed, kan affekteer.¹⁵⁶ Dit sluit in die “inligtingsposisie”, die “hulpbronposisie” en die kommunikasievaardighede van die rolspeler. Om aan die reddingsproses te kan deelneem en ’n invloed uit te oefen, het die rolspeler eerstens toegang tot inligting nodig. Hierdie inligting kan veroorsaak dat die rolspeler besluit om op ’n sekere wyse te werk te gaan om sodoende vir hom ’n voorsprong in die verrigtinge te bewerkstellig.¹⁵⁷ Tweedens, indien ’n rolspeler inligting en toegang daartoe het, maar nie die menslike, finansiële, regs- of bestuurshulpbronne om op te tree om belange te probeer beskerm nie, sal dit hom niks baat nie.¹⁵⁸ Derdens, indien die rolspeler nie oor die vermoë beskik om kwelpunte en/of voorstelle op ’n gepaste wyse oor te dra aan die persoon wat vir die neem van besluite verantwoordelik is nie, sal hy geen noemenswaardige invloed op die besluitnemingsproses hê nie.¹⁵⁹

7.2.2.1 DIE BELANGE VAN AANDEELHOUERS

Die beskerming van aandeelhouders se belange behoort steeds gedurende ondernemingsredding te geskied:

“Shareholders have every right and reason to be involved in a corporate rescue procedure, because they have a real interest in the outcome. A successful rescue will revive their shares and these shares will regain at least some of their previous value.”¹⁶⁰

Die vraag is egter in watter mate hulle belange beskerm moet word. Aandeelhouders val ingevolge artikel 128 onder die groep “geaffekteerde persone”¹⁶¹ en kan derhalwe aanspraak maak op al die regte en bevoegdhede wat aan hierdie groep toegeken word. Aandeelhouders kan dus ingevolge artikel 131 by die hof aansoek

¹⁵⁶ Finch 2012:190. “In such discussions it is easy to focus attention on formal rights and to underplay the capacity of different parties to make use of those procedural rights.”

¹⁵⁷ Finch 2012:191. Hierdie inligting is volgens Finch meer as slegs die inligting wat volgens die wet aan hulle bekend gemaak moet word. So byvoorbeeld sal die maatskappy se bank en werknemers meer intieme kennis van die maatskappy hê as ’n onversekerde skuldeiser. In *Employees Solar Trading 83 (Pty) Ltd v AFGRI Operations Limited* saaknommers: (6418/2011, 18624/2011, 66226/2011 en 66226A/2011) 16 Mei 2012. In hierdie saak het regter Kollapen ook op die verskil in posisie ten opsigte van toegang tot inligting tussen die aandeelhouders en werknemers gedui.

¹⁵⁸ Finch 2012:191. Die maatskappy se bank sal byvoorbeeld heelwat meer hulpbronne as die maatskappy se werknemers tot sy beskikking hê.

¹⁵⁹ Finch 2012:191.

¹⁶⁰ Loubser 2008:372. Sien ook ARITA 2014:11. “Shareholders have an interest in the Insolvent’s affairs being properly administered including so as to ensure that surplus funds, if any, are paid to them.”

¹⁶¹ 71/2008: art 128(1)(a)(i).

doen om die maatskappy onder toesig te plaas¹⁶² en is ook geregtig om kennis te ontvang van al die verrigtinge en vergaderings in verband met ondernemingsredding.¹⁶³ Ingevolge artikel 128(1)(b) is een van die alternatiewe doelstellings van die reddingsverrigtinge 'n beter uitbetaling aan skuldeisers of aandeelhouers as wat uit die onmiddellike likwidasië van die maatskappy sou spruit.¹⁶⁴ Dit dui op die wetgewer se bedoeling dat die beskerming van die aandeelhouers se belange ook gedurende ondernemingsredding moet aandag geniet. Die bepaling in artikel 128 impliseer dat wanneer die uitwerking van die reddingsverrigtinge op die verskillende rolspelers oorweeg word, die aandeelhouers en die skuldeisers se belange met mekaar gelykgestel moet word.¹⁶⁵ Tog geniet hierdie twee groepe geensins dieselfde regte wat die proses of die beskerming gedurende die proses betref nie. Sommige glo dat die aandeelhouers hulle reg op beskerming gedurende insolvensie of finansiële nood inruil vir beskerming op grond van die beperkte aanspreeklikheid vir maatskappyskulde gedurende die bestaan van die maatskappy.¹⁶⁶

In solvente omstandighede is die direksie van die maatskappy primêr trou verskuldig aan die maatskappy, dit wil sê die aandeelhouers.¹⁶⁷ Die direkteur is trou verskuldig aan die maatskappy, synde die aandeelhouers as 'n groep, en dus nie aan enkele of uitgesonderde aandeelhouers nie.¹⁶⁸ Daarteenoor is die tradisionele siening in Suid-Afrika dat die skuldeisers die grootste verliese sal ly met die insolvensie van die maatskappy, en dat hierdie groep rolspelers se belange derhalwe voorkeur bo dié van ander rolspelers in insolvensie moet geniet.¹⁶⁹

Dit beteken dat daar 'n klemverskuiwing plaasvind in die beskerming van belange wanneer die maatskappy insolvent word, naamlik vanaf die beskerming van die

¹⁶² 71/2008: art 131.

¹⁶³ 71/2008: art 129(3)(a),130,146,150,151,152.

¹⁶⁴ 71/2008: art 128(1)(b)(iii).

¹⁶⁵ 71/2008: art 128(1)(b)(iii); Loubser 2008:379.

¹⁶⁶ Loubser 2008:373.

¹⁶⁷ Hierdie siening word ook in die VSA gehuldig. Sien Bienenstock 1992:553; Lin 1993:1497; Hahn 2004:129; Chaver en Fried 2002:1814.

¹⁶⁸ Havenga 1998:25,27,28.

¹⁶⁹ McCormack 2007:526,527. "There is, however, the general law on directors' duties and in a growing number of US cases the courts have held that managerial allegiance must shift from the shareholders to the creditors when a company approaches insolvency."; "The proprietary rights of creditors against the assets of the company, in the event of formal insolvency proceedings, entitle them to be regarded as the company in situations approaching formal insolvency." Sien ook Loubser 2008:379; Keay 2001:317-318.

aandeelhouders se belange na die beskerming van die skuldeisers se belange.¹⁷⁰ Die rede vir dié verskuiwing blyk uit die volgende twee aanhalings:

“The key reason for this shift rests ultimately on the fact that the managers and officers operate a legal entity whose actions should respond to the interests of those who hold an immediate financial stake in the company. In an insolvent company, the assets are inadequate to pay all debts, leaving no equity for the owners. Therefore, the claims of the creditors becomes as significant as those of the equity owners.”¹⁷¹

“When a firm is insolvent, however, the duty to maximize shareholder value could lead managers to take actions that reduce the value of debt more than they increase the value of equity and therefore reduce total value.”¹⁷²

Alhoewel albei hierdie stellings deur Amerikaanse akademici betrekking het op die verskuiwing van die “skuldenaar in besit” se klem op belange, geld die beginsels wat daarin vervat word ook vir die posisie in Suid-Afrika. Dit blyk duidelik uit die Suid-Afrikaanse likwidasiëproses, waardeur ’n maatskappy se bates verkoop, sy skuld betaal en enige oorblywende geld onder die aandeelhouders volgens hul regte verdeel word.¹⁷³ Dus word daar eerstens na die belange van die skuldeisers omgesien alvorens enige moontlike restant aan die aandeelhouders betaal sal word.

’n Maatskappy in finansiële nood is egter nie noodwendig ’n insolvente maatskappy nie.¹⁷⁴ Daar kan dus aangevoer word dat solank die maatskappy solvent is, die aandeelhouders se belange voorkeur bo die belange van ander rolspelers, skuldeisers inkluis, behoort te geniet.

Ongelukkig is die posisie van ’n maatskappy in finansiële nood meer soos dié van ’n insolvente as ’n solvente maatskappy, en is die heersende omstandighede in nood en die omstandighede van insolvensie baie soortgelyk. Dit impliseer dat die klem vir die beskerming van belange ook meer soos dié onder insolvente omstandighede behoort te wees. Die argument is dus dat die skuldeisers se belange meer

¹⁷⁰ Nimmer en Feinberg 1989:31; McCormack 2007:567; Cohen 2001:376-377; Chaver en Fried 2002:1815.

¹⁷¹ Nimmer en Feinberg 1989:31-32. Sien ook Keay 2001:317-318. “At this time, because the company is effectively trading with the creditors’ money, the creditors may be seen as the major stakeholders in the company.”; “The shareholders have little or nothing to lose by such a gamble as they have already lost the money that they invested in the company and they cannot be pursued by the creditors because of the concept of limited liability.”

¹⁷² Chaver en Fried 2002:1815.

¹⁷³ Sharrock *et al.* 2012:270.

¹⁷⁴ 71/2008: art 128(1)(f)(i)-(ii). Art 128 van die Wet maak voorsiening vir ’n tydperk van ses maande waarin feitelike of kommersiële insolvensie verwag kan word. Derhalwe is dit moontlik vir ’n maatskappy in redding om steeds solvent, maar tog in nood te wees.

beskerming as die aandeelhouers s'n behoort te geniet. Nogtans is dit nodig om ondersoek in te stel na die statutêre beskerming van aandeelhouers se belange ten einde die voorkeurorde van beskerming te bepaal.

'n Aandeelhouer word in artikel 1 van die Wet omskryf as 'n houer van 'n aandeel wat deur die maatskappy uitgereik is, welke houer as sodanig in die gesertifiseerde of nie-gesertifiseerde sekuriteiteregister aangedui word.¹⁷⁵ Sekuriteite word in dieselfde artikel omskryf as enige aandele, skuldbriewe of ander instrumente, ongeag die vorm of titel daarvan, wat deur 'n maatskappy met winsoogmerk uitgereik of gemagtig is.¹⁷⁶ Daar behoort egter 'n onderskeid tussen 'n aandeelhouer en 'n houer van sekuriteite, getref te word:

"...as the holder of any securities issued by a company would include a shareholder, but a reference to a shareholder of a company would not include, eg, a debenture holder of the company. Although the relationship between a company and a debenture holder is one of debtor and creditor (with the debenture holder as the creditor), voting rights can be attached to debentures and other forms of securities, and it is for this reason that the holders of the company's securities have been included under the provisions of section 146."¹⁷⁷

Die houer van sekuriteite sal egter sy stemreg as skuldeiser uitoefen en sal dus groter beskerming as 'n gewone aandeelhouer geniet aangesien hy as beide 'n skuldeiser en houer van sekuriteite beskerm word.¹⁷⁸

Artikel 137 van die Wet bevat bepalings oor die uitwerking van ondernemingsredding op die aandeelhouers van die maatskappy.¹⁷⁹ Die artikel bepaal dat 'n verandering in die klassifikasie of status van enige uitgereikte sekuriteite gedurende die ondernemingsreddingsverrigtinge ongeldig is, behalwe indien dit by wyse van 'n oordrag van sekuriteite in die gewone gang van sake gebeur, of as die hof anders gelas, of indien dit in 'n goedgekeurde reddingsplan beoog word.¹⁸⁰ Hierdie artikel verwoord dus die beskerming van die aandeelhouer se belange verder.

Artikel 146 bepaal dat die aandeelhouers daarop geregtig is om oor die aanvaarding van 'n ondernemingsreddingsplan te stem, maar slegs indien die plan 'n verandering

¹⁷⁵ 71/2008: art 1. Oftewel "shareholder".

¹⁷⁶ 71/2008: art 1. Oftewel "securities".

¹⁷⁷ Meskin *et al.* 2014:18.12.1.

¹⁷⁸ Meskin *et al.* 2014:18.12.1.

¹⁷⁹ 71/2008: art 137.

¹⁸⁰ 71/2008: art 137(1)(a)-(b); Rushworth 2010:388.

aanbring aan die regte wat met daardie klas houers geassosieer word.¹⁸¹ Indien die reddingsplan dus geen verandering beoog nie, sal geen aandeelhouders 'n stemreg in verband daarmee hê nie.

Die aandeelhouders ontvang egter ander regte in verband met die aanvaarding van die reddingsplan, soos die reg om 'n alternatief vir die ondernemingsreddingsplan voor te stel. Hierdie reg is egter beperk tot 'n voorstel en dus kan die aandeelhouders nie werklik enige verandering meebring nie:

*"It remains the sole right of creditors to vote on the proposal. If the creditors have voted in favour of the original plan they will simply reject the proposal for an alternative plan put forward by a shareholder, so that in reality this provision is meaningless and provides only the illusion that shareholders can influence the rescue plan in any way."*¹⁸²

Die aandeelhouer se posisie is dus duidelik uit die bostaande aanhaling. Die reg om aan die proses deel te neem en kennis van alle gebeure te ontvang, skep myns insiens slegs die idee dat die Wet groter beskerming aan die aandeelhouders se belange verleen. In werklikheid het die aandeelhouders egter nie veel bedingingsmag nie en kan hulle nie 'n groot verskil aan die verloop van die proses maak nie.

Die enigste moontlike opsie vir 'n aandeelhouer wat meer mag wil bekom, is dié in artikel 146(e)(ii),¹⁸³ wat bepaal dat die aandeelhouer 'n aanbod aan die houer van 'n stemreg kan maak ten einde daardie persoon se stemreg te koop.¹⁸⁴ Sodanige aanbod sal gemaak kan word waar die skuldeisers, synde houers van stemregte, nie ten gunste van die plan stem en die reddingsplan gevolglik nie aanvaar kan word nie. Deur die stemreg te koop, sal die aandeelhouer dus die mag verkry om ook vir die plan te stem en derhalwe die reddingspoging te ondersteun.

Bostaande bepalings wat beskerming aan die aandeelhouders se belange verleen, dwing die praktisyn dus in 'n sekere mate om in die loop van die proses die belange van hierdie groep te oorweeg. Ten opsigte van die invloedfaktore, het die aandeelhouders wel intieme kennis van die maatskappy, het hulle moontlik die hulpbronne om iets met hierdie inligting te doen, en het hulle selfs die geleentheid

¹⁸¹ 71/2008: art 146(d).

¹⁸² 71/2008: art 144; Loubser 2010b:696.

¹⁸³ 71/2008: art 146(e)(ii).

¹⁸⁴ 71/2008: art 146(e)(ii),153(1)(b)(ii).

om voorstelle te kommunikeer. Die Wet beperk egter hulle betrokkenheid, en dus sal die aandeelhouers se invloed in die proses nie juis 'n verskil aan die uitkoms maak nie. Dit is derhalwe duidelik dat die aandeelhouers se belange nie gedurende die reddingsproses voorkeur sal kan geniet nie.

7.2.2.2 DIE BELANGE VAN WERKNEMERS

"The juncture at which insolvency and labour law meet is an area of legal regulation where the tension between commercial interests, on one hand, and the general right of employees to social protection, on the other, is arguably at its greatest."¹⁸⁵

Alhoewel die werknemers se belange en die moontlike oplossings vir die maatskappy se finansiële nood met mekaar meeding, speel die werknemers 'n baie belangrike rol in die reddingsproses. Hulle bereidwilligheid om aan te hou werk ten spyte van die noodomstandighede waarin hulle werkgewer, die maatskappy, verkeer, behoort aan hulle 'n sekere mate van beskerming in die proses te verleen.¹⁸⁶

Volgens die UNCITRAL-gids kan 'n reddingstelsel ook die beskerming van kwesbare groepe soos die werknemers van die maatskappy as doelstelling hê.¹⁸⁷ Sommige stelsels plaas baie klem op die beskerming van werknemerbelange en die instandhouding van die arbeidsvermoë gedurende insolvensie, terwyl ander weer die inkorting van die maatskappy se besigheid sowel as afleggings vooropstel, met die gevolg dat die werknemers die minimum beskerming geniet.¹⁸⁸ Die gids erken egter die swakker posisie waarin werknemers hulle bevind met betrekking tot onderhandeling, en sien dus die nut van beskermende bepalinge in.¹⁸⁹ Om hierdie rede beveel die gids aan dat daar beskermende maatreëls moet wees wat die

¹⁸⁵ Van Eck *et al.* 2004:907; *Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd and Super Group Trading (Pty) Ltd* 1999 (2) BLLR 169 (LC): 30; Smit 2001:360.

¹⁸⁶ Blackman 1993:559; Harvey *et al.* 2011:120-121.

¹⁸⁷ UNCITRAL 2005:15 item 17.

¹⁸⁸ UNCITRAL 2005:15 item 17.

¹⁸⁹ UNCITRAL 2005:70 item 87.

insolvensiepraktisyn se bevoegdhede met betrekking tot die opskorting en beëindiging van kontrakte, veral dienskontrakte, beperk.¹⁹⁰

Hierdie siening van die beskerming van werknemerbelange was egter nie in die geregtelike bestuursmodel weerspieël nie, aangesien dié reddingsmodel nie veel beskerming aan die belange van die werknemers van die maatskappy verleen het nie.¹⁹¹ Dit kan dalk die rede wees vir die siening dat werknemers die verlore siele van die insolvensiereg is.¹⁹²

Die posisie oor die beskerming van werknemerbelange het aansienlik verbeter, en verskeie bepalinge in die Wet is daarop gemik om werknemers se lot in die proses te verbeter.¹⁹³ Sommige glo selfs verkeerdelik dat werknemers te veel beskerming ingevolge ondernemingsredding geniet.¹⁹⁴ Die aanhangers van hierdie siening voer ook aan dat werknemers se belange in alle omstandighede bo skuldeisers s'n geplaas word.¹⁹⁵ Myns insiens is so 'n benadering 'n growwe veralgemening. Dit is waar dat die werknemers se posisie 'n groter rol in die nuwe reddingsverrigtinge speel. Tog moet daar teen 'n benadering gewaak word wat aanvoer dat werknemers voorkeurbehandeling geniet indien so 'n stelling nie op 'n omvangryke ondersoek na die posisie van die werknemers gebaseer is nie.

Werknemers en/of hulle verteenwoordigers is nou geregtig om aansoek te doen om die maatskappy onder toesig te plaas,¹⁹⁶ 'n bevoegdheid wat nie vantevore aan werknemers toegeken was nie. Werknemers en elke geregistreerde vakbond wat werknemers verteenwoordig, is ook geregtig op kennis van verrigtinge en vergaderings.¹⁹⁷ Waar die direksie die reddingsverrigtinge by wyse van 'n besluit aanhangig maak, moet die geaffekteerde persone binne vyf dae 'n kennisgewing te

¹⁹⁰ UNCITRAL 2005:131 item 145.

¹⁹¹ Blackman 1993:559-560; Loubser 2005:57,59.

¹⁹² Cassim *et al.* 2012:884.

¹⁹³ Meskin *et al.* 2014:18.3.4. "It is a noticeable facet of the business rescue procedure that employees are accorded more rights than they would have if the company were to be wound-up." Sien ook 18.9.3. "Generally speaking, Chapter 6 of the Companies Act 2008 is quite sensitive to the protection of employees during the business rescue process."

¹⁹⁴ Sien in dié verband Swart 2014:407-408.

¹⁹⁵ Sien in dié verband Swart 2014:407-408.

¹⁹⁶ 71/2008: art 131.

¹⁹⁷ Rushworth 2010:396. "Every registered trade union representing employees of the company and any employee not so represented is entitled to notice of court proceedings, decisions, meetings and other relevant events concerning the business rescue proceedings and such notice must be given to employees at their workplace and served at the head office of the relevant trade union."

dien effekte ontvang.¹⁹⁸ Werknemers is ook by magte om ingevolge artikel 130 van die Wet by die hof aansoek te doen om die direksie se besluit ter syde te stel en selfs die aanstelling van die praktisyn aan te veg.¹⁹⁹ Die werknemers van die maatskappy word ingevolge artikel 144 verder bemaagtig om 'n werknemerkomitee te stig,²⁰⁰ geken te word deur die praktisyn in die opstel van die ondernemingsreddingsplan,²⁰¹ die vergadering oor moontlike voorstelle vir die reddingsplan toe te spreek,²⁰² en selfs oor sodanige plan te stem in soverre die werknemer ook 'n skuldeiser van die maatskappy is.²⁰³ Dit is weereens van belang om uit te lig dat werknemers en hul vakbonde nog taamlik onkundig is oor die reddingsproses en selfs in sommige gevalle nie eens van die bestaan van die proses bewus is nie.²⁰⁴ Dit is dus ook logies dat indien die werknemers nie bewus is van die proses of hulle regte ingevolge daarvan nie, dat hulle nie van die proses sal kan gebruikmaak nie en baat die regte wat aan hulle verleen word nie vreeslik baie nie.

Artikel 136 bepaal dat die werknemers se dienskontrakte nie deur die aanvang van die proses beëindig word nie en dat die werknemers gedurende ondernemingsredding dieselfde regte en voorregte het as wat hulle gehad het voordat die redding 'n aanvang geneem het, tensy daar 'n ooreenkoms tot die teendeel bereik is.²⁰⁵ Wat betref werknemerafleggings wat 'n maatskappy in die ondernemingsreddingsplan beoog, sal daar aan die normale vereistes van artikel 189 en 189A van die Wet op Arbeidsverhoudinge sowel as ander toepaslike arbeidswetgewing voldoen moet word.²⁰⁶

Indien die posisie ten aansien van die werknemers se regte en die voortsetting van hul dienskontrakte duidelik uiteengesit word, is dit moontlik om die praktisyn se vertrouensverpligtinge na aanleiding daarvan vas te stel. Alvorens dit egter oorweeg

¹⁹⁸ 71/2008: art 129(3)(a).

¹⁹⁹ 71/2008: art 131(1)(a)-(b).

²⁰⁰ 71/2008: art 144(3)(c).

²⁰¹ 71/2008: art 144(3)(d).

²⁰² 71/2008: art 144(3)(e).

²⁰³ 71/2008: art 144(3)(f).

²⁰⁴ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:28. Aangaande werknemers: "Several attempts during the research were aborted as there was no knowledge about the concept or process." Sien ook bl. 66. "Research initiated by the Department Business Management at University of Pretoria into the experiences of the employees was abandoned as employees (as subjects) were completely uninformed and in the dark during business rescues. Even some employee representatives that attended creditor meetings were uninformed. Unions, so far, showed little interest."

²⁰⁵ 71/2008: art 136; Rushworth 2010:387; Meskin *et al.* 2014:18.9.2.

²⁰⁶ 71/2008: art 136(1)(b); Wet op Arbeidsverhoudinge 66/1995: art 189-189A.

kan word, moet twee punte aandag geniet. Eerstens moet 'n onderskeid getref word tussen werknemers, en werknemers as skuldeisers. Tweedens kon die eise van werknemers as skuldeisers hetsy voor óf na die aanvang van die reddingsverrigtinge ontstaan het.

7.2.2.2.1 WERKNEMERS AS WERKNEMERS GEDURENDE ONDERNEMINGSREDDING

Indien die posisie oorweeg word van werknemers aan wie geen lone of voordele verskuldig is nie, is dit duidelik dat hierdie werknemers slegs die regte het en die beskerming geniet wat die Wet aan enige ander geaffekteerde persoon bied. Hierdie regte en beskerming word in artikel 136, 144 en 148 van die Wet vervat.²⁰⁷ Hierdie werknemers het geen stemreg nie, en buiten vir die reg om die vergadering waar die plan oorweeg word toe te spreek, het hulle nie 'n groot invloed op die uitkoms van die reddingsproses nie.²⁰⁸ Die enigste ander belangrike oorweging in hierdie verband is dat die praktisyn in sy hantering van werknemeraangeleenthede gedurende die reddingsproses moet ag slaan op alle relevante arbeidswetgewing, aangesien die Maatskappywet ondergeskik is aan die Wet op Arbeidsverhoudinge.²⁰⁹ Dit sal ook enige oordrag van die besigheid van die maatskappy as lopende saak insluit.

7.2.2.2.2 WERKNEMERS AS SKULDEISERS VOOR ONDERNEMINGSREDDING

Die posisie van werknemers wat ook skuldeisers is op grond van agterstallige lone en salarisse wat **voor** die aanvang van die reddingsproses ontstaan het, is aansienlik anders en beter. Ten einde hierdie werknemers se posisie te verstaan en te ontleed, is die volgende belangrik: Ingevolge artikel 144(2) is hierdie werknemers onversekerde preferente skuldeisers van die maatskappy.²¹⁰ Daarbenewens is hulle konkurrente skuldeisers ten aansien van enige voordeel met betrekking tot 'n

²⁰⁷ 71/2008: art 136, 144, 148.

²⁰⁸ 71/2008: art 144(3)(e).

²⁰⁹ 71/2008: art 5(4)(b)(i)(bb); Smit en Vergottini 2013:97.

²¹⁰ 71/2008: art 144(2); Davis *et al.* 2010:237. Die moontlikheid bestaan ook dat van die maatskappy se werknemers reeds voor die aanvang van die verrigtinge ontslaan is en dat hierdie werknemers, wat nou skuldeisers is, moontlik 'n eis vir agterstallige lone, salarisse en 'n skeidingspakket het.

mediese skema, pensioenskema of voorsorgfonds.²¹¹ Voorts het hulle ingevolge artikel 144(3)(f) die mag om tesame met ander skuldeisers te stem oor 'n mosie om die ondernemingsreddingsplan goed te keur.²¹² Artikel 145(4)(a) bepaal dat so 'n werknemer se stemreg gelyk is aan die waarde van die bedrag wat die maatskappy aan daardie werknemer/skuldeiser verskuldig is.²¹³ Hierdie werknemers se stemreg, oftewel stemdraende belang, sal na alle waarskynlikheid dus nie so groot wees soos die stemreg van ander, groter skuldeisers soos die bank of selfs die Suid-Afrikaanse Inkomstediens nie. Hulle eise sal in afdeling A van die ondernemingsreddingsplan as deel van die volledige lys van die maatskappy se skuldeisers verskyn en sal dus ook as voorkeureise ingevolge artikel 144 aangedui word.²¹⁴ Die ondernemingsreddingsplan sal ook bepaal in watter mate die maatskappy van die betaling van sy skuld teenoor hierdie werknemers vrygestel word.²¹⁵

Die praktiese implikasie van ál die bogenoemde oorwegings is dat alhoewel die werknemers wat oor eise beskik, vir die ondernemingsreddingsplan mag stem, hulle stemreg waarskynlik nie groot genoeg sal wees om die plan af te keur indien dit bepalinge bevat wat 'n ongunstige uitwerking op hulle het nie. Verder sal hulle ingevolge artikel 152(4) aan die plan gebind wees, selfs al het hulle daarteen gestem.²¹⁶ Hierdie werknemers sal dus ook tevrede moet wees met die bedrag wat as skikking aan die skuldeisers toegeken word, wat noodwendig inhou dat die werknemers se eise dalk nie ten volle uitbetaal sal word nie. Weens die moratorium, sal die werknemers, soos enige ander skuldeiser, ook geen geregtelike stappe teen die maatskappy mag instel nie.

Indien die praktisyn se vertrouensverpligtinge teenoor hierdie groep werknemers op grond van die voorafgaande inligting oorweeg word, is dit duidelik dat hulle slegs as skuldeisers groter beskerming geniet, en nie uitsluitelik omdat hulle werknemers van die maatskappy is nie.²¹⁷ Myns insiens impliseer dit dus dat hierdie werknemers se

²¹¹ 71/2008: art 144(4). Sien Meskin *et al.* 2014:18.11.1. vir 'n alternatiewe argument ten aansien hiervan.

²¹² 71/2008: art 144(3)(f).

²¹³ 71/2008: art 145(4)(a).

²¹⁴ 71/2008: art 150(2)(a)(ii),144(2).

²¹⁵ 71/2008: art 150(2)(b)(ii).

²¹⁶ 71/2008: art 152(4).

²¹⁷ Sien in dié verband Meskin *et al.* 2014:18.3.4. "Employees who are also creditors of the company, will receive protection in their capacities as both employees and creditors."

belange ook groter beskerming van die praktisyn sal geniet op grond daarvan dat hulle skuldeisers is.

7.2.2.2.3 WERKNEMERS AS SKULDEISERS GEDURENDE ONDERNEMINGSREDDING

Indien enige vergoeding, terugbetaling van uitgawes of 'n ander bedrag met betrekking tot indiensneming gedurende die maatskappy se ondernemingsreddingsverrigtinge aan werknemers betaalbaar raak, maar nie aan hulle betaal word nie, word die geld as na-aanvangsfinansiering beskou en sal dit in 'n bepaalde voorkeurorde betaal word.²¹⁸

'n Groot deel van hierdie na-aanvangsfinansiering sal uit die skeidingspakkette van werknemers bestaan.²¹⁹ Dit is ongelukkig onafwendbaar dat van die werknemers van 'n maatskappy in finansiële nood afgelê sal moet word, hetsy as 'n meganisme om koste te bespaar of as gevolg daarvan dat 'n deel van die besigheid nie meer funksioneer nie en die werknemers dus oorbodig is.²²⁰ Soos reeds hierbo genoem is, sal die afleggings deel uitmaak van die ondernemingsreddingsplan en dus in afdeling C daarvan vervat word.²²¹ Volgens artikel 150 moet die reddingsplan die verwagte uitwerking, indien enige, wat die ondernemingsreddingsplan voorsien op werknemergetalle en hul diensbepalings en -voorwaardes vermeld.²²² Die reddingsplan moet dus noem in watter mate die maatskappy van plan is om werknemers af te lê, sowel as die moontlike omvang van hierdie afleggings. 'n Baie belangrike gevolg hiervan is dat die werknemers en/of hulle verteenwoordigers reeds by die vergadering ter oorweging van die plan, van die beplande afleggings sal kennis dra.

Ingevolge artikel 23(1) van die Grondwet het elkeen 'n reg op billike arbeidspraktyke.²²³ Die aflegging van werknemers kan as 'n blote alternatiewe

²¹⁸ 71/2008: art 135.

²¹⁹ Cassim *et al.* 2012:884; Wet op Arbeidsverhoudinge 66/1995: art 189,189A.

²²⁰ Loubser 2005:64. "Any rescue attempt will invariably involve downsizing of the company's workforce...".

²²¹ 71/2008: art 150(2)(c)(ii).

²²² 71/2008: art 150(2)(c)(ii).

²²³ Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

verwysing na ontslag op grond van bedryfsvereistes beskou word.²²⁴ Dieselfde arbeidsreëls van ontslag is dus ook op afleggings van toepassing, naamlik dat die afleggings ook substantief en prosedureel billik moet wees.²²⁵

Ingevolge artikel 188 van die Wet op Arbeidsverhoudinge is finansiële probleme wat personeelvermindering noodsaak 'n geldige rede vir ontslag.²²⁶ Finansiële nood soos wat artikel 128 van die Wet dit beoog, sou derhalwe ook as geldige grondslag vir ontslag kon dien, mits dit ook billik is deurdat die maatskappy werklik in nood verkeer en die afleggings onvermydelik is.²²⁷ Dit impliseer dat mits die maatskappy werklik in finansiële nood is en kan bewys dat personeelvermindering moontlik die onderneming kan red, dit as substantief billik behoort te geld.

Om afleggings prosedureel billik te maak, moet daar aan sekere vereistes in artikel 189 en 189A van die Wet op Arbeidsverhoudinge voldoen word.²²⁸ 'n Verdere belangrike oorwegingspunt is dat die praktisyn die een is met die bevoegdheid om werknemers te ontslaan.²²⁹ Dit beteken dat die praktisyn die een sal wees wat die prosedurele vereistes in voormelde artikel 189 en 189A namens die maatskappy as werkgewer moet nakom.

Ingevolge artikel 189 (van toepassing op “kleiner” afleggings) is die belangrikste vereiste van die Wet dat daar konsultasie moet plaasvind.²³⁰ Die praktisyn moet die ander konsulerende party kennis gee.²³¹ Die doel van sodanige konsultasie is om

²²⁴ Wet op Arbeidsverhoudinge 66/1995: art 188; Grogan 2010:342. Sien ook Grogan 2014:406. “The LRA uses the term ‘dismissal for operational requirements of the employer’ rather than the more colloquial word ‘retrenchment’”.

²²⁵ Van Eck *et al.* 2004:911; Du Plessis en Fouché 2006:271; Smit 2001:83. Sien ook Smit en Vergottini 2013:90. Substantiewe billikheid behels dat die werkgewer 'n geldige en billike rede moet hê om die werknemer te ontslaan, terwyl prosedurele billikheid verwys na die billike prosedure wat die werkgewer gedurende die ontslag moet volg. Grogan 2014:423.

²²⁶ 66/1995: art 188; Du Plessis en Fouché 2015:328-330.

²²⁷ Van Eck *et al.* 2004:911-912. “More recently, however, the courts have signalled a greater preparedness to inquire whether the employer had a bona fide reason for terminating the contract of employment in that ‘the content of the reasons given by the employer’ will also be considered.”

²²⁸ Meskin *et al.* 2014:18.9.3.

²²⁹ 71/2008: art 140(1)(c)(i); *Clarke v EH Walton Packaging* 2014 (1) BALR 6 CCMA: 23; Meskin *et al.* 2014:18.13.3.

²³⁰ 66/1995: art 189. In die geval van “groter” afleggings geld artikel 189A, wat bepaal dat enigeen van die konsulerende partye die KVBA kan versoek om 'n fasiliteerder aan te wys ten einde daardie party gedurende konsultasie by te staan. Smit 2001:88; Grogan 2014:423.

²³¹ 66/1995: art 189(1),189(3). Artikel 189 bepaal dat die ander konsulerende party ingevolge 'n bestaande kollektiewe ooreenkoms vasgestel sal word. Indien daar geen kollektiewe ooreenkoms is nie, sal dit 'n werkplekforum of 'n geregistreerde vakbond wees. By gebrek aan 'n werkplekforum of geregistreerde vakbond, sal die konsultasie met die geaffekteerde werknemers self geskied. Die

wilsooreenstemming te bereik oor gepaste maatreëls wat moontlik die afleggings kan verhoed of verminder, die tydstip van die afleggings kan verander en die nadelige uitwerking van die afleggings kan verminder, en oor die kriteria vir die kies van die werknemers wat ontslaan moet word en die bedrag wat as skeidingspakket betaalbaar is.²³² Ingevolge artikel 41 van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes moet die werkgever 'n week se betaling vir elke voltooide jaar aaneenlopende diens aan die werknemers betaal.²³³ Die werknemers het dus hier wel geleentheid om gedurende hulle samesprekings met die praktisyn hulle saak te stel en moontlike alternatiewe voor te stel. Wat egter van belang is, is dat hierdie regte ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge aan die werknemers gegee word, en dat solank die praktisyn die korrekte prosesse volg, byvoorbeeld geen gronde vir 'n beskermde staking sal wees nie.²³⁴

Die besluit om werknemers af te lê, is nie een wat die praktisyn ligtelik moet neem nie, en wel om twee redes. Die eerste hou verband met die negatiewe sosio-ekonomiese gevolge wat die afleggings sal hê – nie net die verlies aan werk vir die werknemer op sigself nie, maar ook die effek daarvan op die werknemer se huishouding, veral waar die werknemer die enigste broodwinner is.²³⁵ Die tweede rede handel oor die finansiële nagevolge van die afleggings vir die maatskappy. Dit beteken dat die praktisyn die koste van die afleggings moet oorweeg.²³⁶

Soos reeds hierbo vermeld is, word die skeidingspakkette as na-aanvangsfinansiering beskou en sal hierdie eise ooreenkomstig artikel 135 hanteer

verpligte kennisgewing aan hierdie partye moet die volgende inligting bevat: die rede vir die voorgestelde afleggings; die alternatiewe vir aflegging wat die werkgever oorweeg het, sowel as die redes waarom die alternatiewe nie toegepas is nie; die getal werknemers wat deur die afleggings geraak sal word, sowel as die kategorieë waarin hulle aangestel is; die voorgestelde kriteria waarvolgens die werknemers afgelê sal word; die tyd wanneer of waarbinne die afleggings moontlik sal gebeur; die voorgestelde skeidingspakkette; enige bystand wat die werkgever gewillig is om aan die afgelede werknemers te bied; die moontlikheid van herindiensname; die getal werknemers in diens van die werkgever, en die getal werknemers wat die werkgever in die voorafgaande 12 maande op grond van bedryfsvereistes moes ontslaan.

²³² Du Plessis en Fouché 2006:277; Smit en Vergottini 2013:90.

²³³ Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75/1997: art 41(2).

²³⁴ Die uitsondering hierop is sogenaamde “groter” afleggings ingevolge art 189A van die Wet op Arbeidsverhoudinge.

²³⁵ Smit en Vergottini 2013:86. “In die verband is dit immers nie ongewoon dat 'n enkele werknemer as broodwinner vir 'n omvattende uitgebreide familie dien nie. Indien so 'n werknemer skielik sy/haar werk verloor, hou dit ernstige gevolge in vir diegene wat vir onderhoud van die werknemer afhanklik is.”

²³⁶ Die koste sal verband hou met die skeidingspakkette van die werknemers, sowel as enige ander geld en voordele wat aan hulle verskuldig is.

word. Indien enige verdere na-aanvangsfinansiering gedurende die reddingsverrigtinge verkry word, sal die geld eerstens aangewend word om die werknemers te betaal.²³⁷ Artikel 135 bepaal die voorkeurorde waarin die werknemers van die maatskappy betaal sal word.²³⁸ Ingevolge hierdie bepaling sal die werknemers voor die leners van die na-aanvangsfinansiering betaal word, ongeag of hulle verseker is of nie, sowel as voor alle onversekerde skuldeisers.²³⁹ Indien geen verdere finansiering verkry word nie, sal die werknemers moontlik moet wag vir die uitbetaling van hulle eise, selfs tot en met likwidasië.²⁴⁰ Die werknemers word egter in hierdie opsig in 'n baie gunstige posisie geplaas deurdat die super-preferente status wat aan hulle eise geheg word, voortbestaan indien die maatskappy tot likwidasië oorgaan.²⁴¹

Benewens bogenoemde regte wat die voorkeurposisie van die werknemer betref, is daar nie enige ander regte wat die praktisyne sou kon beïnvloed om groter beskerming aan die werknemers van die maatskappy te gee nie.²⁴²

7.2.2.2.4 WERKNEMERS EN DIE OORDRAG VAN DIE MAATSKAPPY SE BESIGHEID

Die laaste oorwegingspunt wat met werknemers verband hou, is die oordrag van al of 'n gedeelte van die maatskappy se besigheid, deels om werksgeleenthede te beskerm.²⁴³ Wanneer die maatskappy se besigheid as 'n lopende saak verkoop word, word die werknemers se dienskontrakte ingevolge artikel 197 van die Wet op Arbeidsverhoudinge ook aan die nuwe eienaar oorgedra.²⁴⁴ Die nuwe eienaar word

²³⁷ 71/2008: art 135(3)(a). Meskin *et al.* 2014:18.8.2.2. "All employee claims under section 135(1) are treated equally."

²³⁸ 71/2008: art 135(3).

²³⁹ 71/2008: art 135(3)(a)-(b).

²⁴⁰ Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75/1997: art 32(3). Hierdie artikel bepaal dat indien vergoeding aan die werknemer betaalbaar raak, dit nie later as sewe dae daarna aan hom uitbetaal moet word nie. Die Arbeidsappèlhof het egter in die *Freshmark*-saak skeidingspakkette as skadevergoeding beskou, en nie as vergoeding nie. Sien Grogan 2010:409; *Freshmark (Pty) Ltd v CCMA* 2003 (24) ILJ 373 (LAC).

²⁴¹ 71/2008: art 135(4); Harvey *et al.* 2011:146.

²⁴² Finch 2012:205. Volgens Finch is die situasie in die Verenigde Koninkryk soortgelyk: "This position, on the part of rescue professionals, may be encouraged by the law, which treats employees' rights regarding insolvency as largely concerned with consultations regarding redundancy or financial compensation for dismissal rather than input into rescue-decision-making."

²⁴³ Smit en Vergotinni 2013:91.

²⁴⁴ 66/1995: art 197; Du Plessis en Fouché 2015:335-336.

in die plek van die voormalige werkgewer (die maatskappy) gestel.²⁴⁵ Tog duur die regte en verpligtinge wat in die oordragstadium tussen die werknemers en die maatskappy bestaan het, voort en word enigiets wat die voormalige werkgewer voor die oordrag met betrekking tot die werknemer gedoen het, beskou asof die voormalige werkgewer dit gedoen het.²⁴⁶ Die oordrag van die dienskontrakte vind outomaties plaas sonder dat die werknemers toestemming daarvoor hoef te verleen.²⁴⁷

7.2.2.2.5 DIE POSISIE VAN DIE WERKNEMERS

Alhoewel die praktisyn dus die werknemers se belange moet oorweeg, veral in die lig van die groter regte en beskerming wat die Wet aan hulle verleen, het die werknemers nogtans nie die grootste invloed op die moontlike sukses van die reddingspoging nie. Sommige werknemers kan wel, op grond daarvan dat hulle ook skuldeisers is, 'n stem oor die ondernemingsreddingsplan uitbring. Tog sal hierdie werknemers se stem na alle waarskynlikheid nie groot genoeg wees om die plan te kan afkeur nie. Die grootste invloed op die werknemers se belange is die doel van die besondere reddingspoging. Dít beteken dat die effek op en dus die beskerming van die werknemers gedurende die reddingsverrigtinge sal afhang van die doel van die reddingsproses. Die werknemers se belange sal byvoorbeeld baie erger deur die proses geraak word indien die proses ten doel het om 'n beter uitbetaling aan skuldeisers te bewerkstellig, aangesien die proses dan nie op die daadwerklike rehabilitasie van die onderneming toegespits is nie. Waar die reddingsverrigtinge egter die daadwerklike redding en rehabilitasie as doelstelling het, behoort die werknemers se belange slegs in 'n mindere mate geraak te word.

Wat die invloedfaktore van werknemers betref, is dit duidelik dat hulle in 'n gunstige inligtingsposisie verkeer, maar dat hulle nie noodwendig die nodige hulpbronne het om die inligting op die korrekte en gepaste wyse aan te wend nie. Hulle invloed is gevolglik beperk.

²⁴⁵ Wet op Arbeidsverhoudinge 66/1995: art 197A(2); Sharrock *et al.* 2012:95.

²⁴⁶ 66/1995: art 197A(2); Sharrock *et al.* 2012:95. Voorbeelde hiervan sluit in ontslag van die werknemer, die pleging van 'n onbillike arbeidspraktyk of 'n handeling van diskriminasie.

²⁴⁷ Smit en Vergotinni 2013:92.

My gevolgtrekking in hierdie verband is dus dat die praktisyn moet toesien dat hy te alle tye die korrekte prosesse ten aansien van die werknemers volg, hetsy arbeidsregtelik of ingevolge die maatskappyereg. Sodoende sal hy reeds 'n groot mate van beskerming aan die werknemers se belange verleen. Werknemerbelange behoort daarom groter beskerming as aandeelhouerbelange te geniet op grond daarvan dat die Wet aan werknemers groter magte en beskerming verleen. Die belange van die werknemers behoort egter nie meer beskerming te geniet as dié van die skuldeisers van die maatskappy nie:

“Employees ought to realize that although the right to fair labour practices purports to afford them extensive protection, it may regrettably, boil down to very little in the face of financial realities posed by an insolvent employer.”²⁴⁸

7.2.2.3 DIE BELANGE VAN SKULDEISERS

“Conversely, where the company is insolvent, or even doubtfully solvent, the interests of the company are in reality the interests of the existing creditors alone.”²⁴⁹

Die skuldeisers van die maatskappy sal waarskynlik die meeste aandag van die praktisyn geniet omdat die Wet hulle in 'n besonder sterk magtposisie met baie regte plaas. Dit is bevestig deur regter Traverso in die ongerapporteerde saak van *Gormley*:

“Chapter 6 makes it clear that creditors have the strongest right to consultation regarding the development of a business plan. The reasons are self-evident. They, after all, have the biggest financial interest in the outcome of the proposed business rescue.”²⁵⁰

Alhoewel die nuwe ondernemingsreddingsmodel aanvanklik as meer skuldenaarvriendelik beskou word, word die skuldeisers se belange beslis nie uit die oog verloor nie.²⁵¹ Aangesien skuldeisers ook as geaffekteerde persone geklassifiseer word, is hulle geregtig op dieselfde regte en voorregte wat aan

²⁴⁸ Van Eck *et al.* 2004:925.

²⁴⁹ Hawke 1989:56. Sien ook Keay 2001:317,322. “It is almost non-contentious to say that directors have a duty to take account of the interests of creditors when the company is insolvent.”

²⁵⁰ *Gormley v West City Precinct Properties (Pty) Ltd* saaknr: (6418/2011, 18624/2011 en 66226/2011 par 8.

²⁵¹ Bradstreet 2011:378.

werknemers en aandeelhouers toegeken is wat die aanvang van die verrigtinge sowel as die ontvang van kennisgewings ten aansien van die verrigtinge betref.²⁵² Skuldeisers beskik egter oor bykomende regte wat die werknemers en aandeelhouers van die maatskappy nie het nie, soos stemregte.²⁵³

Skuldeisers is nie net daarop geregtig om self aansoek te doen om die maatskappy onder toesig te plaas waar die direksie nie gou genoeg op die noodomstandighede reageer nie, maar mag ook 'n oorhaastige besluit deur die direksie om met ondernemingsredding te begin, bevraagteken.²⁵⁴ Skuldeisers is dus nou meer betrokke by die reddingsproses as ooit vantevore, veral wat besluitneming betref.²⁵⁵

Dit blyk duidelik uit die UNCITRAL-gids dat skuldeisers ook 'n beduidende rol in die internasionale insolvensiereg speel. Die gids plaas deurentyd klem daarop dat 'n groter uitbetaling aan skuldeisers een van die doelstellings van 'n reddingsprosedure kan wees.²⁵⁶

Soos reeds genoem is, word 'n groter uitbetaling aan skuldeisers ook in artikel 128(1)(b) van die Wet as een van die doelstellings van die ondernemingsreddingsplan gemeld.²⁵⁷

Dit is belangrik dat die praktisyn die skuldeisers van die maatskappy se belange beskerm en hulle sodoende aanmoedig om aan die reddingsproses deel te neem. Die magsoorsig waarin hulle geplaas word, kan immers veroorsaak dat die skuldeisers nie hulle samewerking wil gee nie en eerder beplan om die redding van die maatskappy af te skiet:

²⁵² 71/2008: art 128(1)(a)(i),145.

²⁵³ 71/2008: art 145(2)(a); Rushworth 2010:397. Aandeelhouers is slegs daarop geregtig om te stem indien die plan hulle regte sal wysig. Werknemers mag slegs stem in soverre hulle ook skuldeisers van die maatskappy is.

²⁵⁴ Bradstreet 2011:365. "A significant protection afforded to creditors in this context is the ability not only to commence proceedings by application to court in a case where directors have been tardy in so doing, but also to challenge what may be an overzealous decision to plunge a teetering business into the perceived security of the Chapter 6 lifeboat."

²⁵⁵ Dié stelling behoort daardeur gekwalifiseer te word dat aangesien die geregtelike bestuursproses 'n skuldeiservriendelike stelsel daargestel het, die skuldeisers van die maatskappy ook in die vorige reddingsproses een van die belangrikste rolspelers was.

²⁵⁶ UNCITRAL 2005:210 item 3. "The purpose of reorganization is to maximize the possible eventual return to creditors, providing a better result than if the debtor were to be liquidated and to preserve viable businesses as a means of preserving jobs for employees and trade for suppliers."

²⁵⁷ 71/2008: art 128(1)(b)(iii).

*"Creditor participation in rescue models is indispensable. Without creditor participation and support, it is almost inevitable that any proposed rescue plan by the company will fail. It is therefore not surprising that all of the rescue models that we consider make provision for varying degrees of creditor participation from full-blown creditor committees to creditor representatives".*²⁵⁸

Die magsoosie waarin die skuldeisers geplaas word, is ook nie ongeregverdig nie. Die skuldeisers word in die loop van die reddingsverrigtinge aan groot risiko's blootgestel. Hulle reg op die uitbetaling van hulle eise moet gedurende die reddingsverrigtinge eers op die agtergrond skuif om die maatskappy die geleentheid te gee om te probeer herstel, met die moontlikheid dat die redding nie suksesvol sal wees nie en hulle dalk slegter daaraan toe sal wees as voor die aanvang daarvan.²⁵⁹

Wanneer die beskerming van die skuldeisers se belange oorweeg word, is dit egter van die allergrootste belang om daarop te let dat die posisie van skuldeisers met betrekking tot die rangorde gedurende ondernemingsredding nie dieselfde is as die rangorde van skuldeisers waarvoor die Insolvensiewet voorsiening maak nie.²⁶⁰ 'n Praktisyn behoort dus versigtig te wees om nie uitgesoekte skuldeisers te beskerm in die foutiewe veronderstelling dat hulle voorkeurskuldeisers is omdat hulle in insolvensieverrigtinge as sodanig geklassifiseer sal word nie.²⁶¹ Hierdie beginsel is bevestig in die saak *Commissioner SARS v Beginsel*,²⁶² waarin die Suid-Afrikaanse Inkomstediens beswaar aangeteken het teen die hantering van hulle eis as 'n blote konkurrente eis ingevolge artikel 145(4)(b), wat oor die berekening van 'n skuldeiser se stemdraende belang of stemreg handel.²⁶³ Die Inkomstediens het by die hof aansoek gedoen om die goedkeuring van die betrokke ondernemingsreddingsplan ter syde te stel op grond daarvan dat hul preferente status as skuldeisers ingevolge

²⁵⁸ Smits 1999:90; Kleitman 2014:6.

²⁵⁹ Finch 2002:192. "Many rescue activities will involve the forestalling of enforcement actions by certain parties and the use of periods of of grace in which realignment efforts are made. During these periods certain interests will suffer. Creditors, for example, may be prevented from realising securities. Distributional and social goals may demand that creditors make certain concessions for the purposes of rescue but considerations of both efficiency and fairness impose limits on the sacrifices that can be justified." Sien ook McCormack 2007:519-520; *Gormley v West City Precinct Properties (Pty) Ltd* saaknommers: (6418/2011, 18624/2011 en 66226/2011) par 8.

²⁶⁰ Insolvensiewet 24/1936.

²⁶¹ Meskin *et al.* 2014:18.10.5. "Section 145(4) does not provide creditors, who under sections 96 to 102 of the Insolvency Act would be considered preferent creditors, with special voting rights."

²⁶² *Commissioner SARS v Beginsel* 2013 (1) SA 307 (WCC).

²⁶³ 71/2008: art 145(4)(b).

artikel 99 van die Insolvensiewet²⁶⁴ nie in berekening gebring is nie. Die hof het egter by monde van regter Fourie aangevoer dat die Maatskappywet in artikel 145 slegs vir 'n onderskeid tussen versekerde en onversekerde skuldeisers voorsiening maak en dat preferente sowel as konkurrente skuldeisers by onversekerde skuldeisers ingesluit word.²⁶⁵ Voorts het die hof bepaal dat werknemers wat terselfdertyd skuldeisers is op grond van agterstallige lone en salarisse wat voor die aanvang van die reddingsproses ontstaan het, die enigste party benewens die versekerde skuldeisers is met 'n voorkeurposisie ingevolge die Wet.²⁶⁶ Die hof het derhalwe tot die gevolgtrekking gekom dat die Suid-Afrikaanse Inkomstediens nie 'n preferente skuldeiser ingevolge ondernemingsreddingsverrigtinge is nie en dat die praktisyn dus nie 'n fout begaan het in die berekening van die stemreg en gevolglike goedkeuring van die ondernemingsreddingsplan nie:

“The fact of the matter is that, in section 144(2), the employees are expressly classified as preferred unsecured creditors, whereas there is no provision in the Act which suggests that SARS is to be regarded as a preferred unsecured creditor for business rescue purposes.”²⁶⁷

“Therefore, in my view, SARS would enjoy no greater interest than the other concurrent creditors of the company, with the result that there is no basis upon which to impeach the voting procedure in the adoption of the business rescue plan.”²⁶⁸

Skuldeisers se belange word voor die aanvang van reddingsverrigtinge, dit wil sê gedurende solvensie, oorweeg, maar geniet geen voorkeurposisie ten aansien van die vertrouensverpligtinge van direkteure nie.²⁶⁹ Gedurende die reddingsverrigtinge verleen die Wet groter beskerming aan die belange van skuldeisers,²⁷⁰ maar hierdie beskerming behoort nie as beskerming tot uitsluiting van alle ander belanghebbendes beskou te word nie.²⁷¹ Gedurende insolvensieverrigtinge het die

²⁶⁴ 24/1936: art 99(1)(b).

²⁶⁵ 71/2008: art 145; *Commissioner SARS v Beginsel* 2013 (1) SA 307 (WCC).

²⁶⁶ 71/2008: art 144(2).

²⁶⁷ *Commissioner SARS v Beginsel* 2013 (1) SA 307 (WCC): par 34.

²⁶⁸ *Commissioner SARS v Beginsel* 2013 (1) SA 307 (WCC): par 35.

²⁶⁹ Cohen 2001:358; Lin 1993:1510-1511.

²⁷⁰ McCormack 2007:526. “There is, however, the general law on directors’ duties and in a growing number of US cases the courts have held that managerial allegiance must shift from the shareholders to the creditors when a company approaches insolvency.”

²⁷¹ *Employees Solar Trading 83 (Pty) Ltd v AFGRI Operations Limited* saaknommers: (6418/2011, 18624/2011, 66226/2011 en 66226A/2011) 16 Mei 2012. “The new Companies Act in introducing the provisions relevant to business rescue proceedings has demonstrated a shift from creditors’ interest to an attempt to balance a wider range of often competing interests.” Dickfos en Anderson 2008. Hierdie

skuldeisers 'n opdraggewende rol; gedurende reddingsverrigtinge is dit meer konsulterend van aard. Dit impliseer dus dat alhoewel die skuldeiser in 'n magsoosisie staan, die praktisyn se benadering tot die redding nie uitsluitlik op die belange van die skuldeisers kan fokus nie. So 'n benadering is te eng en geensins in pas met die "gees" van die Wet nie.²⁷²

As daar aanvaar word dat die praktisyn gedurende besluitneming die belange van **al** die rolspelers moet beskerm en oorweeg, maar spesifiek op die beskerming van die skuldeisers moet let, ontstaan die vraag of hy hulle belange op 'n kollektiewe of individuele grondslag moet beskerm. By die insolvensie van 'n maatskappy ontstaan daar 'n *concursum creditorum*, oftewel 'n "samekoms van skuldeisers", wat beteken dat 'n individuele skuldeiser se reg om sy skuld af te dwing, vervang word met die reg om saam met die ander skuldeisers as 'n groep in die opbrengs van die bates te deel.²⁷³ Daar kan dus aangevoer word dat die belange van die skuldeisers as 'n groep gedurende reddingsverrigtinge voorkeur bo ander belanghebbendes s'n moet geniet.²⁷⁴

Daarteenoor het die argument ten gunste van die beskerming van individuele skuldeisers te make met die tipering van die maatskappy se skuldeisers. Daar behoort 'n onderskeid getref te word tussen skuldeisers met 'n blote finansiële eis teen die maatskappy, en prestasieskuldeisers met 'n groter betrokkenheid by die besigheid van die maatskappy.²⁷⁵ Die argument is dat laasgenoemde skuldeisers meer beskerming behoort te geniet, aangesien hulle 'n groter bydrae tot 'n suksesvolle redding kan lewer. Voorbeelde van hierdie prestasieskuldeisers is die grootste voorraad- of diensteverskaffers van die maatskappy.

Die praktisyn sal in die keuse tussen hierdie benaderings die doel van die redding moet oorweeg,²⁷⁶ dit wil sê of die redding 'n groter uitbetaling aan skuldeisers of die

beginsel geld ook in die Australiese administrasiesistelsel. "In resolving this it is likely that the creditors' interest is paramount but it cannot be said that they are the only stakeholders in companies that are potentially salvageable."

²⁷² Finch 2002: 189.

²⁷³ Sharrock *et al* 2012: 4, 266-267.

²⁷⁴ Nimmer en Feinberg 1989: 31.

²⁷⁵ Chaver en Fried 2002: 1843.

²⁷⁶ McCormack 2007: 519. "Whatever the method of appointment, an administration has the overriding objective of rescuing the company as a going concern. Where, however, this is not reasonably practical and/or it is not in the interests of the creditors(as a whole) for the company to be rescued as a going concern, the objective is to achieve a better result for the company's creditors (as a whole) that would

daadwerklike redding en rehabilitasie van die maatskappy in nood beoog. Indien die doel 'n groter uitbetaling aan die skuldeisers is, behoort die praktisyn die belange van die groep bo die belange van individuele skuldeisers te stel. Daarteenoor sal die beskerming van die belange van individuele skuldeisers oorweging moet geniet indien die daadwerklike redding van die maatskappy beoog word. In so 'n geval sal voorkeur verleen moet word aan die skuldeisers wat die grootste bydrae tot die volhoubaarheid van die maatskappy se besigheid lewer.

Wat die invloedfaktore van skuldeisers betref, is dit duidelik dat die skuldeisers met groot eise, soos die banke en die Suid-Afrikaanse Inkomstediens, altyd toegang tot inligting gegun word, waarskynlik oor menslike en finansiële hulpbronne beskik en ook die nodige kommunikasievaardighede het om hulle wense en voorstelle te kommunikeer.²⁷⁷ Praktisyns sal derhalwe op die belange van hierdie skuldeisers moet let ten einde die kans op 'n suksesvolle redding te vergroot.

Hierdie benadering is in stryd met die administrasieprosedure in die Verenigde Koninkryk sowel as in Australië. Albei hierdie jurisdiksies plaas in hoofsaak die beskerming van die belange van die skuldeisers as 'n groep bo dié van individuele skuldeisers. So 'n benadering laat egter buite rekening dat sommige individuele skuldeisers 'n groter bydrae tot 'n suksesvolle redding kan maak, wat tot voordeel van alle belanghebbendes sal wees.

7.2.2.4 DIE BELANGE VAN DIE GEMEENSKAP

Naudé het reeds in 1970 te kenne gegee dat maatskappye 'n daadwerklike invloed het op die belange van die gemeenskap waarbinne dit funksioneer.²⁷⁸ Die Cork-verslag het ook reeds in 1982 die belang van die beskerming, of ten minste oorweging, van die gemeenskap se belange uitgelig. Die rede waarom dit belangrik

be likely if the company were wound up. If neither of the above is reasonably practical, then the final objective is to make a distribution to one or more secured or preferential creditors."

²⁷⁷ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:28. Die verslag maak melding daarvan dat versekerde skuldeisers (gewoonlik die groter skuldeisers soos die bank of Suid-Afrikaanse Inkomstediens) oor baie kennis van die reddingsproses en hul regte ingevolge die proses beskik. Daarteenoor het onversekerde skuldeisers en veral kleiner maatskappye baie min kennis van die proses.

²⁷⁸ Naudé 1970:113. "Dat dit vanuit 'n sosio-ekonomiese oogpunt uiters wenslik is dat die kapitaalkragtige maatskappye 'n tasbare bydrae lewer tot die ontwikkeling van die gemeenskap, en dat dit vanuit 'n regs-oogpunt vir hulle moontlik moet wees om dit te doen, word onmiddellik toegegee."

is om op die belange van die gemeenskap te let, is dat 'n onsuksesvolle redding uiters nadelige sosio-ekonomiese nagevolge kan hê.²⁷⁹ Nie net sal die direkteure, die aandeelhouders en die werknemers geraak word nie, maar ook die verskaffers van die maatskappy.²⁸⁰

Die oorweging van gemeenskapsbelange hou verband met die sogenaamde “reddingskultuur”.²⁸¹ Volgens Finch het die Cork-verslag die grondslag vir 'n reddingskultuur gelê deur aan te voer dat daar in insolvensie-aangeleenthede na die groter prentjie gekyk behoort te word.²⁸²

*“We believe that a concern for the livelihood and well-being of those dependent upon an enterprise which may well be the lifeblood of a whole town or even a region, is a legitimate factor to which modern law of insolvency must have regard. The chain reaction consequent upon any given failure can potentially be so disastrous to creditors, employees and the community that it must not be overlooked.”*²⁸³

Volgens die verslag behoort 'n goeie, moderne insolvensieregsisteem, en dus ook 'n reddingstelsel, 'n metode te voorsien waarvolgens lewensvatbare kommersiële ondernemings behoue kan bly ten einde 'n sinvolle bydrae tot die ekonomie van 'n land te maak.²⁸⁴

Die praktisyn sal dus oorweging moet skenk aan die moontlike groter gevolge van sy besluite en benadering tot die redding. So byvoorbeeld kan nadelige gevolge intree waar die maatskappy gedurende reddingsverrigtinge en as deel van die reddingsplan groot getalle werknemers aflê.²⁸⁵ Dieselfde geld indien die praktisyn besluit om die maatskappy se bates stuk vir stuk te verkoop om net 'n beter uitbetaling aan skuldeisers te bewerkstellig. In laasgenoemde geval sal die werknemers nie net uiteindelik afgelê moet word nie, maar sal dit die verskaffers van die maatskappy raak.

²⁷⁹ Cork 1982:56.

²⁸⁰ Cork 1982:56.

²⁸¹ Finch 2002:190.

²⁸² Finch 2002:190.

²⁸³ Cork 1982:56.

²⁸⁴ Cork 1982:55. Dié stelling stem ooreen met die doelstellings van 'n goeie insolvensieregstelsel soos wat die Cork-verslag benadruk: “(i) to recognise that the effects of insolvency are not limited to the private interests of the insolvent and his creditors, but that other interests of society or other groups in society are vitally affected by the insolvency and its outcome, and to ensure that these public interests are recognised and safeguarded.” Finch 2002:190.

²⁸⁵ Smit en Vergottini 2013:86.

'n Moontlike oplossing vir die nadelige sosio-ekonomiese gevolge is dat die praktisyn die besigheid van die maatskappy as 'n lopende saak kan probeer verkoop. Waar die besigheid van die maatskappy in die geheel of gedeeltelik behoue bly, is daar 'n groter positiewe effek op meer rolspelers en nie net op die skuldeisers van die betrokke maatskappy nie. So 'n uitkoms sal nie net meer voordelig wees vir die gemeenskap waarin die maatskappy funksioneer en die werknemers nie, maar ook vir die skuldeisers.²⁸⁶ Die rede waarom die skuldeisers waarskynlik ook meer voordeel uit die verkoop van die besigheid as 'n lopende saak sal trek, is dat die lopendeszaak-waarde van die besigheid meer is as die gesamentlike bates van die maatskappy en dus 'n hoër opbrengs sal lewer, wat dan vir verdeling beskikbaar sal wees.²⁸⁷

Die praktisyn het dus in dié verband geen maklike taak nie. Alhoewel die “gees” van die Wet tot die oorweging van gemeenskapsbelange aanleiding gee, verwys die Wet nêrens direk daarna nie. Om dus van die praktisyn te verwag om in die uitoefening van sy pligte ook die uitwerking van sy besluite op die gemeenskap te oorweeg is 'n gewetensaak.²⁸⁸ Die praktisyn moet dus nogtans oorweeg watter reddingsbenadering die meeste rolspelers in 'n beter posisie sal plaas, en indien die gemeenskap ook daarby baat vind, is dit 'n bonus.²⁸⁹

²⁸⁶ Rajak 1998:162. “Assuming that the business remains in existence after the sale, that some or all of the people who worked in the business prior to its sale retain their jobs, and that work in progress can be completed, a higher price for the assets of the company will almost certainly be obtained, leading to a higher dividend for distribution among the creditors and retention of the goodwill attached to the business.”

²⁸⁷ Rajak 1998:162; Smits 1999:83; Belcher 1997:24; Rajak en Henning 1999:277. Sien ook Rushworth 2010:378. “The business rescue concept therefore recognises that rehabilitation of the company on a solvent basis, pursuant to the proceedings, may not be possible, but that another process, for instance the sale of the business as a going concern, may be more beneficial to creditors or shareholders than immediate liquidation proceedings”. Finch 2002:190. “These may include the preservation of a business that, in the longer term, is worth saving or is worth more as a going concern than if sold piecemeal; the protection of jobs of a workforce; the avoidance of harms to suppliers, customers and state tax collectors; and the prevention of damage to the general economy or to business confidence sector.”

²⁸⁸ Sien Bainbridge 2007:338 vir 'n soortgelyke stelling.

²⁸⁹ Sien McCormack 2007:529, waar die outeur dit beaam. “While rescuing the company as a going concern comes to the top of the statutory list of objectives, it cannot be pursued if the administrator thinks that it is not reasonably practical to do so, or where it would not achieve the best result for the company’s creditors as a whole.”

7.2.2.5 DIE HOF

Ingevolge artikel 140(3)(a) is die praktisyn gedurende die reddingsverrigtinge 'n beampte van die hof, en moet hy ook aan die hof verslag doen ooreenkomstig enige relevante hofreëls of bevele van die hof.²⁹⁰ Die vraag wat dus hier beantwoord moet word, is wat dit beteken om 'n beampte van die hof te wees.

Om 'n beampte van die hof te wees beteken dat die amptenaar beseft dat alhoewel sy eerste plig by sy kliënt lê, hy 'n verdere verpligting het om nie die hof te mislei nie en in die belang van regspleging op te tree.²⁹¹ Lede van die regsprofessie behoort vertrouwd te wees met die pligte wat met die amp van beampte van die hof verband hou.²⁹² Een daarvan is *“to further the administration of justice to the best of his ability”*.²⁹³ Hierdie verpligting sluit ook in dat die amptenaar hom daarvan moet weerhou om sy kliënt te adviseer of te help om op 'n onregmatige of onwettige wyse op te tree.²⁹⁴

In die praktyk hou die posisie van beampte van die hof in dat die praktisyn in die uitoefening van sy verpligtinge moet toesien dat hy altyd eerlik teenoor die hof optree en hom van onwettige gedrag weerhou.²⁹⁵ Hy mag dus nie aan die hof voorgee dat die maatskappy 'n redelike vooruitsig het om gered te word indien dit nie die geval is nie. Hy mag ook nie op enige wyse optree wat die normale verloop van die reg belemmer nie. Derhalwe moet die praktisyn die hof inlig indien dit aan die lig kom dat die maatskappy of 'n geaffekteerde persoon die proses van redding wil misbruik.

Myns insiens behoort die praktisyn se posisie as beampte van die hof nie so 'n groot verandering te veroorsaak in die manier waarop die praktisyn sy verpligtinge nakom nie, mits daardie praktisyn 'n lid van die regsprofessie is. Die rede hiervoor blyk uit die kort bespreking hierbo. Regslui weet wat van hulle verwag word in die

²⁹⁰ 71/2008: art 140(3)(a); Henochsberg 2014:482(2); Meskin *et al.* 2014:18.3.6. *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

²⁹¹ Van Heerden *et al.* 2007:22. Praktykshandleiding LEAD Professionele gedrag 2009:56-57. “Die absolute plig van eerlikheid en integriteit teenoor die hof verbied beide doelbewuste leuens en misleidende stellings.”

²⁹² Lewis 1982:7.

²⁹³ Lewis 1982:9. Sien ook Praktykshandleiding LEAD Professionele gedrag 2009:57. “... as beamptes van die Hof, moet hulle ook in die beste belang van geregtigheid optree ...”.

²⁹⁴ Lewis 1982:11.

²⁹⁵ Dit word bevestig in artikel 139(2)(c), wat bepaal dat die hof die ondernemingsreddingspraktisyn uit sy amp kan onthef op grond daarvan dat hy aan onwettige handeling of gedrag deelgeneem het.

uitoefening van hul verantwoordelikhede, sowel as watter plek die reg en die hof in hierdie verband moet beklee. Die konstante maatstaf wat ten opsigte van hul optrede geld, is of die persoon se optrede in pas is met dié van 'n persoon wat geskik en gepas is om tot die regsprofessie te behoort.²⁹⁶ Hierdie siening word bevestig in die onlangse *Kariba*-uitspraak waar die hof dit pertinent gestel het dat daar meer van die praktisyn in hierdie verband verwag is as gevolg daarvan dat hy 'n lid van die regsprofessie is.²⁹⁷

Die probleem is egter dat die Wet ook persone wat in ander beroepe as die regsprofessie staan, die reg gee om as praktisyns op te tree. Artikel 138(1) bepaal dat die persoon wat as praktisyn aangestel word 'n lid van die regs-, rekeningkundige of ondernemingsbestuursberoep kan wees.²⁹⁸ 'n Probleem ontstaan hier omdat lede van die rekeningkundige of ondernemingsbestuursberoep moontlik nie sal verstaan wat dit beteken om 'n beampte van die hof te wees nie. Alhoewel daar van persone in hierdie beroepe ook verwag word om 'n sekere etiekstandaard te handhaaf, sal hulle nie so goed vertrouwd wees met die verantwoordelikhede wat hierdie amp meebring nie.

7.2.2.6 DIE OPWEGING VAN BELANGE

In die lig van die voorafgaande bespreking, kan die afleiding gemaak word dat die praktisyn gedurende reddingsverrigtinge trou verskuldig is aan die volgende persone en in die volgende volgorde: i) die skuldeisers, ii) die werknemers, iii) die aandeelhouders, en iv) die gemeenskap waarbinne die maatskappy funksioneer. Deurentyd sal die praktisyn as 'n amptenaar van die hof optree.

Reddingskemas is duidelik uiters kompleks:

“It goes well beyond the mere enforcement of private rights, because what is at stake – the success or failure of enterprises- affects the livelihood of individuals and communities. Rescue procedures must integrate the characteristics and interests of a wide variety of players (eg directors, large institutional creditors, small trade creditors

²⁹⁶ Lewis 1982:1-2. Oftewel “fit and proper”.

²⁹⁷ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015): 35. “Against this standard, and the standard expected of the practitioner as an attorney, the attitude displayed by the practitioner in regard to serious concerns expressed by the bank regarding what is considered to be the shortcomings in Kariba’s affairs and the rescue plan, is disturbing.”

²⁹⁸ 71/2008: art 138(1)(a).

*and insolvency practitioners), and reconcile them with the overarching policy goals of the law.*²⁹⁹

Die gedragkode van SARIPA (South African Restructuring and Insolvency Practitioners Association) bevestig in paragraaf 7 dat die praktisyn trou verskuldig is aan die skuldeisers en geaffekteerde persone, en maak ook die stelling dat die praktisyn in die uitoefening van sy verpligtinge alle betrokke partye in ag moet neem.³⁰⁰ Dit sal egter vir die praktisyn moeilik wees om die belange van al die rolspelers te balanseer, aangesien elke persoon of groep persone wat by die redding betrokke is hul eie idees sal hê oor hoe die risiko's van die maatskappy hanteer moet word.³⁰¹ Hierdie partye het ook elk hul eie beweegredes vir die keuse van sekere reddingsopsies:

*“Shareholders and directors will tend to favour ensuring that the company continues to operate for as long as possible. The former are residual claimants in insolvency and have little to lose by trading on. Both shareholders and directors will thus tend to gamble on further business activity since they will enjoy what ever gains will result. Employees, again, will tend to favour continuing trading in the hope of securing their jobs and in the knowledge that further losses will be borne by other parties.”*³⁰²

*“Unfortunately, creditors are a varied group, and interests among the group generally conflict. Creditors’ interests also generally conflict with shareholders’ interests.”*³⁰³

Korporatiewe insolvensieverrigtinge word dikwels as 'n “zero sum”-spel beskou.³⁰⁴ 'n Wins vir een party sal normaalweg 'n verlies vir 'n ander party teweegbring.³⁰⁵ Om hierdie rede is die praktisyn se plig om meer rolspelers se belange te probeer

²⁹⁹ Brupbacher 2005:106.

³⁰⁰ SARIPA 2014:par 7.1. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. “Practitioners owe a fiduciary responsibility to creditors and affected persons and generally all parties involved.”

³⁰¹ Hahn 2004:153; Finch 2002:193.

³⁰² Finch 2002:192-193; Smit 2001:360. Sien ook Lin 1993:1489. “During this period of financial distress, shareholders favor highly risky projects, even if these projects have only a slight chance of generating income large enough to cover the firm’s debt and still provide some return to shareholders.”

³⁰³ Shaffer 2000:IAA. Sien ook Lin 1993:1489. “In contrast, creditors want management to preserve assets available to satisfy their claims by investing conservatively and taking minimal risk.” Harner 2011:477,494. “Creditors are not benevolent by nature. Rather, they endeavor to maximise their individual returns.”; “Whether a creditor is seeking a larger return or control of the corporation, it tries to influence or control the restructuring process to achieve its objectives. The creditor’s objective and pursuit of control in turn might conflict with the debtor’s restructuring plan or the efforts of other creditors or shareholders to influence the process.”

³⁰⁴ Harner 2011:493.

³⁰⁵ Harner 2011:493. “Bankruptcy is usually a zero sum game, where more for me is less for you.”

beskerm van die allergrootste belang.³⁰⁶ Die Wet bevestig dit in artikel 7(k), wat bepaal dat die Wet onder meer ten doel het om 'n reddingstelsel daar te stel wat voorsiening maak vir die redding van maatskappye op 'n wyse wat die regte en belange van **alle** relevante rolspelers in ewewig bring of balanseer.³⁰⁷ Hierdie doelstelling vind weerklank in die bepalings van hoofstuk 6 van die Wet, sowel as onlangse regspraak.³⁰⁸ Derhalwe het die praktisyn vertrouensverpligtinge teenoor al die rolspelers indien hy in die “gees” van die Wet sy pligte uitoefen, hoewel daar ook voortdurend 'n opweging van belange sal moet wees. In die *Employees Solar Trading*-saak het regter Kollapen hierdie siening beaam toe hy gesê het dat selfs die hoewe die bedoeling van die wetgewer in gedagte moet hou wanneer hulle die kompeterende belange van die rolspelers oorweeg.³⁰⁹

Voorts is dit tog onvermydelik dat die praktisyn soms voor keuses te staan sal kom waar hy een groep se belange bo 'n ander groep s'n sal moet stel:³¹⁰

*“However, economically oriented legal scholars addressing this issue have argued that managers of an insolvent firm should have a duty to maximize the sum of the values of all financial claims (both those held by shareholders and those held by creditors) against the firm. Put differently, an insolvent firm’s managers should maximize the total financial value of the firm, not just the value of its equity.”*³¹¹

Die kuns vir die praktisyn sal dus wees om in 'n gegewe situasie die regte keuse te maak wanneer hy sekere rolspelers se belange bo ander s'n stel. Die praktisyn sal sy besluite en optrede so moet stuktureer dat dit 'n eerlike en rasonale oorweging

³⁰⁶ Blazic 2010. <http://ro.uow.edu.au/sbshdr/2010/papers/8>. Toegang verkry op 14/11/2014. “An effective rescue regime requires this finite balancing of the various and often disparate interests of the stakeholders involved ...”.

³⁰⁷ 71/2008: art 7(k). Eie beklemtoning.

³⁰⁸ Bepalings soos dié oor die groter magte en betrokkenheid van geaffekteerde persone, en die beskerming van aandeelhouers, skuldeisers en werknemers onderskeidelik, soos deur die moratorium, beskerming van eiendomsbelange en na-aanvangsfinansiering. *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2012(3) SA 273 (GSJ): 281. “I would, therefore, hold that the financial reasons relating to all the stakeholders, except that of the practitioner, contemplated in the rescue provisions, are to be considered by the court when applying this provision.” *Employees Solar Trading 83 (Pty) Ltd v AFGRI Operations Limited* saaknommers: (6418/2011, 18624/2011, 66226/2011 en 66226A/2011) 16 Mei 2012.

³⁰⁹ *Employees Solar Trading 83 (Pty) Ltd v AFGRI Operations Limited* saaknommers: (6418/2011, 18624/2011, 66226/2011 en 66226A/2011) 16 Mei 2012.

³¹⁰ Nimmer en Feinberg 1989:32. “Actions that benefit the one may harm the other. As a fiduciary to both, the operating officers must inevitably make choices in cases where the interests of one require sacrificing the interests of the other.”

³¹¹ Chaver en Fried 2002:1815.

van al die kompeterende belange weerspieël.³¹² Daar sal derhalwe 'n prioritisering van die rolspelers se belange moet plaasvind om die belanghebbendes wat die grootste rol in die redding of die uitvoering van die reddingsplan speel te identifiseer, sodat hulle voorkeur kan geniet bo diegene wat nie juis deur die redding geraak word nie. In dié prioritisering van die rolspelers se belange behoort die volgende belangrike faktore oorweeg te word:³¹³

i) Stemreg – Dit is belangrik om in gedagte te hou dat sekere belanghebbendes die mag het om die reddingspoging as't ware te kelder. Daarom moet die praktisyn oorweeg wie die mag het om die reddingsplan te aanvaar of te verwerp.

ii) Voordeel – Die praktisyn moet 'n begrip vorm van die effek wat die reddingsproses op die onderskeie rolspelers sal hê. Hy sal moet bepaal wie die meeste en wie die minste sal baat vind by die reddingsproses. So byvoorbeeld sal versekerde skuldeisers se belange nie juis deur die redding geraak word nie, aangesien die bedrag wat by die tegeldemaking van die beswaarde bate aan hulle uitbetaal sou word, dieselfde opbrengs sal lewer as by likwidasie.³¹⁴ Aan die ander kant sal onversekerde skuldeisers by likwidasie waarskynlik minder ontvang en boonop die besigheid van die maatskappy in nood verloor. Die werknemers van die maatskappy sal natuurlik die meeste voordeel uit 'n suksesvolle redding trek.

iii) Risiko's – Sekere rolspelers sal aktief met die reddingspoging behulpsaam moet wees. Sommige van die skuldeisers sal moet voortgaan om voorraad aan die maatskappy in nood te voorsien. Ander skuldeisers sal verdere finansiële bystand moet verleen. Daar sal van die werknemers verwag word om aan te hou om hul pligte na te kom. Die risiko's wat hierdie partye aangaan, behoort in hul guns te tel by die opweging van belange.

iv) Invloed – In verskillende stadiums van die reddingsproses kan sekere rolspelers 'n groter invloed op die sukses van die redding uitoefen. Die aandeelhouers kan byvoorbeeld 'n groot invloed hê, indien hulle ook deel van die direksie is, deur die proses vroegtydig te begin. Namate die reddingsproses vorder, kan ander partye ook dalk later 'n groter bedingsmag verkry, wat sal veroorsaak dat

³¹² Nimmer en Feinberg 1989:34.

³¹³ Harvey *et al.* 2011:120-121.

³¹⁴ Loubser 2008:373.

hulle belange aandag moet geniet. 'n Goeie voorbeeld hiervan is die toetrede van vakbonde tot die proses.

Indien al hierdie faktore oorweeg word, is dit duidelik dat die praktisyn in sekere omstandighede tog die belange van sommige skuldeisers sal moet vooropstel. Die skuldeisers beklee 'n magsoosisie in die reddingsproses, juis omdat die Wet bepaal dat slegs die skuldeisers die reg het om vir die aanvaarding van die ondernemingsreddingsplan te stem.³¹⁵ Indien die skuldeisers dus voel dat die praktisyn nie in hul belange sal optree nie, sal hulle die plan verwerp en sal die reddingspoging faal.³¹⁶ Die praktisyn het dus die baie moeilike taak om die skuldeisers te probeer oorreed om hul samewerking te gee en as't ware in die idee van die redding "in te koop". Indien hy hierin slaag, staan die redding 'n beter kans op sukses en sal dit uiteraard ook vir die aandeelhouders en werknemers tot beter resultate lei.³¹⁷ Daar kan egter nie van die praktisyn verwag word om sy vertrouensverpligtinge eksklusief in belang van die skuldeisers uit te oefen nie. Soos reeds genoem is, sal 'n reddingsbenadering wat uitsluitlik op die skuldeisers se belange fokus die doel van redding verydel.³¹⁸ Die paradigmaskuif waarna daar in die bespreking in hoofstuk 1 verwys word, speel hier 'n belangrike rol.

Die voortdurende opweging van belange aan die hand van bogenoemde faktore om alle rolspelers se kompeterende belange te probeer balanseer, behoort ook op 'n billike en regverdigte grondslag te geskied.³¹⁹ Die praktisyn moet byvoorbeeld spesifiek op die skuldeisers se belange ag slaan, dog sonder om uitsluitlik daarop te fokus:

"Although protection of a struggling company will serve the interests of investors that hold share capital, creditors ought not to be dealt so unfair a hand that they are discouraged from contributing. In this sense, creditors have an important role to play in

³¹⁵ 71/2008: art 150(2)(a),(b).

³¹⁶ 71/2008: art 153(5). Hoewel die Wet in art 153 bepaal dat geaffekteerde persone die stemdraende belange kan koop van diegene wat die plan verwerp, sal dit waarskynlik nie baie in die praktyk kan gebeur nie en sal die tyd verbonde aan so 'n proses waarskynlik tot verdere nood lei.

³¹⁷ Hahn 2004:131.

³¹⁸ In Amerika het die Delaware-billikeidshof in die saak van *Geyer v Ingersoll Publications Co.* 628 A.2d in 1992 bevind dat die direkteure van die maatskappy steeds trou verskuldig is aan die aandeelhouders, ten spyte daarvan dat die maatskappy onder reddingsverrigtinge verkeer. Hahn 2004:128.

³¹⁹ Finch 2002:193. "Rescue procedures also stand to be judged according to their fairness. Issues here are whether those processes allow equal weight to be given to the voices of various affected parties; whether the processes are open to self-interest manipulation by certain individuals or groups; and whether those administering the processes are (and can be seen to be) operating even-handedly." Sien ook Lewis 1982:16.

*sustaining economic growth, and their interests ought therefore to be protected for the good of the broader economy. Their role, however, must not be emphasised to the detriment of the interests of more vulnerable stakeholders and the promotion of socio-economic development in South Africa.*³²⁰

In die uitoefening van sy pligte teenoor bogenoemde persone moet die praktisyn ook nie optree op 'n wyse wat onwettig of selfs misleidend teenoor die hof is nie.

8. PRAKTISYNS AS TROUPLIGTIGES IN ANDER JURISDIKSIES

Alhoewel die Verenigde Koninkryk en Australië albei van die bestuursvervangingsbenadering gebruik maak, is die amp van administrateur van die maatskappy in nood in hierdie jurisdiksies baie na aan die amp van die praktisyn in Suid-Afrika. Nie net is daar ooreenstemmende faktore wat die bestuursverwante verpligtinge betref nie, maar ook ten aansien van die uitoefening en nakoming van vertrouensverpligtinge.

Weens die belang daarvan vir hierdie studie, word die doelstellings wat die administrateur in bostaande twee jurisdiksies moet bereik, sowel as hulle unieke verpligtinge, vervolgens bespreek.

8.1 DIE ADMINISTRATEUR IN DIE VERENIGDE KONINKRYK

In die Engelse administrasieproses word die bestuur van die maatskappy in nood vervang met 'n buitestander, wat die bestuursbeheer van die maatskappy oorneem.³²¹ Hierdie persoon staan as die administrateur bekend en word belas met die bestuur van die maatskappy.³²² Die administrateur word met omvattende magte en bevoegdhede beklee ten einde genoegsame buigzaamheid te verleen om die doelstellings van die proses te bereik. Terselfdertyd moet die administrateur binne die statutêre raamwerk funksioneer om verantwoordbaarheid teenoor belanghebbendes te verseker en toe te sien dat die besluitnemingsproses deursigtig

³²⁰ Bradstreet 2010:199.

³²¹ Armour *et al.* 2008:156.

³²² Armour *et al.* 2008:156.

is.³²³ Die Cork-verslag het 'n groot invloed gehad op die ontwikkeling van beginsels oor die funksie en rol van die administrateur as insolvensiepraktisyn in die Verenigde Koninkryk.³²⁴

Die administrateur kan op drie wyses aangestel word: i) Die hof is eerstens by magte om 'n administrateur vir die maatskappy in nood aan te stel.³²⁵ ii) Dit is ook moontlik vir 'n versekerde skuldeiser wat sekuriteit oor 'n wesenlike gedeelte van die maatskappy se eiendom hou om 'n administrateur aan te stel.³²⁶ iii) Laastens kan die maatskappy of sy direksie ook 'n administrateur aanstel.³²⁷

Die amp van die administrateur word deur die Engelse *Insolvency Act* van 1986³²⁸ en die *Enterprise Act* van 2002³²⁹ gereguleer. Die inwerkingtreding van die *Enterprise Act* het groot veranderinge in die Engelse korporatiewe reddingsfeer teweeggebring, wat onder andere ook op die verskuiwing dui wat in verband met rolspelers se belange in hierdie jurisdiksie plaasgevind het.³³⁰ Die belange van onversekerde skuldeisers geniet na bewering aansienlik meer beskerming as voorheen, grotendeels weens die nuwe bewoording van die doelstellings in die wet.³³¹

Bylae B1 van die *Insolvency Act* lê die administrateur 'n hiërargie van oogmerke op wat hy ten opsigte van die maatskappy moet verwesenlik.³³² Dit sluit in i) om die maatskappy as 'n lopende saak te red,³³³ of ii) om 'n beter uitbetaling of resultaat vir skuldeisers in die geheel te bewerkstellig as wat die geval sou wees indien die maatskappy gelikwieder sou word,³³⁴ of iii) die realisering van bates ten einde 'n uitbetaling aan een of twee versekerde of preferente skuldeisers te maak.³³⁵ Dit blyk

³²³ Armour en Mokal 2004:6.

³²⁴ Cork 1982:175 par 732. "The success of any insolvency system, however, is very largely dependent upon those who administer it."

³²⁵ Blanchard 2005:51.

³²⁶ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 14, soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002; Blanchard 2005:51.

³²⁷ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 22, soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002; Blanchard 2005:51.

³²⁸ *Insolvency Act* 1986.

³²⁹ *Enterprise Act* 2002.

³³⁰ Armour *et al.* 2008:148,150. "Put simply the Enterprise Act reforms aimed further to improve the prospects for corporate rescue whilst, at the same time, making formal rescue procedures fairer as between secured and unsecured creditors and more cost-effective."

³³¹ Armour *et al.* 2008:148.

³³² Armour *et al.* 2008:160.

³³³ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(1)(a), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

³³⁴ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(1)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

³³⁵ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(1)(c), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

dus duidelik uit hierdie oogmerke dat die belange van die skuldeisers as 'n groep voorkeurbeskerming behoort te geniet bo die belange van slegs uitgesoekte versekerde en preferente skuldeisers. Dit word bevestig in paragraaf 3(2) van dieselfde bylae, wat bepaal dat die administrateur sy funksies en verpligtinge in die belang van die skuldeisers as 'n groep (skuldeisers in die geheel) moet uitoefen.³³⁶ Voor die inwerkingtreding van die *Enterprise Act* was die administrateur verplig om sy vertrouensverpligtinge hoofsaaklik in die guns van die versekerde skuldeisers uit te oefen.³³⁷ Nou is hy trou verskuldig aan die skuldeisers as 'n groep.³³⁸

Die administrateur onderneem dus ook 'n opweging van belange wanneer hy sy verpligtinge uitoefen. Die verskil is egter dat hy deur die wet gelei word oor watter belange vooropgestel moet word. Dít vind plaas deur die hiërargie van oogmerke. Die gesamentlike belange van die versekerde sowel as onversekerde skuldeisers word byvoorbeeld bo dié van die versekerde en preferente skuldeisers geplaas. Nóg belangriker is dat die administrateur eerstens die maatskappy moet probeer red en slegs indien dit nie redelikerwys en prakties moontlik is nie, kan hy die alternatiewe doelstellings probeer bereik.³³⁹ Indien hy versuim om aan die hiërargie van oogmerke gehoor te gee en allereers 'n beter resultaat vir skuldeisers probeer bewerkstellig, sal dit vertolk word asof hy sy funksies vir 'n onbehoorlike doel aanwend.³⁴⁰ Dit wil dus voorkom of die administrateur tog in sekere gevalle sy verpligtinge, met inbegrip van sy vertrouensverpligtinge, teenoor die maatskappy moet nakom, naamlik terwyl hy die eerste oogmerk – die redding van die maatskappy as lopende saak – probeer verwesenlik.

Die administrateur word verplig om sy pligte so vinnig en effektief as wat redelikerwys en prakties moontlik is, uit te voer.³⁴¹ So word daar byvoorbeeld van die

³³⁶ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 3(2), soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*. Sien ook Blanchard 2005:51-52. "However, no matter who does the appointing, the administrator must act in the interests of the company's creditors as a whole."

³³⁷ Armour *et al.* 2008:154.

³³⁸ Interessantheidshalwe neem die administrateur nie juis die belange van ander rolspelers in aanmerking nie. Finch 2002:292-293. "As for the accountability and fairness of administration, a first problem is that the administrator is not obliged or entitled to consider the public interest or the interests of all parties materially affected by the potential insolvency. This means that customers and suppliers and employees of the company – all of whom may have considerable stakes in its future – have no voice in administration if they do not constitute creditors of the firm."

³³⁹ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 3(3)(a), soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*.

³⁴⁰ Armour en Mokal 2004:18.

³⁴¹ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 4, soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*.

administrateur verwag om so gou doenlik ná sy aanstelling 'n verslag oor die maatskappy se sake op te stel.³⁴² Voorts moet hy 'n plan opstel oor die voorgestelde werkswyse om die gekose administrasiedoelstelling te bereik.³⁴³ Boonop word die administrateur ingevolge paragraaf 5 van die bylae as 'n beampte van die hof bestempel,³⁴⁴ wat impliseer dat hy, nes die Suid-Afrikaanse praktisyn, eerbaar en in belang van geregtigheid moet optree.

Die administrateur van die maatskappy in nood is dus duidelik 'n troupligtige. Dít word bevestig in die wet deurdat die administrateur as 'n verteenwoordiger of agent van die maatskappy beskou word.³⁴⁵ Daarom het die Engelse Insolvensiediens 'n etiese kode vir insolvensiepraktisyns opgestel. Hierdie kode is van toepassing op alle insolvensiepraktisyns, met inbegrip van administrateurs. Die nie-nakoming van die beginsels in die etiekkode kan behulpsaam wees in die oorweging van die nakoming/nie-nakoming van 'n administrateur se vertrouensverpligtinge:

*"It is this Code, and the spirit that underlies it, that governs the conduct of Insolvency Practitioners. Failure to observe this Code may not, of itself, constitute professional misconduct, but will be taken into account in assessing the conduct of an Insolvency Practitioner."*³⁴⁶

8.2 DIE ADMINISTRATEUR IN AUSTRALIË

Die verskyning van die Harmer-verslag in 1988 was 'n belangrike gebeurtenis in die Australiese insolvensiereg. Van die belangrikste tekortkominge wat in die verslag geopper is, hou verband met die regulering van insolvensiepraktisyns (wat administrateurs insluit) en die daarstel van standarde van optrede en etiek ten opsigte van hierdie amptenare.³⁴⁷ Tog is die enigste kwessie wat sedert 1988

³⁴² Blanchard 2005:53.

³⁴³ Blanchard 2005:53.

³⁴⁴ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 5, soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002. Sien ook Brupbacher 2005:127. "Finally, he is an officer of the court, under a duty to act 'honourably', which may preclude the adoption of certain value-maximising tactics available to an administrative receiver, ie the repudiation of unprofitable contracts."

³⁴⁵ Armour en Mokal 2004:9; Mokal en Armour 2004:2-3. Sien ook Blanchard 2005:53. "The administrator is given full power of management of the company, acting as its agent, and the directors of the company are correspondingly reduced in their powers, although they continue in office." Brupbacher 2005:126. "The administrator is deemed to act as the agent of the company when exercising his powers; this puts him in a fiduciary duty vis-à-vis the company."

³⁴⁶ IPA 2012:3 par 3.

³⁴⁷ Dickfos 2014:24.

noemenswaardige aandag geniet het die standarde van optrede en etiek van insolvensiepraktisyns.³⁴⁸ Dit is derhalwe 'n logiese gevolg dat die verslag 'n groot invloed op die bepalings oor die administrateur van 'n maatskappy gehad het.

Gedurende die Australiese administrasieprosedure word die bestuur van die maatskappy in finansiële nood met 'n administrateur vervang.³⁴⁹ Hy neem volle bestuursbeheer van die maatskappy oor en is, soos die Engelse administrateur, met omvattende magte en bevoegdhede beklee.³⁵⁰

In Australië neem die administrasieprosedure amptelik 'n aanvang wanneer 'n administrateur vir die maatskappy aangestel word.³⁵¹ Die aanstelling van die administrateur kan op drie wyses geskied, naamlik i) deur 'n besluit deur die direksie van die maatskappy,³⁵² ii) deur die likwidateur van 'n maatskappy,³⁵³ of iii) deur 'n skuldeiser wat sekuriteit vir sy skuld hou.³⁵⁴ Aandeelhouers en gewone skuldeisers kan dus nie die aanstelling van die administrateur teweegbring of affekteer nie,³⁵⁵ wat 'n moontlike gebrek aan beskerming vir hierdie persone se belange impliseer.

Soortgelyk aan die Engelse administrasieprosedure, stel die Australiese *Corporations Act* sekere oogmerke vir die verrigtinge. Ingevolge artikel 435A van die wet is die oogmerk van die administrasie eerstens om die maatskappy of die besigheid van die maatskappy se kansen te vergroot om te bly voortbestaan en, tweedens, indien dit nie moontlik is vir die maatskappy of die besigheid daarvan om voort te bestaan nie, om 'n beter resultaat vir die skuldeisers van die maatskappy teweeg te bring as wat die onmiddellike likwidasië van die maatskappy sou oplewer.³⁵⁶ Die administrateur moet dus bogenoemde doelstellings in die uitoefening van sy verpligtinge najaag.³⁵⁷

³⁴⁸ Dickfos 2014:24.

³⁴⁹ Anderson 2004:238. "The administrator is central to the procedure under Part 5.3A of the *Corporations Act*." Bradstreet 2010:199-200. Die prosedure is ook soms bekend as 'n "voluntary arrangement procedure".

³⁵⁰ *Corporations Act* 50/2001: art 437A(1); Anderson 2008:23.

³⁵¹ *Corporations Act* 50/2001: art 435C(1); Anderson 2008:9.

³⁵² *Corporations Act* 50/2001: art 436A(1).

³⁵³ *Corporations Act* 50/2001: art 436B(1).

³⁵⁴ *Corporations Act* 50/2001: art 436C(1).

³⁵⁵ Anderson 2008:10.

³⁵⁶ *Corporations Act* 50/2001: art 435A(a) en (b).

³⁵⁷ Blanchard 2005:54.

Soos reeds hierbo genoem is, het die administrateur omvattende magte en bevoegdhede, wat onder andere insluit dat hy beheer oor die maatskappy se besigheid, eiendom en sake het.³⁵⁸ Hy het ook die mag om die besigheid van die maatskappy voort te sit en die eiendom en sake van die maatskappy te bestuur.³⁵⁹ Die administrateur mag enige deel van die maatskappy se besigheid of die besigheid in die geheel beëindig of vervreem, en kan ook enige eiendom van die maatskappy vervreem.³⁶⁰ Daarbenewens is hy by magte om enige mag of funksie uit te oefen wat 'n ander amptenaar van die maatskappy sou kon uitoefen indien die maatskappy nie onder administrasie verkeer het nie.³⁶¹ 'n Verdere bewys van die administrateur se omvattende magte kan gevind word in artikel 442A van die wet, wat bepaal dat die administrateur 'n direkteur uit sy amp kan verwyder,³⁶² 'n persoon kan aanstel om as direkteur op te tree,³⁶³ of enige ander aksie of handeling kan uitvoer wat nodig is om die doelstellings van die prosedure te bereik.³⁶⁴

Ingevolge artikel 437B van die wet tree die administrateur as 'n agent van die maatskappy op³⁶⁵ en word derhalwe ook as 'n troupligtige beskou.³⁶⁶ Daar word van die administrateur verwag om in die belang van skuldeisers as 'n groep op te tree.³⁶⁷ Dit dui ook op die klemverskuiwing in die beskerming van rolspelers in die administrasieproses. Die aandeelhouers se belange geniet dus minder beskerming

³⁵⁸ *Corporations Act 50/2001*: art 437A(1)(a). Sien ook Anderson 2004:238. "Although it is for the creditors to decide the fate of the company via the voting process in s 439A, the administrator is the vital figure in virtually all of the steps leading to that decision." Blanchard 2005:56.

³⁵⁹ *Corporations Act 50/2001*: art 437A(1)(b).

³⁶⁰ *Corporations Act 50/2001*: art 437A(1)(c).

³⁶¹ *Corporations Act 50/2001*: art 437A(1)(d).

³⁶² *Corporations Act 50/2001*: art 442A(a).

³⁶³ *Corporations Act 50/2001*: art 442A(b).

³⁶⁴ *Corporations Act 50/2001*: art 442A(d).

³⁶⁵ *Corporations Act 50/2001*: art 437B. "When performing a function, or exercising a power, as administrator of a company under administration, the administrator is taken to be acting as the company's agent." Blanchard 2005:56.

³⁶⁶ Glover en Duns 2001:137; Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012. Sien ook *In Re Stockford Ltd* (2004) 52 ACSR 279. "[A]n insolvency practitioner stands in a fiduciary relationship with the creditors." Anderson 2004:248.

³⁶⁷ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012.

as die skuldeisers s'n.³⁶⁸ Die rede hiervoor is dat die skuldeisers die uitsluitlike mag het oor die uitkoms van die administrasieproses.³⁶⁹

Benewens sy bestuursverwante en vertrouensverpligtinge, het die administrateur ook die plig om die sake van die maatskappy te ondersoek en by 'n vergadering van skuldeisers daarvoor verslag te doen.³⁷⁰

Laastens het ARITA (Australian Restructuring Insolvency and Turnaround Association) 'n gedragskode opgestel wat van waarde sal wees as bewys wanneer die beginsels daarin verontagsaam word.³⁷¹ Die primêre doelstellings van die kode is i) om 'n standaard van optrede vir insolvensiepraktisyns daar te stel, ii) om die lede van ARITA oor hul professionele verantwoordelikhede in te lig, en iii) om aan belanghebbendes 'n verwysingsraamwerk met betrekking tot die praktisyns se optrede te verskaf.³⁷²

9. GEVOLGTREKKING EN SAMEVATTING

Die voorafgaande bespreking het duidelik getoon dat die Wet omvangryke verpligtinge aan die praktisyn oplê. Op die oog af skyn die grootste uitdaging vir die praktisyn die rehabilitasie van die maatskappy in nood te wees. Tog is die grootste uitdaging in werklikheid die wyse waarop die rehabilitasie bewerkstellig moet word en die rol wat die praktisyn daarin moet speel. Dit sluit onder andere die verhouding tussen die praktisyn en die ander belanghebbendes in.

Die benadering tot die bestuur van 'n maatskappy in finansiële nood speel 'n groot rol in die wyse waarop die redding geskied, die rol wat die praktisyn daarin speel én

³⁶⁸ Anderson 2008:12. "The fundamental theme in the Australian provisions is that the shareholders have no proprietary interest left in the insolvent company."

³⁶⁹ *Corporations Act 50/2001*: art 435C(2),439A,439C. Sien ook Anderson 2008:25. "The Australian decision-making model relies exclusively on the creditors voting to either wind up the company, to place it under a deed of company arrangement or to simply return the company to its previous condition at a second meeting of creditors."

³⁷⁰ *Corporations Act 50/2001*: art 438A; Anderson 2008:17.

³⁷¹ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012. "Additionally, the Code lay down mandatory rules requiring members to do things not required by law, or not to do things the law permits. Further, in conjunction with the Statements of Best Practice, the Code serves the function of educating members as to their professional responsibilities."

³⁷² ARITA 2014:1.

sy verhouding met ander rolspelers. In die bespreking hierbo het duidelik na vore gekom dat daar in Suid-Afrika van 'n gemengde bestuursbenadering gedurende redding gebruik gemaak word. Dus word daar nie van 'n "skuldenaar in besit"-benadering of die bestuursvervangingsbenadering gebruik gemaak nie. Alhoewel die bestuur van die maatskappy (die direksie) nie, soos in die "skuldenaar in besit"-benadering, in beheer van die maatskappy in finansiële nood gelaat word nie, word die bestuur ook nie, soos in die bestuursvervangingsbenadering, algeheel van hul bestuursverpligtinge onthef nie. Die ondernemingsreddingsverrigtinge in hoofstuk 6 van die Wet behou die direksie as deel van die bestuur, maar plaas hulle onder die gesag van die praktisyn, wat in werklikheid volle bestuursbeheer oor die maatskappy het. Aangesien die praktisyn ingevolge hierdie benadering steeds van die kennis van die direksie kan gebruik maak, word baie tyd gespaar en verbeter die kans op 'n suksesvolle redding. Die praktisyn behoort egter te waak teen 'n direksie wat moontlik die reddingspoging wil ondermyn, en behoort die nodige stappe te doen indien so 'n situasie sou ontstaan.

Dit was verder moontlik om die invloed van die gekose bestuursbenadering op die uitoefening van vertrouensverpligtinge te bepaal. Ingevolge die Amerikaanse "Chapter 11"-verrigtinge vind daar slegs vir die bestaande bestuur 'n klemverskuiwing in die beskerming van rolspelers se belange plaas. Hiervolgens oefen die bestuur nie meer hul vertrouenspligte teenoor die aandeelhouers uit nie, maar teenoor die skuldeisers van die maatskappy. In die bestuursvervangingsbenadering berus die nakoming van vertrouensverpligtinge by die praktisyn alleenlik. Die Suid-Afrikaanse bestuursbenadering bring 'n unieke posisie ten opsigte van die uitoefening van vertrouensverpligtinge teweeg. Ingevolge die Wet word die direksie, wat steeds deel uitmaak van die bestuur, deur artikel 137(2)(d) van hul statutêre vertrouensverpligtinge ingevolge artikel 76 en 77 onthef, terwyl artikel 140(3) van die Wet bepaal dat die verpligtinge ingevolge artikel 75, 76 en 77 op die praktisyn oorgaan. Dit impliseer dat die praktisyn die vertrouensverpligtinge van die direkteure oorneem, maar beteken geensins dat die aard en omvang daarvan dieselfde is as dié van die direkteure nie.

Om die aard en omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge te begin vasstel, is die reëls in die vorm van die praktisyn se pligte en bevoegdhede ingevolge die Wet oorweeg. Die praktisyn verkry duidelik omvattende magte en bevoegdhede

ingevolge die Wet, wat veroorsaak dat hy 'n uiters hoë mate van diskresie oor die sake van die maatskappy kan uitoefen. Hy kan byvoorbeeld persone aanstel in en verwyder uit die bestuur van die maatskappy, en kan selfs by die hof aansoek doen om 'n direkteur uit sy amp te ontslaan. Artikel 135 en 136 bevat verdere bepalinge waaruit die verreikende magte van die praktisyn blyk. Hierby ingesluit is die mag om die werking van sekere kontrakte waarin die maatskappy 'n party is op te skort, en die bevoegdheid om verdere skuld namens die maatskappy aan te gaan. Die afleiding hieruit is dat die belanghebbendes in die ondernemingsverrigtinge hulle in 'n kwesbare posisie bevind, aangesien die praktisyn die bevoegdheid het om oor hulle lot te beslis. Daar behoort dus 'n groot mate van vertroue tussen die praktisyn en die rolspelers te bestaan. Derhalwe kan daar tot geen ander gevolgtrekking gekom word nie as dat die praktisyn beslis 'n troupligtige is.

Wat die aard en omvang van die praktisyn se vertrouwensverpligtinge betref, is daar tot die volgende gevolgtrekkings gekom: i) Die aard van die praktisyn se vertrouwensverpligtinge is *sui generis* en daarom uniek. ii) Die praktisyn is sy trou aan al die rolspelers verskuldig, maar moet spesiaal op die beskerming van die skuldeisers se belange let. Die aard van die praktisyn se vertrouwensverpligtinge is na my mening uniek, aangesien die posisie waarin hy hom bevind nie soortgelyk is aan enige van die ander, duidelik omskrewe vertrouwensverhoudinge soos die trustee in die eng sin, die gevolmagtigde verteenwoordiger of selfs die direkteur van 'n maatskappy nie. Daarom is dit ook nie moontlik om die aard van sy verhouding hiermee gelyk te stel nie. Die praktisyn het eiesoortige verpligtinge en oogmerke om na te kom en unieke reëls om aan te voldoen.

Die praktisyn is aan al die rolspelers trou verskuldig. As gevolg van die meer inklusiewe benadering wat die Wet beoog, is dit duidelik dat al die rolspelers se belange beskerming behoort te geniet. Dit sal egter vir die praktisyn onmoontlik wees om te alle tye in almal se belang op te tree, en die noodwendige gevolg is dat die praktisyn deurgaans in die uitvoering van sy verpligtinge die belange van die partye moet opweeg. 'n Verdere oorwegingspunt is die belang van die sogenaamde invloedfaktore op die beskerming van rolspelers. Die ondernemingsreddingspraktisyn moet dus ook die belange van invloedryke rolspelers in oorweging bring, wat impliseer dat daar omstandighede sal wees waar die praktisyn een groep belanghebbendes se belange ten koste van 'n ander s'n sal

beskerm. Hierdie opweging van belange deur die praktisyn behoort op 'n billike en regverdige grondslag te geskied. Die skuldeisers word egter in 'n magsposisie ten opsigte van die reddingsverrigtinge geplaas, en indien die praktisyn nie na hulle belange omsien nie, kan hulle moontlik die reddingspoging kelder. Die rede vir dié magsposisie is dat die skuldeisers die enigste belanghebbendes is wat oor die ondernemingsreddingsplan kan stem. Indien dit die wetgewer se bedoeling was om in die “gees” van die Wet die belange van meer partye te beskerm, sou dit myns insiens waarskynlik beter gewees het vir die Wet om te bepaal dat die geaffekteerde persone, en nie slegs die skuldeisers nie, die ondernemingsreddingsplan moet goedkeur. Indien die praktisyn besluit om die belange van skuldeisers te bevorder, moet hy waaksaam wees om nie aan enige skuldeiser (benewens werknemers) 'n foutiewe preferente status toe te dig nie. Die skuldeisers geniet immers nie dieselfde rangorde of voorkeure gedurende ondernemingsredding as gedurende insolvensie nie.

In die oorweging van die posisie van praktisyns in ander jurisdiksies is daar tot die gevolgtrekking gekom dat die administrateurs in die Verenigde Koninkryk sowel as Australië omvangryke verpligtinge in die reddingsproses het en ook in albei jurisdiksies as troupligtiges beskou word. Albei hierdie amptenare is trou verskuldig aan die skuldeisers van die maatskappy as 'n groep, en hul optrede en handeling word aan die hand van hoë standaarde van etiese optrede gemeet. Albei die jurisdiksies beskik oor etiese gedragskodes, wat as riglyne vir etiese en morele optrede deur die administrateurs as troupligtiges dien. Dit bevestig na my mening die behoefte aan 'n gedragskode vir Suid-Afrikaanse praktisyns.

Ten slotte kan opgemerk word dat die omstandighede wat gedurende reddingsverrigtinge heers aanleiding gee tot 'n plofbare situasie met komplekse elemente, soos kompeterende belange van rolspelers. Die praktisyn verkeer derhalwe onder groot druk om te verseker dat belanghebbende partye en die algemene publiek die reddingsproses as regverdig, billik, deursigtig en betroubaar beskou.

HOOFSTUK 3

GOEIE TROU

“Good faith is at the heart of all fiduciary duties...”¹

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 DOELSTELLING

Die doel van hierdie hoofstuk is tweeledig. Eerstens word die plig tot goeie trou ontleed en die beginsels daarvan op die ondernemingsreddingspraktisyn toegepas. Dit gee aanleiding tot die vasstelling van die unieke regsbeginsele van die praktisyn se verpligting tot goeie trou. Die tweede doelstelling sal wees om die aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van hierdie plig te bepaal.

1.2 WERKSWYSE

Ten einde die praktisyn se verpligting tot goeie trou ten volle te verstaan, is dit nodig om, waar van toepassing, die bestaande vertrouenspligte van direkteure in normale, solvente omstandighede te ondersoek. Die praktisyn word immers aan dieselfde verpligtinge onderwerp. Daarom sal die verpligtinge in verband met goeie trou, soos dit in hoofstuk 6 van die Wet vervat is, sowel as die direkteursverpligtinge in artikel 75 tot 77 ontleed word. Die bepalinge oor die direkteur se verpligtinge tot goeie trou en die gevolge van die nie-nakoming daarvan sal op die praktisyn van toepassing gemaak word deur telkens die woord “direkteur” met “ondernemingsreddingspraktisyn” te vervang. Die invloed hiervan op die verpligting sal ondersoek word aan die hand van die heersende omstandighede gedurende die maatskappy se finansiële nood. Aangesien artikel 138 van die Wet bepaal dat ’n praktisyn ’n lid van die regs-, rekeningkundige of ondernemingsbestuurprofessie kan wees, sal die bestaande standarde van etiese gedrag, soos dit in die onderskeie

¹ Johnston 2005:37.

gedragskodes van hierdie professies verskyn, bestudeer word. Aandag word ook geskenk aan die verpligting tot goeie trou van praktisyns in ander jurisdiksies, aangesien dit met die formulering van Suid-Afrikaanse regsbeginsels op hierdie gebied kan help. Laastens, aangesien sekere elemente van die verpligting tot goeie trou afsonderlik bespreek word om dit beter te verstaan, en dié beginsels onderling verwant is, is 'n mate van herhaling onafwendbaar.

2. INLEIDING

Die plig tot goeie trou is die oorspronklike vertrouensverpligting waaruit verskeie ander troubeginsels ontwikkel het. Die plig tot goeie trou vereis van die troupligtige om onkreukbare eerlikheid aan die dag te lê en altyd met integriteit op te tree in enige saak waarby die troubegunstigde betrokke is. Wanneer die troubegunstigde se belange maklik beïnvloed kan word deur die een in wie hy sy vertrouwe plaas, verwag 'n mens dat daardie persoon eerlik sal optree. Die plig behels egter ook meer as slegs eerlikheid en integriteit. Dit behels eerder 'n positiewe ingesteldheid teenoor die troubegunstigde. Hierdie ingesteldheid behels dat die troupligtige se voornemens teenoor die troubegunstigde van so 'n aard moet wees dat dit die troubegunstigde se welstand sal bevorder.

Die plig tot goeie trou vereis voorts van die troupligtige om sy funksies alleenlik in die troubegunstigde se belang uit te oefen.² Dit verbied die troupligtige om self voordeel uit die bates en geleenthede van die troubegunstigde te trek of om betrokke te raak by transaksies waar sy persoonlike belange met die troubegunstigde s'n kan bots.³ Die plig tot goeie trou sluit derhalwe die verpligting tot lojaliteit in:.

“The duty of loyalty is simply a restatement of the basic moral principle that a person who undertakes to act for another must refrain from placing his own interest ahead of the other’s interest.”⁴

² Langbein 1996:626.

³ Langbein 1996:626. Sien ook Atherton *et al.* 2011:6. “The duty of loyalty mandates that the best interest of the corporation and its shareholders take precedence over any interest possessed by a director, officer or controlling shareholder ...”.

⁴ Johnston 2005:38.

Daar is reeds vasgestel dat die praktisyn in 'n vertrouensverhouding teenoor die maatskappy en geaffekteerde persone staan. Daar word in dié verband 'n hoë standaard van professionele en etiese optrede van die praktisyn verwag.⁵ Ten einde meer lig op sy opgelegde vertrouensverpligtinge te werp, is dit nuttig om te oorweeg wie in hierdie posisie aangestel kan word. Ingevolge artikel 138 van die Wet kan 'n persoon as praktisyn aangestel word indien hy 'n lid van goeie naam van die regs-, rekeningkundige of ondernemingsbestuursberoep is.⁶

Dit is belangrik om daarop te let dat die regsprofessie sowel as die rekeningkundige professie sekere standaarde van etiese optrede van hul lede verwag.⁷ In die geval van 'n regspraktisyn sal die bepalings van die Wet op Prokureurs⁸ tot en met die inwerkingtreding van die *Legal Practice Act*⁹ sowel as die reëls van die Prokureursorde van Suid-Afrika leiding oor etiese optrede bied. Die nuwe *Legal Practice Act* is op 20 September 2014 deur die President onderteken en sal met sy inwerkingtreding op alle regspraktisyns van toepassing wees.¹⁰ Ingevolge artikel 3 van dié wet is een van die doelstellings daarvan om voorsiening te maak vir die ontwikkeling van 'n raamwerk vir professionele en etiese norme en standaarde van gedrag.¹¹ Artikel 36 maak vir hierdie gedragskode voorsiening, maar bepaal slegs dat die raad dit sal ontwikkel.¹² Die *Legal Practice Act* op sigself gee derhalwe nog geen leiding op die gebied van professionele en etiese gedrag nie, maar meld wel dat dit van belang is vir alle regspraktisyns. Die praktykhandleiding ten opsigte van professionele gedrag vir die opleiding van regspraktisyns, wat deur die Prokureursorde van Suid-Afrika opgestel is, is egter van meer hulp.¹³ Die handleiding plaas sterk klem op professionele en etiese gedrag, en benadruk die belang daarvan vir die regsprofessie.

⁵ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015): 35.

⁶ 71/2008: art 138(1)(a); Henochsberg 2014:484.

⁷ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015): 35. "Against this standard, and the standard expected of the practitioner **as an attorney**, the attitude displayed by the practitioner in regard to serious concerns expressed by the bank regarding what is considered to be the shortcomings in Kariba's affairs and the rescue plan, is disturbing." Eie beklemtoning.

⁸ Wet op Prokureurs 53/1979.

⁹ *Legal Practice Act* 28/2014.

¹⁰ *Legal Practice Act* 28/2014.

¹¹ 28/2014: art 3(g)(i).

¹² 28/2014: art 36.

¹³ Praktykshandleiding LEAD Professionele gedrag 2009.

Rekenmeesters en ouditeure is op hulle beurt onderworpe aan die bepalings van die Wet op die Ouditprofessie¹⁴ en die etiekstandaarde wat in die gedragskodes van IRBA (Independent Regulatory Board of Auditors) en SAICA (South African Institute of Chartered Accountants) onderskeidelik neergelê word.¹⁵

Ook die UNCITRAL-gids beaam die belang van etiese optrede deur insolvensiepraktisyns, en bepaal soos volg:

“The insolvency law should specify the qualifications and qualities required for appointment as an insolvency representative, including integrity, independence, impartiality, requisite knowledge of relevant commercial law and experience in commercial and business matters.”¹⁶

Natuurlik sal die verwagte standaard van etiese optrede wat uit hoofde van sy lidmaatskap van ’n bepaalde professie reeds op die praktisyn van toepassing is, moontlik ’n invloed op sy vertrouensverpligtinge hê. Alhoewel daar geen amptelike gedragskode oor etiese gedrag vir die praktisyn bestaan nie, kan hierdie gedragskodes dus van belang wees. SARIPA (South African Restructuring and Insolvency Practitioners Association) het ’n kode vir etiese en professionele optrede wat geld vir praktisyns wat tot dié vereniging behoort.¹⁷ Dit is die enigste kode wat spesifiek na praktisyns verwys, maar is nie uitsluitlik op praktisyns en ook nie amptelik op alle praktisyns van toepassing nie.

Die probleem is dat die bestaande gedragskodes, behalwe moontlik die SARIPA-kode, nie die unieke omstandighede waarin die praktisyn hom bevind, verreken nie en dus slegs leiding bied vir die ontwikkeling van ’n unieke gedragskode vir praktisyns. Volgens die UNCITRAL-gids sal die insolvensiereg van ’n land ook in aanmerking moet neem dat die pligsversuim van die praktisyn dikwels die toepassing van ander regsbeginselfs buite die insolvensiereg behels.¹⁸ Sou die praktisyn ’n lid van ’n professionele organisasie wees, kan die relevante

¹⁴ Wet op die Ouditprofessie 26/2005.

¹⁵ Henochsberg 2014:484.

¹⁶ UNCITRAL 2005:188 item 115; Jacobs 2012b:215.

¹⁷ SARIPA 2014. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014.

¹⁸ UNCITRAL 2005:183 item 60.

professionele standaarde van daardie organisasie ook 'n rol speel.¹⁹ Om hierdie rede sal die gedragskodes van die verskillende professies telkens oorweeg moet word.

Daar sal ook veral gelet moet word op die gedragskodes vir praktisyne wat reeds in ander jurisdiksies ontwikkel en met sukses geïmplementeer is. Aangesien hierdie gedragskodes wél die unieke omstandighede van praktisyne in ag neem, kan dit van groot hulp wees vir die ontwikkeling van regsbeginsels oor die vertrouensverpligtinge van die praktisyn en die ontwikkeling van 'n gedragskode vir praktisyne in Suid-Afrika.

3. GOEIE TROU

3.1 SUID-AFRIKA

3.1.1 EERLIKHEID EN INTEGRITEIT

“The quickest way to ensure that the business plan fails is not to communicate honestly and openly with the stakeholders.”²⁰

'n Vertrauensverhouding lei noodwendig tot 'n sekere mate van vertroue tussen die troubegunstigdes en die troupligtige. Die rede vir hierdie vertroue, oftewel “trust and confidence”, lê na bewering in die kwesbaarheid van die betrokke persone,²¹ omdat die vertrouensverhouding vatbaar is vir misbruik weens die troupligtige se diskresionêre magte.²² Die troubegunstigdes is as't ware aan die genade van die troupligtige se omvattende magte oorgelaat en het dus geen ander keuse as om die troupligtige te glo en op hom te vertrou nie. Hieruit volg dat die troupligtige wat sy pligte in goeie trou uitoefen, met eerlikheid en integriteit teenoor die troubegunstigdes sal optree.²³

¹⁹ UNCITRAL 2005:183 item 60.

²⁰ Harvey *et al.* 2011:122.

²¹ Cassim *et al.* 2012:512. “Typically, in fiduciary relationships, one party is vulnerable to, or is at the mercy of, another party’s discretion.”

²² Flannigan 1989:306. Sien ook Cassim *et al.* 2012:512. “A fiduciary has a special opportunity to exercise power or discretion to the detriment of another, who is vulnerable to abuse by the fiduciary.”

²³ Naudé 1970:111. Sien ook De Wet en Van Wyk 1978:655. “*Bona fide* uitoefening van bevoegdhede beteken in die eerste instansie die eerlike uitoefening daarvan.”

In die geval van die praktisyn as troupligtige, vereis regulasie 126(4) ingevolge die Wet dat die Kommissie slegs 'n ondernemingsreddingslisensie aan 'n persoon toeken wat die Kommissie oortuig het dat hy oor 'n goeie karakter en integriteit beskik.²⁴ Die goeie karakter van die praktisyn kan eerstens uit sy lidmaatskap van 'n spesifieke professie afgelei word,²⁵ welke professie onkreukbare eerlikheid en integriteit sowel as etiese optrede van sy lede verwag.²⁶ Voorbeelde hiervan is die regsprofessie sowel as die rekeningkundige en ouditeursprofessie. Alhoewel lidmaatskap nie noodwendig afdoende bewys van 'n goeie karakter is nie, behoort die feit dat die praktisyn nog nie uit die professie geskors is nie, wel op 'n sekere standaard van optrede te dui. Wat egter hier problematies is, is dat daar nêrens voorsiening gemaak word vir enige van die professionele liggame om die Kommissie in te lig indien een van sy lede nie meer van goeie naam is nie.²⁷ Daar behoort dus voorsiening gemaak te word vir 'n stelsel waar die sekretaris van die Prokureursorde die Kommissie kan inlig wanneer 'n prokureur weens wangedrag van die rol geskrap word. Voorts sal die goeie karakter van die praktisyn afgelei kan word uit vorige posisies wat hy beklee het. Indien daar al voorheen op grond van onetiese of oneerlike gedrag 'n grief of aksie teen hom ingestel en hy daaraan skuldig bevind is, sal die afleiding gemaak kan word dat die persoon moontlik nie oor 'n goeie karakter beskik nie.

Die behoefte aan 'n eerlike praktisyn word verder benadruk deur artikel 138(1)(d) van die Wet, wat bepaal dat 'n persoon nie as 'n praktisyn van 'n maatskappy aangestel mag word nie, indien hy kragtens artikel 69(8) nie meer as 'n direkteur van die maatskappy mag optree nie.²⁸ Laasgenoemde artikel bepaal dat 'n persoon gediskwalifiseer word van optrede as 'n direkteur van 'n maatskappy indien hy op grond van wangedrag wat oneerlikheid behels, uit 'n vertrouensamp verwyder is,²⁹ of indien hy in die Republiek of elders skuldig bevind is aan en gevangenisstraf uitgedien het sonder die opsie van 'n boete, of met meer as die voorgeskrewe bedrag beboet is, vir diefstal, bedrog, meened of 'n misdad wat bedrog,

²⁴ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 126(4)(a).

²⁵ 71/2008: art 138(1)(a). Die artikel vereis immers "'n lid van goeie naam" van een van die professies.

²⁶ Praktijkshandleiding LEAD Professionele gedrag 2009:10. "Die prokureursprofessie is 'n eerbare professie en vereis as sulks volkome eerlikheid, betroubaarheid en integriteit van sy lede."

²⁷ Henochsberg *Commentary on the Companies Act 71 of 2008*: 484.

²⁸ 71/2008: art 138(1)(d).

²⁹ 71/2008: art 69(8)(b)(iii).

wanvoorstelling of oneerlikheid behels.³⁰ Laasgenoemde is as die sogenaamde “oneerlikheidsmisdade” bekend. Indien die praktisyn aan hierdie vereistes voldoen, behoort dit dus as bewys te dien dat hy ten minste nie voorheen op grond van oneerlikheid uit ’n amp verwyder is nie.

Dit sal myns insiens nie altyd vir die praktisyn maklik wees om die Kommissie van sy eerlikheid te oortuig nie, aangesien eerlikheid en integriteit subjektief van aard is.³¹ Die vraag wat dus gevra behoort te word, is of die persoon glo dat sy besluite en optrede op die ware toedrag van sake gebaseer is. Dit impliseer noodwendig dat daar gevalle kan wees waar die reddingspraktisyn oneerlik is, maar omdat hy subjektief geglo het dat hy eerlik optree, hy nogtans sy verpligting tot goeie trou nagekom het. Daarom speel die sakeoordeeltoets ook ’n belangrike rol. Dié toets word in artikel 76(4) vervat en bepaal, in die konteks van die praktisyn, dat hy redelik noulettende stappe moet doen om oor ’n saak ingelig te wees indien hy sy verpligting tot sorg wil nakom.³² Op hierdie punt is die verpligting tot goeie trou en die plig tot sorg dus ineengevleg.³³ ’n Praktisyn wat oneerlik was op grond van valse inligting het met ander woorde steeds sy plig tot goeie trou nagekom, maar sal moet bewys dat hy wel met die nodige sorg opgetree het. ’n Praktisyn wat eerlik is en met integriteit optree, sal ook nie deur ’n geaffekteerde persoon of ander belanghebbende omgekoop kan word nie.

Die praktisyn se eerlikheid strek egter verder as blote openhartigheid en eerlikheid teenoor die onderskeie rolspelers, en sluit ook in dat hy sy besluite op ’n eerlike grondslag moet neem.³⁴ Daarom sal dit ook goed wees vir die praktisyn om behoorlik boek te hou van al die take wat hy namens die maatskappy verrig of besluite wat hy namens die maatskappy neem. Sodoende verseker hy dat die reddingsproses eerlik en deursigtig is. Die praktisyn behoort baie versigtig in hierdie verband om te gaan. Ingevolge artikel 214 kan hy moontlik strafregtelik vervolg word indien hy in enige omstandighede met ’n bedrieglike doel en bewustelik vals of misleidende inligting verskaf wanneer die Wet van hom verwag om ’n ander persoon

³⁰ 71/2008: art 69(8)(b)(iv)(aa).

³¹ Cassim *et al* 2012: 524.

³² 71/2008: art 76(4).

³³ Die verpligting tot sorg en vaardigheid word volledig in hfst 4 hanteer.

³⁴ Hierdie punt word onder 5.1 verder oorweeg.

van inligting of kennis te voorsien.³⁵ Hy mag ook nie deur enige doen of late so optree dat hy 'n skuldeiser, werknemer of aandeelhouer bedrieg nie.³⁶

Die SARIPA-gedragkode vereis van sy lede die hoogste graad van integriteit, en bepaal dat 'n praktisyn altyd eerlik en pligsgetrou in die uitoefening van sy verpligtinge moet wees.³⁷ Die gedragkodes van IRBA sowel as SAICA bepaal dat integriteit een van ses fundamentele beginsels is en dat dit 'n verpligting op die ouditeur of rekenmeester plaas om openhartig en eerlik in alle professionele en besigheidsverhoudings te wees.³⁸

In die uitoefening van sy verpligtinge moet die praktisyn dus onkreukbare eerlikheid aan die dag lê. Hy moet toesien dat sy verslae die waarheid weerspieël en dat die kennisgewings aan die geaffekteerde persone nie moontlike vals inligting bevat nie. Gedurende onderhandelinge met die onderskeie partye behoort die praktisyn hom daarvan te weerhou om die waarheid te verdraai of op enige wyse bedrieglik op te tree, selfs al sal dit volgens hom in die maatskappy se belang wees.

3.1.2 ONAFHANKLIKHEID EN ONPARTYDIGHEID

"In addition, the practitioner was expected to act objectively and impartially in the conduct of the business rescue proceedings."³⁹

Die praktisyn moet onafhanklik wees en geen partydigheid in die uitoefening van sy verpligtinge toon nie. Alvorens die praktiese implikasies van hierdie vereiste egter bespreek word, is dit raadsaam om die bepaling hieroor in die Wet na te gaan.

Artikel 130(b)(i) bepaal dat 'n geaffekteerde persoon (voor die aanvaarding van die ondernemingsreddingsplan) by die hof kan aansoek doen om 'n bevel wat die aanstelling van die praktisyn ter syde stel op grond daarvan dat die praktisyn nie aan

³⁵ 71/2008: art 214(1)(b); Henochsberg 2014:305.

³⁶ 71/2008: art 214(1)(c); Henochsberg 2014:305.

³⁷ SARIPA 2014: par 2,3. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. "Practitioners must be honest, truthful and conscientious in the performance of their Services ...".

³⁸ IRBA 2009:25 par 110.01; SAICA 2014:25 par 110.01. "Integrity implies fair dealing and truthfulness."

³⁹ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015):38.

die vereistes van artikel 138 voldoen nie.⁴⁰ Ingevolge artikel 138(1)(e) en (f) kan 'n persoon slegs as die praktisyn van 'n maatskappy aangestel word indien hy nie enige ander verwantskap met die maatskappy het wat 'n redelike en ingeligte derde party kan laat glo dat dit die praktisyn se integriteit, onpartydigheid of objektiwiteit onder verdenking bring nie.⁴¹ Die praktisyn moet ook nie verwant wees aan 'n persoon met sodanige verwantskap nie.⁴² Die volgende belangrike bepaling is in artikel 130(b)(ii) van die Wet, wat bepaal dat 'n geaffekteerde persoon (voor die aanvaarding van die ondernemingsreddingsplan) aansoek kan doen om 'n bevel wat die aanstelling van die praktisyn ter syde stel op grond daarvan dat die praktisyn nie onafhanklik van die maatskappy of sy bestuur is nie.⁴³ Artikel 139(2)(e) bepaal voorts dat die hof op versoek van 'n geaffekteerde persoon of uit eie beweging 'n praktisyn op grond van 'n gebrek aan onafhanklikheid van sy amp kan onthef.⁴⁴ Die bedoeling van die wetgewer was dus duidelik om te verseker dat die persoon wat as praktisyn aangestel word, onafhanklik en onpartydig is.

Die gedragskode van IRBA verskaf die volgende omskrywing van onafhanklikheid:

“Independence is: (a) Independence of mind – the state of mind that permits the expression of a conclusion without being affected by influences that compromise professional judgment, thereby allowing an individual to act with integrity, and exercise objectivity and professional scepticism; (b) Independence in appearance – the avoidance of facts and circumstances that are so significant that a reasonable and informed third party would be likely to conclude, weighing all the specific facts and circumstances, that a firm’s, or a member of the audit or assurance team’s, integrity, objectivity or professional scepticism has been compromised.”⁴⁵

Uit bostaande omskrywing blyk dat die troupligtige nie net vry van verbintenisse en verwantskappe moet wees nie, maar dat sy gedagtes ook onafhanklik moet wees in die sin dat dit nie vatbaar vir beïnvloeding deur ander moet wees nie. Die praktisyn se onafhanklikheid sal in twyfel getrek word indien hy bande met ander rolspelers of belanghebbendes het wat 'n redelike en ingeligte derde party kan laat aflei dat die praktisyn nie onpartydig en objektief kan optree nie. Dit is ook belangrik om daarop

⁴⁰ 71/2008: art 130(b)(i).

⁴¹ 71/2008: art 138(1)(e)

⁴² 71/2008: art 138(1)(f). Sien ook Henochsberg 2014:484. “... it is clear that the purpose of the provision is to ensure that the business rescue practitioner has not had any prior dealings with the company in which he is appointed that would place his independence and impartiality in doubt.”

⁴³ 71/2008: art 130(b)(ii).

⁴⁴ 71/2008: art 139(2)(e).

⁴⁵ IRBA 2009: 14; Rossouw *et al.* 2006:197.

te let dat die praktisyn nie net onafhanklik van die maatskappy en sy bestuur moet wees nie, maar ook van ander belanghebbendes wat 'n rol in die reddingsverrigtinge speel, soos enige persoon wat as 'n geaffekteerde persoon geklassifiseer kan word.⁴⁶

Sodanige bande tussen die praktisyn en die rolspelers kan as gevolg van of deur verskillende verhoudings ontstaan, wat professioneel of persoonlik kan wees. Professionele verhoudings wat die praktisyn se onafhanklikheid kan beïnvloed, is byvoorbeeld waar die praktisyn voorheen in 'n professionele hoedanigheid by die maatskappy of 'n geaffekteerde persoon betrokke was. Voorbeelde hiervan sal wees waar die praktisyn as regsverteenwoordiger,⁴⁷ rekenmeester, ouditeur of direkteur van die maatskappy of 'n geaffekteerde persoon opgetree het of moontlik steeds optree. Die praktisyn kan ook 'n huidige of vorige persoonlike verbintenis met die bestuur van die maatskappy of 'n geaffekteerde persoon hê. Voorbeelde hiervan is natuurlik waar die praktisyn familie- of vriendskapsbande met 'n lid van die bestuur van die maatskappy of 'n geaffekteerde persoon het. Vir dié doel moet die omskrywing van verwantskap en onderlinge verwantskap in artikel 2 van die Wet oorweeg word. Ingevolge artikel 2(1) is 'n individu aan 'n ander individu verwant indien hulle (i) getroud is of saamwoon in 'n verhouding soortgelyk aan 'n huwelik, of (ii) geskei word deur hoogstens twee grade van natuurlike of aangename bloedverwantskap of aanverwantskap.⁴⁸ Volgens subartikel (2) is 'n individu verwant aan 'n regspersoon as die individu die regspersoon regstreeks of onregstreeks beheer.⁴⁹

⁴⁶ SARIPA 2014: par 3. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. "... must avoid all relationships and direct or indirect interests which will adversely influence, impair, or threaten their integrity or in any manner create the impression of doing so."

⁴⁷ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

⁴⁸ 71/2008: art 2(1)(a).

⁴⁹ 71/2008: art 2(1)(b) en art 2(2). Vir die toepassing van subartikel (1), beheer 'n persoon 'n regspersoon of sy besigheid indien (a) in die geval van 'n regspersoon wat 'n maatskappy is - (i) daardie regspersoon 'n filiaal van daardie eerste persoon is, soos ooreenkomstig artikel 3(1)(a) bepaal; of (ii) daardie eerste persoon saam met 'n verwante of onderling verwante persoon, (aa) regstreeks of onregstreeks 'n meerderheid van die stemregte wat aan sekuriteite van daardie maatskappy verbonde is, hetsy na aanleiding van 'n aandeelhoudersooreenkoms of andersins, kan uitoefen of die uitoefening daarvan kan beheer; of (bb) die reg het om direkteure van daardie maatskappy wat 'n meerderheid van die stemme by 'n vergadering van die direksie beheer, aan te stel of te verkies, of die aanstelling of verkiesing te beheer.

Een van die grootste moontlike struikelblokke vir die onafhanklikheid van die praktisyn is die aanstellingsprosedure. Die direksie van die maatskappy stel die praktisyn aan indien die maatskappy by wyse van 'n maatskappybesluit ondernemingsredding inisieer.⁵⁰ Die belangrike hier is dat daar 'n moontlikheid bestaan dat die gekose praktisyn nie werklik onafhanklik van die maatskappy of sy direksie is nie. Aangesien die direksie die persoon voorstel wat as praktisyn moet optree, kan hulle iemand aanbeveel wat aan hulle bekend is, wat 'n probleem ten aansien van onpartydigheid en objektiwiteit kan laat ontstaan. Waar 'n geaffekteerde persoon die reddingsverrigtinge aanhangig maak, sal die applikant wat so 'n aansoek indien 'n praktisyn vir aanstelling nomineer.⁵¹ Alhoewel dit in hierdie geval waarskynlik in 'n mindere mate sal plaasvind, bestaan daar ook hier 'n moontlikheid dat die praktisyn nie onpartydig sal wees nie.

Voormelde twee aanstellingsprosedures kan ook by die direksie of die geaffekteerde persoon 'n verwagting skep dat die praktisyn hulle belange sal vooropstel, aangesien hulle sy aanstelling teweeggebring het. Daar kan selfs 'n situasie ontstaan waar hierdie persone glo dat hulle, synde die "opdraggewers", die praktisyn onbehoorlik kan beïnvloed. Dít hou verband met 'n maatskappydirekteur se gemeenregtelike verpligting om sy diskresie onbelemmerd te handhaaf,⁵² wat onder andere behels dat 'n troupligtige hom nie tot 'n onderneming mag verbind om in die toekoms op 'n sekere wyse op te tree nie.⁵³ Indien 'n troupligtige wel so 'n onderneming maak, maar later besef dat dit nie in die troubegunstigde se belang sal wees nie, moet hy eerder kies om in die begunstigde se belang op te tree.⁵⁴ Hierdie beginsel behoort dus ook op die praktisyn van toepassing te wees.⁵⁵ Indien die praktisyn byvoorbeeld teenoor 'n vakbond, as geaffekteerde persoon, onderneem dat die reddingsplan

⁵⁰ 71/2008: art 129.

⁵¹ 71/2008: art 131.

⁵² Naudé 1970:111; Cilliers *et al.* 2001:145; Cassim *et al.* 2012:529.

⁵³ Naudé 1970:111. "Verder kan 'n direkteur se diskresievryheid ook nie kontraktueel lamgelê of belemmer word nie. 'n Kontrak waarin direkteure hulle persoonlik teenoor 'n derde party verbind om 'n algemene vergadering van lede te belê, is derhalwe onafdwingbaar, en dieselfde geld vir 'n ooreenkoms waarkragtens 'n direkteur hom verbind om op 'n direksievergadering op 'n bepaalde wyse te stem." Sien ook Cassim *et al.* 2012:529.

⁵⁴ Sien *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 (4) SA 156 (W): 163.

⁵⁵ SARIPA 2014: par 11. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. "Practitioners may not enter into an agreement with any debtor or creditor whereby Practitioners undertake that they will, in the performance of their Services, grant or endeavour to grant to, or obtain or endeavour to obtain for any debtor or creditor any benefit or advantage not provided by law."

geen afleggings sal insluit nie, maar dit blyk later dat dit in die skuldeisers en aandeelhouers se belang sal wees om die werkerskorps te verminder, mag hy nie sy onderneming nakom nie.

'n Goeie voorbeeld van die probleem met die aanstelling van praktisyns kan gevind word in *Copper Sunset Trading 220 (Pty) Ltd v Spar Group Ltd*, waarin die respondente 'n punt *in limine* geopper het dat die praktisyn voor die aanvang van die reddingsverrigtinge namens die applikant in litigasie opgetree het en derhalwe ingevolge artikel 138(1) nie gemagtig is om as praktisyn op te tree nie omdat hy nie onafhanklik van die maatskappy is nie.⁵⁶ Regter Makgoba het egter in haar uitspraak te kenne gegee dat alhoewel die praktisyn voorheen as regspraktisyn vir die maatskappy opgetree het, die respondente geen feitelike basis kon aanvoer ter staving van hul bewerings dat die praktisyn se integriteit, onpartydigheid en objektiwiteit in twyfel getrek kan word nie, en het derhalwe nie die punt aanvaar nie.⁵⁷ Hierdie beslissing ondermyn na my mening die bedoeling van die Wet. Die hof se benadering in hierdie geval laat buite rekening dat artikel 138 sy eie maatstaf vir die diskwalifisering van die praktisyn bevat. Ingevolge dié artikel is dit nie nodig om, soos die hof beweer het, enige feitelike basis vir die beweerde gebrek aan onafhanklikheid en objektiwiteit voor te hou nie. Artikel 138 bepaal dat indien 'n redelike en ingeligte derde persoon, in dié geval die respondente, weens die bestaan van 'n spesifieke verbintenis die afleiding maak dat die praktisyn nie onpartydig en onafhanklik is nie, die praktisyn nie as sodanig kan optree nie. Die toets wat die hof moes toepas, moes dus subjektief en nie objektief van aard gewees het nie. Die hof het strenger vereistes vir die bewys van 'n gebrek aan onafhanklikheid gestel, terwyl dit die wetgewer se bedoeling was dat die bewyslas nie so swaar hoef te wees nie.

Die hof het in die *Copper Sunset Trading*-saak die geleentheid gehad om regsekerheid oor die aanstelling van persone met 'n verbintenis met die maatskappy te gee, maar het dié geleentheid verspeel. Aangesien die hof dus 'n lakse benadering tot die praktisyn se gebrek aan onafhanklikheid gevolg het, laat dit nou gapings vir hofaansoeke deur geaffekteerde persone, wat tot 'n onnodige verspilling van die tyd en geld van die maatskappy in nood sal lei. 'n Meer korrekte benadering

⁵⁶ *Copper Sunset Trading 220 (Pty) Ltd v Spar Group Ltd* ongerapporteerde (saaknr 365/2014 9 Mei 2014); 71/2008: art 138(1)(d)-(e).

⁵⁷ *Copper Sunset Trading 220 (Pty) Ltd v Spar Group Ltd*: 13 par 24.

tot die kwessie rakende onafhanklikheid is gevolg in die *Kariba*-uitspraak, waar die hof die onafhanklikheid van die praktisyn in twyfel getrek het op grond daarvan dat hy as regsverteenwoordiger vir Kariba opgetree het.⁵⁸

Die King-verslag waarsku die direksie van 'n maatskappy om nie iemand aan te stel met wie hulle te bekend is nie, aangesien dit juis tot 'n situasie soos hierbo kan lei:

*"It is recommended that directors resist the temptation of appointing a business rescue practitioner that is seen to be 'friendly' to their cause, as this will inevitably lead to the challenge of that person's appointment in terms of section 130(1)(b) or (c), or the credibility of the business rescue plan being adopted in terms of section 152 to be adversely affected as a consequence".*⁵⁹

Volgens die King-verslag is dit ook in al die rolspelers se belang dat die praktisyn onafhanklik, bekwaam en objektief is; iemand met integriteit en wat alle betrokkenes se belange op die hart dra.⁶⁰

Die gevaar van 'n gebrek aan onafhanklikheid is dat die praktisyn moontlik oorreed kan word om weens 'n spesifieke verbintenis met 'n rolspeler sekere besluite te neem wat nie op 'n redelike en billike opweging van belange gegrond is nie. Die gevaar is dus dat die praktisyn moontlik partydig en sonder die nodige objektiwiteit sal optree.⁶¹ Die verpligting tot onpartydigheid behels volgens die gedragskodes van IRBA en SAICA dat 'n persoon se professionele of sakeoordeel nie deur vooroordeel, botsende belange of onbehoorlike beïnvloeding in gedrang gebring moet word nie.⁶² Die SARIPA-kode benadruk ook die gevaar van onbehoorlike beïnvloeding:

"Practitioners must render and perform their Services free from any improper influence or pressure and in an impartial and independent manner in the best interests of the general bodies of creditors of Estates and affected persons as defined in the

⁵⁸ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015):38. "He sought to act in his capacity as an attorney to represent not only himself in his capacity as business rescue practitioner but as Kariba's representative on whose behalf he prepared and signed the heads of argument filed in this court."

⁵⁹ King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding 2009:9.

⁶⁰ King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding 2009:10. "Clearly it would be in the directors' interest if they were to appoint a person who will be seen by all the affected persons as an independent, skilled and objective practitioner with integrity that will have all stakeholders' interests at heart."

⁶¹ Henochsberg 2014:289(6). "A director may not be a mere puppet." Sien ook Cassim *et al.* 2012:528.

⁶² IRBA 2009:26 par 120.1; SAICA 2014:16 par 120.1.

*Companies Act and in compliance with the general powers and duties of BRP's provided for in Section 140 of the Companies Act.*⁶³

Indien 'n praktisyn die erns van sy amp en die gepaardgaande vertrouensverpligtinge verstaan, sal hy nie 'n aanstelling aanvaar waar daar 'n verwantskap met 'n rolspeler bestaan nie. Die gedragskodes van IRBA én SAICA sowel as die SARIPA-kode bevestig hierdie siening en bepaal dat 'n persoon nie 'n professionele diens behoort te lewer indien daar omstandighede heers of verwantskappe bestaan wat die persoon se oordeel met betrekking tot daardie diens onbehoorlik sal beïnvloed of tot 'n gebrek aan objektiwiteit by daardie persoon sal lei nie.⁶⁴ Ingevolge die praktykhandleiding vir die opleiding van regspraktisyns behoort 'n regspraktisyn hom eers van enige moontlike belangebotsings te vergewis alvorens hy 'n kliënt se mandaat aanvaar, en indien daar enige gevaar van 'n botsing van belange is, moet hy nie die mandaat aanvaar nie.⁶⁵ Dieselfde kan dus van die praktisyn by die aanvaarding van sy amp verwag word.

'n Verdere oorweging is dat daar met die inwerkingtreding van die Wet in die praktyk, veral by maatskappybesluite vir ondernemingsreddingsverrigtinge, 'n voorafkonsultasieperiode tussen die voornemende praktisyn en die bestuur van die maatskappy plaasgevind het. Na aanleiding van 'n praktyknota wat die Kommissie in 2014 uitgevaardig het, sal so 'n konsultasie nou in elke geval van redding moet plaasvind,⁶⁶ omdat die maatskappy nou die voorlopige aanvaarding van die praktisyn se aanstelling as stawende dokument saam met die maatskappy se besluit moet indien.⁶⁷ Gedurende hierdie konsultasieperiode sal die voornemende praktisyn reeds 'n informele ondersoek na die finansiële posisie van die maatskappy onderneem en

⁶³ SARIPA 2014: par 4. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014.

⁶⁴ IRBA 2009:26 par 120.2. "A registered auditor shall not perform a professional service if a circumstance or relationship biases or unduly influences the registered auditor's professional judgment with respect to that service." SAICA 2014:16 par 120.2. Sien ook SARIPA 2014: par 8.2. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. "Practitioners may not accept any Appointment if they will be unable to render and perform their Services in respect of any such Estate impartially or independently by reason of relationships or direct or indirect interests or for whatever other reasons."

⁶⁵ LEAD 2009:29.

⁶⁶ CIPC Praktyksnota 3 van 2014.

⁶⁷ CIPC Praktyksnota 3 van 2014. "The following forms and supporting documents are required by the companies and Intellectual Property Commission (CIPC) regarding business rescue proceedings: Letter from the nominated BRP declaring his/her i) capacity to accept the new nomination, ii) independence from the business, and iii) not disqualified as prescribed in the Act."

sal ander, fyner besonderhede van die onderskeie rolspelers met 'n belang by die maatskappy onder sy aandag kom. Die vraag wat hier ontstaan, is dus of die praktisyn steeds na afloop van hierdie konsultasieperiode as onafhanklik beskou kan word. Myns insiens is dít nie op sigself 'n bewys dat die praktisyn 'n gebrek aan onafhanklikheid het of partydig sal optree nie. Dit is egter moontlik dat geaffekteerde persone wat van die voorafkonsultasie bewus is, ingevolge artikel 130 of 139 'n saak daarvoor sou kon uitmaak dat die hof die praktisyn op grond van 'n gebrek aan onafhanklikheid moet verwyder.⁶⁸ Indien hierdie konsultasieperiode egter ook in 'n gees van openhartigheid geskied en die geaffekteerde persone die belang daarvan verstaan, sal dit die moontlikheid van aansoeke ingevolge artikel 130 en 139 verminder.

Veranderende omstandighede kan ook van belang wees in hierdie verband. Dit is beslis moontlik dat 'n eens onafhanklike praktisyn weens dinamiese omstandighede nie meer as onafhanklik beskou word nie. In so 'n geval sou dit die beste wees indien die praktisyn homself uit sy amp verwyder en nie meer as praktisyn optree nie. Alhoewel die Wet in artikel 139(3) na die bedanking van die praktisyn verwys, maak dit ongelukkig geensins voorsiening vir die praktisyn om self uit sy amp te tree nie, en moet 'n geaffekteerde persoon die aansoek indien of moet die hof uit eie beweging so bevind.⁶⁹ In hierdie verband word daar aanbeveel dat die Wet gewysig word om 'n proses daar te stel wat die praktisyn kan volg indien hy uit sy amp moet tree.⁷⁰

Ook artikel 140(4) bevestig die belang van onafhanklikheid en onpartydigheid.⁷¹ Ingevolge hierdie artikel sal die praktisyn nie by die beëindiging van die reddingsverrigtinge as die likwidateur van die maatskappy aangestel kan word indien dit onder likwidasie geplaas word nie. Dié bepaling voorkom dus dat 'n praktisyn sy diskresie onbelemmerd gedurende reddingsverrigtinge uitoefen omdat hy graag as

⁶⁸ 71/2008: art 130(b)(i)-(ii),139(2)(e).

⁶⁹ Bradstreet 2012:23. "This is in accordance with the idea that, once a BRP is appointed to a particular company, resignation is not an option. The Companies Act provides for the removal of a BRP during the course of a business rescue, but only alludes to the possibility of resignation in s 139(3), without providing any procedure or criteria for removal."

⁷⁰ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:88. "No clear guidelines exist for BRPs to resign from a rescue after appointment. There is a need for such guidelines to address this process."

⁷¹ 71/2008: art 140(4).

likwidateur aangestel wil word en sodoende 'n dubbele besoldiging wil bewerkstellig.⁷²

Die probleme ten aansien van onafhanklikheid kan dalk deur 'n openbaarmaking van enige moontlike verbintenis van die praktisyn opgelos word. Tog waarborg die openbaarmaking van 'n verwantskap tussen die praktisyn en 'n rolspeler geensins onpartydige of objektiewe optrede deur die praktisyn nie. Daar rus dus 'n plig op die praktisyn om onafhanklik van die maatskappy, die bestuur van die maatskappy en ander geaffekteerde persone op te tree. In die uitoefening van sy verpligtinge moet hy besluite objektief oorweeg en dit op billikheid, redelikheid en rasionaliteit baseer.⁷³

3.1.3 VERTROUOLIKHEID EN VERTROULIKE INLIGTING

Gedurende die reddingsverrigtinge sal die praktisyn gewoonlik in besit van inligting oor die maatskappy, die sake van die maatskappy en selfs oor die bestuur en werknemers van die maatskappy kom. Indien die praktisyn in goeie trou optree, sal hy inligting met betrekking tot die maatskappy aan die maatskappy bekend maak en enige inligting wat hy oor die maatskappy en ander rolspelers bekom, vertroulik hanteer.

Vertroulike inligting kan as eiendom beskou word.⁷⁴

“Like other intellectual property, information must be treated as property because it exhibits so many of the characteristics of property. Money is spent to acquire it, and both the possessors and those who want it consider it very valuable. Like other assets, information is bought, sold, and protected in many of the same ways.”⁷⁵

Aangesien inligting so waardevol is vir 'n maatskappy, word die direkteure, as troupligtiges van die maatskappy, as die bewaarders van die inligting beskou en

⁷² Hierdie bepaling word later in meer besonderhede bespreek.

⁷³ SARIPA 2014: par 7.2. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. “... have a duty to be fair and act without bias in assessing the competing interests of stakeholders.”

⁷⁴ Cassim *et al.* 2012:554; Shepherd 1981:319,326.

⁷⁵ Shepherd 1981:326-327. Sien ook Cassim *et al.* 2012:554. “... because corporate information is nowadays regarded as one of the company’s most valuable commodities.” Havenga 1998:390.

word hulle verbied om die inligting vir hulle eie voordeel te gebruik.⁷⁶ Dieselfde stelling kan ten aansien van die praktisyn gemaak word.

Die Wet bevestig hierdie siening deur die bepalings oor die beskerming van inligting en geleentheid van toepassing op direkteure ook op die praktisyn van toepassing te maak.⁷⁷ Ingevolge artikel 76(2)(a) moet 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy nie die posisie van *ondernemingsreddingspraktisyn* of enige inligting wat hy in die hoedanigheid van *ondernemingsreddingspraktisyn* verkry, gebruik om 'n voordeel vir homself of iemand anders as die maatskappy of 'n volfiliaal van die maatskappy te bewerkstellig nie.⁷⁸ Hy mag ook nie enige inligting gebruik om die maatskappy of 'n filiaal van die maatskappy wetend skade te berokken nie.⁷⁹ Volgens Havenga kan inligting slegs as vertroulike inligting van die maatskappy beskou word indien dit van 'n vertroulike aard is en ekonomiese waarde het.⁸⁰ Voorbeelde hiervan sluit in kliëntelyste, handelsgeheime, besigheidsgesprekke, interne finansiële state, inligting aangaande onvoltooide transaksies tussen die maatskappy en kliënte, sowel as tenderpryse.⁸¹ Alhoewel dit nie 'n vereiste vir die aanspreeklikheid van die praktisyn is dat die maatskappy of 'n belanghebbende as gevolg van sy optrede skade moes ly nie, is dit steeds moontlik dat die voordeel wat die praktisyn ontvang, ten koste van die maatskappy en belanghebbendes kan geskied. Ingeval daar wel skade intree, is dit belangrik om in gedagte te hou dat dit katastrofies kan wees vir 'n maatskappy in finansiële nood. Dit maak die verpligting wat in hierdie verband op die praktisyn rus, selfs swaarder.

Artikel 76(2)(a)(i) verwys na sogenaamde transaksies met binnekennis, wat insluit die gebruik van inligting om met die maatskappy mee te ding.⁸² Hiermee wil die

⁷⁶ Cassim *et al.* 2012: 554; Havenga 1989:122.

⁷⁷ 71/2008: art 140(3)(b),76.

⁷⁸ 71/2008: art 76(2)(a)(i). Sien ook Henochsberg 2014:290(7). "A corporate opportunity, in this context, includes information which comes to a director's knowledge: he may not turn it to his personal advantage if in the circumstances it ought to be conveyed to the company."

⁷⁹ 71/2008: art 76(2)(a)(ii).

⁸⁰ Havenga 1998:390.

⁸¹ Havenga 1998:390; Cilliers *et al.* 2001:143; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Gwhano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 173 T: 195-196; *Knox D'Archy Ltd v Jamieson* 1992 (3) SA 520 (W): 527-528; *Sage Holdings Ltd v Financial Mail (Pty) Ltd* 1991 (2) SA 117 (W): 132 I-H; *Meter System Holding Ltd v Venter* 1993 (1) SA 409 (W): 430 D; *Sibex Constuction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC* 1988(2) SA 54 (T): 67-68.

⁸² 71/2008: art 76(2)(a)(i). Vir 'n volledige omskrywing van die term "binnekennistransaksie", sien art 73-75 van die *Securities Services Act* 36/2004; Cassim *et al.* 2012:928,939. Persone met binnekennis staan in 'n posisie van vertroue en behoort daarom nie toegelaat te word om daardie posisie te misbruik deur

wetgewer waarskynlik verhoed dat die praktisyn vertroulike inligting wat hy in die uitoefening van sy pligte opdoen, gebruik om met die maatskappy mee te ding, of dit aan enige ander persone meedeel om hulle in staat te stel om met die maatskappy mee te ding.⁸³ Hierdie artikel verwys voorts na die praktisyn se verpligting om geleenthede namens die maatskappy na te jaag en vir die maatskappy te laat realiseer. Indien die praktisyn so 'n geleentheid, wat hy self identifiseer, tot sy persoonlike voordeel aanwend, sal dit geag word asof hy die voordeel vir die maatskappy bekom het.⁸⁴ Die bepaling hou dus ook daarmee verband dat die praktisyn nie die inligting mag gebruik om 'n geleentheid vir homself aan te gryp en sodoende persoonlik daaruit voordeel te trek nie.⁸⁵ Prakties beskou, hou hierdie verbod in dat die praktisyn byvoorbeeld nie enige prys sensitiewe inligting mag gebruik of aan iemand mag gee om besigheid van die maatskappy in nood af weg te lok nie.⁸⁶ Die praktisyn moet ook daarteen waak om hom aan die afkeurenswaardige verskynsel van binnekennistransaksies skuldig te maak. Dit verwys na gevalle waar die praktisyn vanweë sy posisie binne die maatskappy van sekere inligting oor die maatskappy se sake bewus kan word wat die aandeelpryse kan beïnvloed, en dat hy gevolglik daardie inligting aan iemand anders kan openbaar.⁸⁷

Artikel 76(2)(a)(ii) bepaal voorts dat die praktisyn nie enige inligting mag gebruik om die maatskappy wetend skade te berokken nie. Volgens artikel 1 van die Wet beteken “wetend” dat die persoon óf werklike kennis van die betrokke aangeleentheid gehad het, of in 'n posisie was om redelikerwys werklike kennis te kon hê; dat hy die aangeleentheid dermate moes ondersoek dat dit hom van werklike kennis kon voorsien het, of ander maatreëls kon getref het wat die persoon

die kennis vir hul eie voordeel aan te wend nie. Die *Securities Services Act* verbied drie tipes handelinge: “... dealing, encouraging or discouraging dealing, and improper disclosure or ‘tipping’”.

⁸³ Dit word bevestig in SARIPA 2014: par 13.11. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. “Practitioners shall not, in the performance of any aspect of their Services without just cause, publish or divulge to any person any confidential information or details concerning the business, affairs, trade secrets, patents, technical methods or processes of any Estate in respect of which they hold Appointment.”

⁸⁴ Henochsberg 2014:290(5).

⁸⁵ Henochsberg 2014:290(7). “A corporate opportunity, in this context, includes information which comes to a director’s knowledge: he may not turn it to his personal advantage if in the circumstances it ought to be conveyed to the company.”

⁸⁶ Cassim *et al.* 2012:552. Sien ook Rossouw *et al.* 2006:196. “Practitioners acquiring information in the course of performing professional services shall neither use nor appear to use that information for personal advantage or for the advantage of a third party.”

⁸⁷ De Wet en Van Wyk 1978:658-659; Securities Services Act 36/2004.

na redelike verwagting van werklike kennis van die aangeleentheid kon voorsien.⁸⁸ Skade kan geïnterpreteer word as enige verlies wat die maatskappy gely het of enige voordeelgeleentheid wat die maatskappy ontnem is.⁸⁹ Die las wat die omskrywing van die woord “wetend” vir die praktisyn meebring, is swaar en omvangryk. Die toets om te bepaal of die praktisyn wetend deur die gebruik van inligting die maatskappy skade berokken het, is dus objektief en nie subjektief van aard nie.⁹⁰ Die praktisyn sal steeds skuldig wees aan die nie-nakoming van sy verpligting tot goeie trou, ongeag of hy bedoel het om die maatskappy leed aan te doen of nie.⁹¹

Op hierdie punt is dit belangrik om daarop te let dat ’n persoon nie as praktisyn aangestel kan word indien hy aan ’n proefbevel ingevolge artikel 162 onderworpe is nie.⁹² Een van die gronde waarop so ’n bevel teen hom toegestaan sal word, is indien hy in die hoedanigheid as direkteur persoonlik voordeel getrek het uit inligting of geleenthede soos wat artikel 76(2)(a) beskryf.⁹³ Dit dien as verdere voorbeeld dat die wetgewer hierdie tipe gedrag ook by die praktisyn wil verhoed.

Artikel 76(2)(b)(i) bepaal dat ’n *ondernemingsreddingspraktisyn* van ’n maatskappy by die vroegste doenlike geleentheid enige inligting wat onder sy aandag kom, aan die direksie moet kommunikeer, tensy die *ondernemingsreddingspraktisyn* redelikerwys glo dat die inligting nie vir die maatskappy ter sake is nie,⁹⁴ of indien dit in die algemeen tot die publiek se beskikking is of aan die ander direkteure bekend is.⁹⁵ Die verpligting hier behels die openbaarmaking van sensitiewe inligting wat vir die maatskappy relevant is. Die grootste probleem met betrekking tot hierdie bepaling is dat die praktisyn nie die inligting aan die direksie van die maatskappy kan kommunikeer nie, aangesien hulle nie meer in beheer van die maatskappy staan nie en dus nie in reaksie op die inligting kan optree nie. Die vraag wat derhalwe

⁸⁸ 71/2008: art 1.

⁸⁹ Cassim *et al.* 2012:551.

⁹⁰ Cassim *et al.* 2012:552.

⁹¹ Cilliers *et al.* 2001:142. “Hoewel sulke addisionele voordele dikwels as geheime winste beskryf word, geld die reël eweneens selfs al was die voordeel openlik, te goeie trou en geensins ten koste van die maatskappy, bekom.”

⁹² 71/2008: art 162.

⁹³ 71/2008: art 162(5)(c)(ii).

⁹⁴ 71/2008: art 76(2)(a)(i)(aa).

⁹⁵ 71/2008: art 76(2)(b)(i)(bb).

ontstaan, is of die praktisyn steeds die inligting aan iemand moet kommunikeer, en indien wel, aan wie.

Daar sou aangevoer kon word dat die praktisyn nie die inligting aan enigiemand hoef te kommunikeer nie, omdat hy in beheer van die bestuur van die maatskappy staan. Indien die praktisyn in beheer van die maatskappy staan, dra die enigste persoon wat op die inligting kan reageer dus reeds kennis daarvan. So 'n benadering laat egter buite rekening dat die inligting ook die geaffekteerde persone kan beïnvloed. Dit impliseer dat 'n skuldeiser op grond van dié nuwe inligting moontlik 'n ander stem kan uitbring wanneer die ondernemingsreddingsplan oorweeg word. Die praktisyn is daarom steeds verplig om die geaffekteerde persone van enige relevante inligting in te lig. Aangesien hierdie inligting vertroulik is, behoort die praktisyn toe te sien dat hy dit ook op 'n vertroulike wyse oordra.

Die praktisyn hoef die geaffekteerde persone slegs van die inligting te voorsien wat hy redelikerwys glo vir die maatskappy ter sake is, tensy die *ondernemingsreddingspraktisyn* weens 'n regs- of etiese verpligting tot vertroulikheid nie daardie inligting mag openbaar nie.⁹⁶ Indien die tersaaklikheid van die inligting eerstens oorweeg word, noem Henochsberg dat dit daarvan sal afhang of die betrokke praktisyn redelikerwys glo dat die inligting tersaaklik is.⁹⁷ Sekere gesag vertolk dié tersaaklike inligting baie wyd.⁹⁸ Myns insiens impliseer dit dat die praktisyn eerder 'n moontlike nie-tersaaklike feit moet openbaar as wat hy dalk nalaat om iets te openbaar wat die hof as tersaaklik sal beskou.

Aangesien die praktisyn moontlik besigheidsbestuurskennis het en 'n goeie besigheidsman is, vorm hy ook dalk deel van die bestuur van 'n ander maatskappy en tree as 'n direkteur vir daardie maatskappy op. Indien hy dus in die uitoefening van sy direkteursverpligtinge teenoor daardie maatskappy inligting bekom wat die maatskappy in nood raak, mag hy nie die inligting aan die geaffekteerde persone meedeel nie. Die situasie wat hier ontstaan, is soortgelyk aan die kwessie van veelvuldige direkteurskappe:

⁹⁶ 71/2008: art 76(2)(b)(ii).

⁹⁷ Henochsberg 2014:295.

⁹⁸ Henochsberg 2014:295. Henochsberg maak melding van die ongerapporteerde saak van *Kukama v Lobelo* (saaknr 38587/2011) 12 Apr 2012.

“Another instance arises in the case of multiple directorships. Persons who are directors of two or more competing companies may not use information conveyed to them as directors of one company for the benefit of another company of which they are also a director.”⁹⁹

Indien so 'n situasie hom wel voordo, sal die vraag weereens wees of die praktisyn die aanstelling moes aanvaar het in die wete dat daar in die uitoefening van sy verpligtinge 'n botsing kan voorkom. Na my mening hou hierdie argument ook verband met die onafhanklikheid en onpartydigheid van die praktisyn. Wanneer die kwalifikasievereistes van die praktisyn oorweeg word, blyk dit duidelik dat besigheidslui hoofsaaklik as praktisyns aangestel sal word. Indien dit verder oorweeg word dat maatskappye in kleiner streke noodwendig op een of ander manier met mekaar besigheid doen of om dieselfde besigheid meeding, kan dit wel wees dat hierdie mate van gebrek aan onafhanklikheid oorgesien behoort te word. Indien nie, sal daar ver na 'n onafhanklike praktisyn gesoek moet word. Tog behou 'n geaffekteerde persoon altyd die reg om ingevolge artikel 139(2)(d) en (e) 'n aansoek in te dien om die praktisyn te laat verwyder.¹⁰⁰

Aangesien die praktisyn teenoor meer rolspelers in 'n vertrouensverhouding staan, is dit belangrik dat hy ook respek het vir die vertroue wat hierdie persone in hom plaas en nie enige vertroulike inligting aangaande hulle bekend maak nie.¹⁰¹ Ingevolge artikel 213 van die Wet is dit 'n misdryf om vertroulike inligting bekend te maak oor die aangeleenthede van enige persoon wat verkry is in die uitvoering van enige funksies ingevolge die Wet.¹⁰² In hierdie geval behoort die ekonomiese waarde van die inligting geen rol te speel nie. Die praktisyn behoort dus enige en alle inligting met betrekking tot die maatskappy, die sake van die maatskappy en die belanghebbendes van die maatskappy wat onder sy aandag kom, as hoogs vertroulik te hanteer en hom daarvan te weerhou om dit aan enigiemand mee te deel. Hierdie stelling behoort egter gekwalifiseer te word. Indien die praktisyn in die

⁹⁹ Cassim *et al.* 2012:552; De Wet en Van Wyk 1978:656 vt 877.

¹⁰⁰ 71/2008: art 139(2)(d) en (e).

¹⁰¹ Dit word bevestig in SARIPA 2014: par 13.11. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. “Practitioners shall not, in the performance of any aspect of their Services without just cause, publish or divulge to any person any confidential information or details concerning the business, affairs, trade secrets, patents, technical methods or processes of any Estate in respect of which they hold Appointment.”

¹⁰² 71/2008: art 213(1)(a).

uitvoering van sy verpligtinge, byvoorbeeld in sy ondersoek na die sake van die maatskappy, op enige inligting afkom wat op onwettige handeling dui, rus daar 'n verpligting op hom om dit by die relevante gesag aan te meld.¹⁰³ Hy is ook verplig om enige relevante inligting wat met betrekking tot die maatskappy onder sy aandag kom, aan die geaffekteerde persone van die maatskappy in nood mee te deel.

Die gedragskodes van IRBA en SAICA sowel as die praktykhandleiding vir die opleiding van regspraktisyns benadruk die belang daarvan om versigtig met vertroulike inligting om te gaan.¹⁰⁴ Dit noem ook dat die verpligting om die inligting vertroulik te hanteer, voortduur selfs nadat die verhouding met die troubegunstige beëindig is.¹⁰⁵ Dit volg dus dat die praktisyn ook die inligting wat gedurende die uitvoering van sy pligte aan hom bekend gemaak word, selfs ná die voltooiing van die reddingsverrigtinge vertroulik moet hou.

Die feite van die *Sibex Construction*-saak illustreer die beginsel van die gebruik van vertroulike inligting vir eie gewin.¹⁰⁶ Twee lede van die Sibex-bestuur, 'n direkteur en 'n algemene bestuurder, het hul eie beslote korporasie gestig, naamlik Injectaseal BK, die respondent in die aangeleentheid. Terwyl dié twee bestuurslede nog by Sibex gewerk het, het een van hulle namens Sibex vir 'n kontrak getender. Minder as 'n maand later, toe hulle nie meer by Sibex in diens was nie, het hulle namens Injectaseal vir dieselfde kontrak getender, maar met pryse net laer as Sibex s'n. As gevolg van hul binnekennis het hulle natuurlik hul pryse verlaag en om dieselfde kontrak as hul voormalige maatskappy meegeding. Die hof het beveel dat die respondent sy tender vir die kontrak terugtrek.¹⁰⁷ Die ongemagtigde gebruik van vertroulike inligting deur die praktisyn is dus 'n verbreking van die vertrouensverpligting tussen die troupligtige en die troubegunstige.¹⁰⁸

¹⁰³ 71/2008: art 141(2)(c)(ii),140(3)(a).

¹⁰⁴ IRBA 2009:28-29 par 140; SAICA 2014:17-18 par 140; Praktykshandleiding LEAD Professionele gedrag 2009:29.

¹⁰⁵ IRBA 2009:28-29 par 140; SAICA 2014:17-18 par 140.

¹⁰⁶ *Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC 1988 (2) SA 54 (T)*.

¹⁰⁷ *Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC 1988(2) SA 54 (T)*; Pretorius *et al.* 1999:325; Cilliers *et al.* 2001:143. Sien ook Cassim *et al.* 2012:540. "... the court similarly held that directors may not use confidential information obtained by virtue of their office as directors to acquire a business opportunity for themselves."

¹⁰⁸ Havenga 1998:390; *Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC 1988(2) SA 54 (T)*.

3.2 DIE VERENIGDE KONINKRYK

Die hoë standaard van etiese optrede wat die Insolvency Practitioners Association se etiese kode vir sy lede voorskryf, is aanduidend van die belang van etiek in die insolvensiepraktyk van die Verenigde Koninkryk. Hierdie etiese kode is op alle insolvensiepraktisyns (met inbegrip van administrateurs) van toepassing en dien as riglyne vir etiese optrede.¹⁰⁹

Goeie trou as vertrouensverpligting dien as basis vir die meeste van die riglyne in die kode. 'n Spreekende voorbeeld van hierdie stelling is die uiteensetting van die ses fundamentele beginsels waarop die kode gebaseer is, naamlik integriteit, objektiwiteit, professionele vaardigheid en sorgsaamheid, vertroulikheid en professionele optrede.¹¹⁰ Vir die doeleindes van die bespreking van die verpligting tot goeie trou, sal daar in hoofsaak op die beginsels van integriteit, objektiwiteit en vertroulikheid gefokus word.

Die Verenigde Koninkryk volg die raamwerkbenadering in die etiekkode, wat die administrateur in staat stel om werklike of potensiële bedreigings of gevare vir die fundamentele beginsels te identifiseer.¹¹¹ Daar word gevolglik van die administrateur vereis om redelike stappe te doen om enige gevare ten opsigte van die fundamentele beginsels te identifiseer.¹¹² Indien hy die gevare kan identifiseer, moet hy dit ook evalueer.¹¹³ Na die identifikasie en evaluering van die moontlike gevare word daar van hom verwag om gepas op te tree om die gevare te hanteer.¹¹⁴ Die kode verskaf deurgaans voorbeelde van moontlike gevare, sowel as moontlike veiligheidsmaatreëls wat die administrateur kan implementeer ingeval daar wel 'n gevaar is.

Dit is voorts belangrik dat die kode benadruk dat die administrateur op 'n betaamlike wyse vir sy posisie as beampte van die hof moet optree, wat impliseer dat hy in lyn

¹⁰⁹ IPA 2012: voorwoord par 2, 3 par 1. "This code is intended to assist Insolvency Practitioners meet the obligations expected of them by providing professional and ethical guidance."

¹¹⁰ IPA 2012:3 par 4.

¹¹¹ IPA 2012:3 par 5.

¹¹² IPA 2012:3 par 5(a).

¹¹³ IPA 2012:3 par 5(b).

¹¹⁴ IPA 2012:3 par 5(c).

met sy vertrouensverpligtinge moet optree.¹¹⁵ Die administrateur se optrede gedurende die administrasieproses word ook deur bylae B1 by die *Insolvency Act* van 1986 gereguleer.¹¹⁶ Paragraaf 74 van die wet beskryf die omstandighede waarin 'n skuldeiser of aandeelhouer die hof kan nader ten einde die administrateur van leiding te verskaf of selfs uit sy amp te verwyder.¹¹⁷ Skuldeisers of aandeelhouders van die maatskappy kan die hof nader indien hulle van mening is dat die administrateur op 'n wyse optree of opgetree het wat hulle belange onregverdig benadeel.¹¹⁸ So 'n aansoek kan selfs ingedien word waar die administrateur nog net 'n voorstel van optrede gemaak het.¹¹⁹ Ingevolge paragraaf 74(4) het die hof omvattende diskresie in dié verband en kan die hof gelas dat die administrateur op 'n sekere wyse optree of hom van optrede weerhou.¹²⁰ Die hof kan ook die administrateur se optrede reguleer of hom van sy amp onthef.¹²¹

3.2.1 EERLIKHEID EN INTEGRITEIT

Integriteit is een van die ses fundamentele beginsels wat volgens die kode 'n noodsaaklike eienskap van 'n insolvensiepraktisyn uitmaak.

Volgens die kode word daar van die administrateur verwag word om openhartig en eerlik in alle professionele en besigheidsverhoudings op te tree. 'n Vorige weergawe van die kode omskryf die term integriteit as “not merely honesty but fair dealing and truthfulness”.¹²²

Daar word aan die hand gedoen dat die verpligting tot goeie trou die hoogste mate van eerlikheid en eerbare gedrag van die praktisyn vereis:

¹¹⁵ Finch 2002:278. “Being an officer of the court, the administrator is obliged to act fairly and honourably ...”. Sien ook IPA 2012:7 par 21. “An IP should act in a manner appropriate to his position as an officer of the court and in accordance with any quasi-judicial, fiduciary or other duties that he may be under.” Brupbacher 2005:27. “Finally, he is an officer of the court, under a duty to act ‘honourably’, which may preclude the adoption of certain value-maximising tactics available to an administrative receiver, ie the repudiation of unprofitable contracts.”

¹¹⁶ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 74, soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

¹¹⁷ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 74(4), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

¹¹⁸ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 74(1)(a), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

¹¹⁹ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 74(1)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

¹²⁰ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 74(4)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

¹²¹ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 74(4)(a),(d), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

¹²² IPA 2011: par 400.4.

“Nevertheless an IP in the role as office holder has a professional duty to report openly to those with an interest in the outcome of the insolvency. An IP should always report on his acts and dealings as fully as possible given the circumstances of the case, in a way that is transparent and understandable. An IP should bear in mind the expectations of others and what a reasonable and informed third party would consider appropriate.”¹²³

Dit impliseer dat die praktisyn openhartig moet wees in sy besluitnemingsproses en sodoende die deursigtigheid van die reddingsproses moet verbeter.

3.2.2 ONPARTYDIGHEID EN ONAFHANKLIKHEID

Objektiwiteit is ook een van die fundamentele beginsels. Ingevolge die kode moet die administrateur nie toelaat dat enige partydigheid, botsende belange of onbehoorlike beïnvloeding sy professionele of sakeoordeel belemmer nie.¹²⁴ Administrateurs in die Verenigde Koninkryk moet dus ook onafhanklik van die maatskappy en die ander belanghebbende partye bly ten einde hulle onpartydigheid te verseker.

Die kode is veral in hierdie opsig van groot nut deurdat dit riglyne verskaf vir die identifisering van die gevare wat tot partydigheid kan lei. Volgens die kode is daar vyf kategorieë van gevare, naamlik selfbelang,¹²⁵ selfhersiening,¹²⁶ voorspraak,¹²⁷ bekendheid¹²⁸ en intimidasie.¹²⁹

Gevare van selfbelang kan voorkom waar die administrateur of 'n familielid 'n finansiële of ander belang by die maatskappy het. 'n Belang by 'n skuldeiser of potensiële skuldeiser van die maatskappy kan byvoorbeeld tot so 'n gevaar aanleiding gee, omdat die administrateur juis veronderstel is om oor die skuldeiser se eis en die geldigheid daarvan te bereg.¹³⁰ 'n Verdere voorbeeld kan wees waar

¹²³ IPA 2012:9 par 36.

¹²⁴ IPA 2012:3 par 4(b). “An IP should not allow bias, conflict of interest or undue influence of others to override professional or business judgements.”

¹²⁵ IPA 2012:4 par 10(a).

¹²⁶ IPA 2012:4 par 10(b).

¹²⁷ IPA 2012:4 par 10(c).

¹²⁸ IPA 2012:4 par 10(d).

¹²⁹ IPA 2012:4 par 10(e).

¹³⁰ IPA 2012:4 par 12(a).

die administrateur besorg is oor die moontlikheid van skade aan sekere van sy besigheidsverhoudings as gevolg van sy aanstelling as administrateur.¹³¹

Selfhersieningsgefare kom voor waar die administrateur of iemand wat saam met hom werk, voorheen by maatskappybesluite betrokke was en hy nou daardie besluite moet hersien of herevalueer. Voorbeelde van selfhersieningsgefare kom veral voor waar die administrateur of iemand wat saam met hom werk in die onlangse verlede in diens van die maatskappy was of enige professionele dienste van watter aard ook al vir die maatskappy verrig het.¹³²

Met voorspraakgefare ontstaan daar 'n situasie waar die administrateur voorheen 'n sekere posisie of opinie bevorder of ondersteun het, wat daaropvolgende objektiwiteit in gedrang kan bring. Voorbeelde van voorspraakgefare is byvoorbeeld waar die administrateur in die verlede in 'n adviserende hoedanigheid vir 'n skuldeiser van die maatskappy of selfs namens 'n kliënt in litigasie teen die maatskappy opgetree het.¹³³

Bekendheidsgefare kom voor waar die administrateur weens 'n verhouding met 'n derde persoon moontlik met te veel simpatie of antagonisme teenoor 'n ander se belange optree. Voorbeelde kan wees waar die administrateur so 'n verhouding het met 'n persoon met 'n finansiële belang by die maatskappy¹³⁴ of selfs met 'n voornemende koper van die maatskappy se bates of besigheid.¹³⁵

Intimidasiegefare kom voor waar die administrateur weens dreigemente, byvoorbeeld litigasie of griewe, daarvan afgeskrik word om objektief te wees.¹³⁶

In die lig van die voorafgaande, behoort die wyses waarop die administrateur aangestel kan word oorweging te geniet. So 'n aanstelling kan op drie wyses geskied: i) Die hof is eerstens by magte om 'n administrateur vir die maatskappy in nood aan te stel. ii) Dit is ook moontlik vir 'n versekerde skuldeiser wat sekuriteit oor 'n wesenlike gedeelte van die maatskappy se eiendom hou om 'n administrateur aan

¹³¹ IPA 2012:4 par 12(b).

¹³² IPA 2012:5 par 13(a)-(b).

¹³³ IPA 2012:5 par 14(a)-(b).

¹³⁴ IPA 2012:5 par 15(a).

¹³⁵ IPA 2012:5 par 15(b).

¹³⁶ IPA 2012:5 par 16(b)-(c).

te stel. iii) Laastens is die maatskappy of sy direksie by magte om 'n administrateur aan te stel.

Volgens paragraaf 22 van die kode behoort 'n administrateur alvorens hy 'n aanstelling aanvaar, seker te maak dat daar nie enige van die gevare bestaan wat moontlik tot nie-nakoming van die fundamentele beginsels kan lei nie.¹³⁷ Ten einde te verseker dat sy integriteit en objektiwiteit behoue bly, moet die administrateur dus voordat hy die aanstelling aanvaar, enige professionele of persoonlike verhoudings wat die nakoming van die beginsels kan benadeel, identifiseer en evalueer.¹³⁸ Enige professionele of persoonlike verhouding met die maatskappy, 'n direkteur van die maatskappy, 'n aandeelhouer of aandeelhouders van die maatskappy, werknemers van die maatskappy, besigheidsvennote van die maatskappy, maatskappye of entiteite wat deur die maatskappy beheer word, skuldeisers van die maatskappy, skuldenaars van die maatskappy of selfs familie van die beamptes van die maatskappy dien as voorbeelde van verhoudings wat moontlik probleme in dié verband kan inhou.¹³⁹ Volgens die kode kan hierdie tipe verhoudings of verbintenisse tot moontlike belangebotsings lei.¹⁴⁰

Dit sal as onvanpas beskou word indien 'n administrateur 'n aanstelling aanvaar waar daar 'n gevaar vir die fundamentele beginsels is of kan wees, tensy hy die bestaan daarvan aan die hof of skuldeisers bekend maak voordat hy die aanstelling aanvaar en daar geen beswaar teen sy aanstelling geopper word nie.¹⁴¹ Indien sekere veiligheidsmaatreëls ingestel kan word wat die gevare uit die weg sal ruim of verlaag, kan die administrateur ook steeds aangestel word.¹⁴² Die teendeel is egter ook waar, naamlik dat indien die gevare nie verwyder of genoegsaam verlaag of verminder kan word nie, behoort die administrateur die aanstelling van die hand te wys.¹⁴³

Alvorens die administrateur aangestel word, sal hy 'n voorlopige ondersoek na die finansiële toestand en sake van die maatskappy instel, wat ook tot 'n gebrek aan

¹³⁷ IPA 2012:7 par 22.

¹³⁸ IPA 2012:7 par 23.

¹³⁹ IPA 2012:10-11 par 42.

¹⁴⁰ IPA 2012:9 par 31(c).

¹⁴¹ IPA 2012:7 par 24(a).

¹⁴² IPA 2012:7 par 24(b).

¹⁴³ IPA 2012:8 par 28.

onafhanklikheid kan lei.¹⁴⁴ In die geval van die administrateur is hierdie voorafgaande ondersoek egter noodsaaklik om binne die voorgeskrewe tydraamwerk in die wet volledige voorstelle aan die skuldeisers te maak.¹⁴⁵ Dit wil dus voorkom of hierdie situasie nie tot aansoeke vir die verwydering van die administrateur sal aanleiding gee nie.

Die kode maak ook voorsiening vir gevalle waar die administrateur weens veranderende omstandighede nie meer as onafhanklik beskou kan word nie. Die kode stel voor dat die administrateur die kwessie so spoedig moontlik moet hanteer en dat indien die gevaar nie verwyder of verlaag kan word nie, hy eerder sy amp moet ontruim. Volgens die kode behoort hy slegs met sy verpligtinge voort te gaan indien alle relevante inligting oor die aangeleentheid geopenbaar is en dit die goedkeuring van die skuldeisers wegdra.¹⁴⁶

Dat die kode in die fynste besonderhede na hierdie tipe verhoudings en die gepaardgaande probleme verwys, benadruk die waarde wat die Insolvency Practitioners Association aan onafhanklikheid, onpartydigheid en objektiwiteit heg.

3.2.3 VERTROULIKHEID EN VERTROULIKE INLIGTING

Vertroulikheid is nóg een van die ses fundamentele beginsels wat in die etiekkode vervat is. Ingevolge paragraaf 4 van die kode moet die administrateur die vertroulike aard van inligting wat op grond van 'n professionele of besigheidsverhouding aan hom bekend word, respekteer. Daar word van hom verwag om nie enige vertroulike inligting sonder die nodige magtiging aan derde partye te openbaar nie. Die Insolvency Practitioners Association se gids oor deursigtigheid en vertroulikheid waarsku selfs die administrateur teen 'n onopsetlike openbaarmaking, veral teenoor persone met wie die administrateur in 'n hegte persoonlike of professionele

¹⁴⁴ Frisby 2004:261. "A prospective administrator will therefore have to be extremely well informed about almost every aspect of the company and its business before he agrees to accept appointment ...". Sien ook Blanchard 2005:52; Finch 2005:379.

¹⁴⁵ Finch 2005:379.

¹⁴⁶ IPA 2012:8 par 29.

verhouding is.¹⁴⁷ Voorts bepaal die kode dat die administrateur nie enige inligting mag gebruik om vir homself of 'n derde party 'n voordeel te bewerkstellig nie.¹⁴⁸

Aangesien die inwinning van inligting van groot belang is vir die administrateur in die uitoefening van sy verpligtinge, word die sake van die maatskappy reeds uit die staanspoor, selfs voor sy aanstelling as administrateur, ondersoek. Gedurende hierdie ondersoek ontstaan die moontlikheid dat die administrateur inligting van 'n persoonlike aard te hore kan kom wat geensins met die maatskappy se finansiële situasie verband hou nie, of vertroulike kommersiële inligting. Ingeval vertroulike inligting van 'n persoonlike aard aan die lig kom, sal die persone wat daardeur geaffekteer word, verwag dat die administrateur versigtig daarmee sal omgaan en dit vertroulik sal hanteer.¹⁴⁹

Een van die belangrikste hofsake met betrekking tot die onregmatige gebruik van vertroulike inligting is *Boardman v Phipps*,¹⁵⁰ waarin aangevoer is dat die troupligtiges vertroulike inligting in die uitvoering van hul pligte as troupligtiges bekom het en dat hierdie inligting in werklikheid aan die troubegunstigde behoort het. Omdat die troupligtiges die vertroulike inligting vir hul eie gewin aangewend het, was dit gelykstaande aan die wanaanwending van die begunstigde se bates. Die inligting is dus hier gelykgestel met eiendom.¹⁵¹ Daaruit het gevolg dat enige wins wat die troupligtige uit die gebruik van die inligting gemaak het, die begunstigde toekom.¹⁵² Daarom is die troupligtiges gelas om al die wins wat hulle uit die gebruik van die vertroulike inligting gemaak het, aan die troubegunstigde terug te betaal.¹⁵³ Shepherd verduidelik dié beginsel soos volg:

¹⁴⁷ IPA 2008:par 14.

¹⁴⁸ IPA 2012:3 par 4(d). "An IP should respect the confidentiality of information acquired as a result of professional and business relationships and should not disclose any such information to third parties without proper and specific authority unless there is a legal or professional right or duty to disclose. Confidential information acquired as a result of professional and business relationships should not be used for the advantage of the IP or third parties."

¹⁴⁹ IPA 2012:9 par 35.

¹⁵⁰ *Boardman v Phipps* 1966 3 All ER 721 (HL); 1967 2 AC 46 (HL). Havenga 1998:103; Stafford en Ritchie 2008:375-377. Sien ook Cassim *et al.* 2012:540. "The defendants had in this case acquired confidential information belonging to a trust, which they exploited for their own profit. They were held liable to disgorge the profits that they had made from the transaction."

¹⁵¹ *Boardman v Phipps* 1966 3 All ER 721 (HL); 1967 2 AC 46 (HL); Shepherd 1981:331; Havenga 1999:103-104.

¹⁵² Shepherd 1981:331. "As the information properly belongs to the beneficiary, so the fruits of the use of that information also belong to him."

¹⁵³ Cassim *et al.* 2012:540.

*"In most cases, and Boardman is a good example, the fiduciary will not be breaching his duty by acquiring the information. However, whether or not the acquisition is a breach of the duty of loyalty itself, the beneficiary is the owner of the information so acquired. The rationale, ...is that the fruits of the use of the encumbered powers belong as items of property, to the beneficiary, who is the equitable owner of those powers."*¹⁵⁴

Volgens die Insolvency Practitioners Association se gids oor deursigtigheid en vertroulikheid moet daar voordat 'n administrateur aan 'n oortreding met betrekking tot vertroulikheid skuldig kan wees, bewys word i) dat die inligting wat aan hom gekommunikeer is, van 'n vertroulike aard was; ii) dat die inligting aan hom gekommunikeer is of aan hom bekend geword in omstandighede waarin hy 'n plig tot vertroulikheid gehad het, en iii) dat daar ongemagtigde gebruik van daardie inligting was.¹⁵⁵

Die administrateur is ook verplig om enige relevante inligting ten opsigte van die maatskappy aan belanghebbendes te kommunikeer, behalwe in gevalle waar 'n botsende professionele of regsverhouding die administrateur verhoed om dit te doen.¹⁵⁶ Die kode stel egter voor dat die administrateur in so 'n geval tog moet oorweeg om soveel moontlik inligting te gee, sonder om die verpligtinge verbonde aan sodanige botsende verhouding te verbreek.¹⁵⁷

3.3 AUSTRALIË

Die Harmer-verslag deur die Australiese Regshervormingskommissie het 'n groot invloed op insolvensiereg in dié land gehad. Van die belangrikste tekortkominge wat die verslag geopper het, hou verband met die regulering van insolvensiepraktisyns (wat administrateurs insluit) en die daarstel van standarde van optrede en etiek ten

¹⁵⁴ Shepherd 1981:331. Die beginsel van die gebruik van vertroulike inligting hou nou verband met die "corporate opportunity"-reël en word verder hieronder bespreek.

¹⁵⁵ IPA Insolvency Code of Ethics Insolvency Practitioners Association (Transparency and Confidentiality: A Guidance Note) 2008: par 13.

¹⁵⁶ IPA 2008: par 11.

¹⁵⁷ IPA 2008: par 11. "... the member should still consider whether some details of the relevant matter can be provided that do not conflict with the legal or professional obligation. This is particularly so where the relevant matter may be of significance to creditors or other persons interested in the outcome of the insolvency. Where a member is in doubt as to whether disclosure is appropriate in all circumstances it may be appropriate for him to seek legal advice."

opsigte van hierdie amptenare.¹⁵⁸ Die mening was dat die daarstel van standarde en riglyne ten opsigte van die uitvoering van administrateurs se pligte die inhoud van die reg hieroor sou beïnvloed, en dat dit selfs in ag geneem kan word wanneer 'n administrateur se gedrag in 'n gegewe geval hersien word.¹⁵⁹

Die bepalings oor die administrasieprosedure word in die *Corporations Act* van 2001 vervat en bied ook leiding ten opsigte van die administrateur se verpligtinge.¹⁶⁰ Ingevolge dié wet word die administrateur as 'n agent van die maatskappy beskou.¹⁶¹ Dit impliseer dat die administrateur dus ook 'n troupligtige is.¹⁶² Daar behoort ook in die besonder gelet te word op die bepalings van artikel 181 van die wet wat bepaal dat 'n direkteur of ander beampte van 'n maatskappy (wat administrateurs insluit)¹⁶³ hulle magte en verpligtinge in goeie trou en die belang van die maatskappy en vir 'n behoorlike doel moet uitvoer.¹⁶⁴ Juis om hierdie rede het ARITA (Australian Restructuring Insolvency and Turnaround Association) 'n gedragskode saamgestel, wat nuttig is by die bewys van 'n verontagsaming van die beginsels wat daarin vervat word.¹⁶⁵ Die kode het 17 beginsels geïdentifiseer wat belangrik is vir die uitvoering van die administrateur se verpligtinge.¹⁶⁶ Die beginsels word in drie kategorieë ingedeel, naamlik beginsels van gedrag, vergoeding en

¹⁵⁸ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012. Sien ook Anderson 2004:239. Die administrateur se onafhanklikheid is een van die sleutelkwessies wat in die verslag geopper is. Dickfos 2014:24.

¹⁵⁹ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012.

¹⁶⁰ *Corporations Act* 50/2001.

¹⁶¹ *Corporations Act* 50/2001: art 437B. "When performing a function, or exercising a power, as administrator of a company under administration, the administrator is taken to be acting as the company's agent." Sien ook Blanchard 2005:56.

¹⁶² Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012. Sien ook Glover en Duns 2001:137. "Are voluntary administrators fiduciaries? In the scheme of Pt 5.3A, administrators are acting for the benefit of others and the powers and discretions they possess are held in representative capacities. These are standard indicia of fiduciary status." Vgl *In Re Stockford Ltd* (2004) 52 ACSR 279. "... an insolvency practitioner stands in a fiduciary relationship with the creditors".

¹⁶³ *Corporations Act* 50/2001: art 9; Anderson 2004:247.

¹⁶⁴ *Corporations Act* 50/2001: art 181(1)(a)-(b).

¹⁶⁵ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012. "Additionally, the Code lay down mandatory rules requiring members to do things not required by law, or not to do things the law permits. Further, in conjunction with the Statements of Best Practice, the Code serves the function of educating members as to their professional responsibilities."

¹⁶⁶ ARITA 2014:4-5.

praktykbestuur.¹⁶⁷ Die verpligting tot goeie trou tree in die meeste van die beginsels sterk na vore.

3.3.1 EERLIKHEID EN INTEGRITEIT

Alhoewel die wet nie werklik na die eerlikheid of integriteit van die administrateur verwys nie,¹⁶⁸ handel die heel eerste beginsel in die kode daaroor. Die beginsel bepaal dat, benewens die verpligting om die reg te eerbiedig, lede die hoogste vlakke van integriteit, objektiwiteit en onpartydigheid in alle opsigte van administrasie en praktykbestuur moet openbaar.¹⁶⁹ Volgens die kode moet die lede openhartig, eerlik en waarheidliwend wees.¹⁷⁰ Voorts vereis die kode dat hulle hoë morele en etiese waardes in hul optrede, praktyke en aanstellings moet openbaar.¹⁷¹

Indien die administrateur sy verpligtinge eerlik en met integriteit nakom, sal sy kommunikasie met rolspelers dit weerspieël. Volgens beginsel 4 van die kode moet lede sorg dat hulle op 'n akkurate, eerlike, openhartige, duidelike, bondige en tydige wyse met belanghebbendes kommunikeer.¹⁷² Sulke kommunikasie sal daartoe bydra dat die belanghebbendes 'n goeie begrip van die proses sowel as hulle regte en verpligtinge daartydens kan ontwikkel.¹⁷³

Dit blyk duidelik uit die kode dat die behoefte aan 'n eerlike administrateur met die beskerming van die rolspelers en belanghebbendes te make het. Die emosionele omstandighede gedurende insolvensieverrigtinge en ook die administrasieproses¹⁷⁴ kan moontlik deur eerlikheid en openhartigheid geneutraliseer word. Waar die

¹⁶⁷ ARITA 2014:15-16.

¹⁶⁸ Art 184(1)(b) verwys na aanspreeklikheid in geval van 'n gebrek aan eerlikheid by 'n direkteur of ander beampte van die maatskappy.

¹⁶⁹ ARITA 2014:17. "Principle 1: In addition to the obligation to comply with the law, Members must exhibit the highest levels of integrity, objectivity and impartiality in all aspects of administrations and practice management."

¹⁷⁰ ARITA 2014:17; Dickfos 2014:23.

¹⁷¹ ARITA 2014:17.

¹⁷² ARITA 2014:52.

¹⁷³ ARITA 2014:52. "Principle 4: Members must take care to communicate with affected parties in a manner that is accurate, honest, open, clear, succinct and timely in order to ensure their effective understanding of the processes, and their rights and obligations."

¹⁷⁴ ARITA 2014:52. "Effective communication in insolvency is essential because of the high emotions surrounding financial loss and loss of livelihood."

belanghebbendes 'n goeie begrip het van wat werklik gedurende die proses gebeur, sal hulle meer vertrouwe in die administrateur hê en ook beter samewerking verleen.

Administrateurs speel derhalwe 'n sleutelrol om die publiek en die belanghebbendes se vertrouwe in die korporatiewe insolvensiesisteen te behou.¹⁷⁵

3.3.2 ONAFHANKLIKHEID EN ONPARTYDIGHEID

“The voluntary administration process requires a confidence in the competency and independence of those who hold themselves out to be qualified for appointment.”¹⁷⁶

Soos reeds genoem is, bepaal die eerste beginsel van die kode dat lede die hoogste vlakke van integriteit, objektiwiteit en onpartydigheid in alle opsigte van administrasie en praktykbestuur moet openbaar.¹⁷⁷ Die tweede en derde beginsels in die kode hou ook met die administrateur se onafhanklikheid verband. Die tweede beginsel bepaal dat wanneer 'n praktisyn as administrateur aangestel word of die aanstelling aanvaar, hy te alle tye gedurende die administrasie onafhanklik moet wees en onafhanklikheid moet weerspieël.¹⁷⁸ Die derde beginsel bepaal dat die openbaarmaking en aanvaarding van 'n gebrek aan onafhanklikheid by die praktisyn nie 'n oplossing is nie.¹⁷⁹

Die administrateur se onafhanklikheid is een van die beginsels wat die meeste aandag in die kode sowel as literatuur oor administrateurs geniet.¹⁸⁰ Onafhanklikheid

¹⁷⁵ Dickfos 2014:23.

¹⁷⁶ Anderson 2004:242.

¹⁷⁷ ARITA 2014:17. “Principle 1: In addition to the obligation to comply with the law, Members must exhibit the highest levels of integrity, objectivity and impartiality in all aspects of administrations and practice management.”

¹⁷⁸ ARITA 2014:19. “Principle 2: When accepting or retaining an appointment the Practitioner must at all times during the Administration be, and be seen to be, independent.”

¹⁷⁹ ARITA 2014:51. “Principle 3: Disclosure and acceptance of a lack of independence is not a cure.”

¹⁸⁰ ARITA 2014:20. “Independence is critical because of the nature of the role of the Practitioner. Tasks such as adjudicating on complex and competing interests, preserving and selling assets and investigating and pursuing claims all require a high degree of independence.” Sien ook Glover en Duns 2001:140. “Administrators thus possess substantial power to implement the DCA’s which they recommend. The casting vote power in this way underlines the importance of administrators being impartial in determining the terms of the DCA.” Vgl Anderson 2004:250-251. “It is unfortunate that an administrator who has perhaps formulated a rescue package may be put in the position of having to exercise a casting vote in relation to it, if his or her independence and impartiality is being questioned.”

en onpartydigheid skyn dus die belangrikste eienskappe van die administrateur in Australië te wees.

Daar behoort eerstens gelet te word op die bepalings van die wet in hierdie verband. Artikel 448C bepaal dat 'n persoon nie as die administrateur van 'n maatskappy onder administrasie aangestel kan word of kan optree as hy die maatskappy meer as 5 000 Australiese dollar skuld nie.¹⁸¹ Dit volg dan ook dat 'n persoon ook nie die aanstelling as administrateur van 'n maatskappy behoort te aanvaar indien die maatskappy hom 'n bedrag van meer as 5 000 Australiese dollar skuld nie.¹⁸² Hierdie twee bepalings het ten doel om enige verbintenis op grond van skuld tussen die administrateur en die maatskappy uit te sluit.

Die wet bepaal voorts dat 'n persoon nie as administrateur mag optree indien hy in die voorafgaande twee jaar as 'n direkteur, sekretaris, senior bestuurder of werknemer van die maatskappy of 'n entiteit wat sekuriteit oor die eiendom van die maatskappy hou, opgetree het nie.¹⁸³ Hierdie bepalings is duidelik daarop toegespits om te verhoed dat persone wat as deel van die bestuur van die maatskappy opgetree het of werknemers van die maatskappy was, as administrateurs aangestel word.

Die administrateur mag ook nie in die voorafgaande twee jaar as die ouditeur van die maatskappy opgetree het nie, wat insgelyks enige verbintenis met die ouditeur of 'n ander beampte van die maatskappy verbied.¹⁸⁴

Die wet verskaf dus in werklikheid agt gronde vir diskwalifisering, naamlik indien die administrateur 'n aandeelhouer, skuldenaar, skuldeiser, werknemer, beampte of ouditeur van die maatskappy is of 'n verwantskap met enige van hierdie persone of die maatskappy het.¹⁸⁵ Dit is interessant om te let op die periode van twee jaar wat die wet invoeg. Daar word aan die hand gedoen dat die daarstelling van 'n tydsbeperking nie enige verbintenis wat as gevolg van 'n ampsbekleding ontstaan

¹⁸¹ *Corporations Act 50/2001*: art 448C(1)(a). Sien ook Glover en Duns 2001:138. "Independence, for this task, an aspect of impartiality, is reinforced by s 448C."

¹⁸² *Corporations Act 50/2001*: art 448C(1)(b).

¹⁸³ *Corporations Act 50/2001*: art 448C(1)(c) en (d). Sien ook art 448C(3) met betrekking tot die twee jaar periode.

¹⁸⁴ *Corporations Act 50/2001*: art 448C(1)(e)-(h),448C(3). Sien ook ARITA 2014:27. "This is referred to as the 'two year rule'."

¹⁸⁵ Glover en Duns 2001:138.

het, ongedaan kan maak nie, omdat die grond vir diskwalifisering nie die moontlike partydigheid veroorsaak nie, maar eerder die verbintenis wat as gevolg daarvan tussen die partye ontstaan. Die gronde dien wel as 'n goeie hulpmiddel om die gewraakte verhoudings wat tot 'n verbintenis en uiteindelik tot partydigheid kan lei, te identifiseer. Die argument in hierdie verband is dat die gronde vir diskwalifisering nutteloos is indien dit nie die basis of die rede vir die uitsluiting in ag neem nie.¹⁸⁶ Die basis van die uitsluiting berus natuurlik op die beginsels van die verpligting tot goeie trou.

Soos reeds uitgelig is, dien die bestaan van sekere verhoudings as hulpmiddele wat op 'n moontlike gebrek aan onafhanklikheid kan dui. In dié verband beklemtoon die ARITA-kode onder meer die volgende relevante verhoudings: i) 'n voortgesette verhouding met 'n skuldeiser van die maatskappy, hetsy versekerd of onversekerd,¹⁸⁷ ii) verhoudings met die direksie van die maatskappy of 'n verwante maatskappy,¹⁸⁸ iii) enige familiêre verhoudings met aandeelhouers van die maatskappy of die direksie of werknemers van die maatskappy,¹⁸⁹ iv) enige besigheidsverhouding met die direksie of aandeelhouers van die maatskappy,¹⁹⁰ v) enige vriendskapsbande met die direksie of aandeelhouers van die maatskappy,¹⁹¹ en vi) enige vyandigheid wat moontlik tussen die administrateur en die direksie of die aandeelhouers van die maatskappy bestaan.¹⁹²

Dit wil verder voorkom of 'n gebrek aan onafhanklikheid op enige van bogenoemde gronde tot 'n aansoek ingevolge artikel 449B kan lei.¹⁹³ Ingevolge artikel 449B kan 'n skuldeiser 'n aansoek by die hof indien om die administrateur uit sy amp te verwyder.¹⁹⁴ 'n Gebrek aan onafhanklikheid by die administrateur kan dus

¹⁸⁶ Glover en Duns 2001:141.

¹⁸⁷ ARITA 2014:26-27.

¹⁸⁸ ARITA 2014:33-35.

¹⁸⁹ ARITA 2014:38-39.

¹⁹⁰ ARITA 2014:39.

¹⁹¹ ARITA 2014:39.

¹⁹² ARITA 2014:39. "Animosity is a threat to Independence as it may bias the behaviour of the Practitioner against the Insolvent, or be perceived to do so. If there is a history of animosity with the insolvent or an Associate of the insolvent, then the Practitioner should carefully consider whether to take the appointment." Hierdie tipe verbintenis is veral interessant indien daar oorweeg word dat daar gewoonlik net na verhoudings of verbintnisse met 'n sogenaamde 'positiewe' element verwys word.

¹⁹³ *Corporations Act* 50/2001: art 449B; Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012.

¹⁹⁴ *Corporations Act* 50/2001: art 449B(a); Anderson 2004:240.

veroorzaak dat 'n belanghebbende persoon hom by wyse van 'n aansoek van sy amp onthef.

Ten einde deursigtigheid ten opsigte van die administrateur se onafhanklikheid te verseker, bepaal artikel 449CA dat die administrateur so gou redelik moontlik na sy aanstelling 'n verklaring moet aflê waarin hy enige en alle relevante verhoudings openbaar.¹⁹⁵ Hierdie verklaring moet aan soveel moontlik van die maatskappy se skuldeisers gestuur word.¹⁹⁶ Indien die verklaring verouderd of om die een of ander rede foutief is, is die administrateur verplig om so gou moontlik 'n nuwe en korrekte verklaring af te lê en uit te stuur.¹⁹⁷ Die verklaring moet voor die eerste vergadering van skuldeisers uitgestuur word, met die doel om die moontlike aanstelling van 'n "vriendelike administrateur" te voorkom.¹⁹⁸

Administrateurs is die verpligting tot onafhanklikheid hoofsaaklik aan die skuldeisers van die maatskappy verskuldig.¹⁹⁹ Hulle moet die skuldeisers se eise regverdig evalueer en balanseer terwyl hulle onafhanklik moet bly van die bestuur van die maatskappy, wat moontlik hul aanstelling teweeggebring het.²⁰⁰ Die rede waarom daar soveel klem op die onafhanklikheid van die administrateur geplaas word, is om te voorkom dat die administrateur partydig in die uitoefening van sy verantwoordelikhede optree en dus voorkeurbehandeling aan 'n spesifieke rolspeler in die beskerming van sy belange gee.²⁰¹ Dit tree ook sterk na vore in die ARITA-kode, wat bepaal dat die administrateur objektief en onpartydig moet wees.²⁰² Objektiviteit beteken volgens die kode dat die administrateur vry moet wees van vooroordeel, botsende belange en onbehoorlike beïnvloeding deur ander.²⁰³ Volgens die kode behels onpartydige optrede dat die administrateur nie in die uitoefening van sy verpligtinge deur persoonlike gevoelens, enige vooroordeel of verhoudings met

¹⁹⁵ *Corporations Act 50/2001*: art 449CA(2)(a).

¹⁹⁶ *Corporations Act 50/2001*: art 449CA(3)(a).

¹⁹⁷ *Corporations Act 50/2001*: art 449CA(5); ARITA 2014:48.

¹⁹⁸ Morrison en Anderson 2006:139. Sien ook IPAA *Statement of Best Practice: Independence on the Appointment of an Administrator* 2003:2. "The objective is therefore to disclose all prior relationships of the Administrator or his/her firm at the time of nominations and appointments to ensure the public and creditors have continued confidence in the independence of insolvency practitioners."

¹⁹⁹ Glover en Duns 2001:139.

²⁰⁰ Glover en Duns 2001:138.

²⁰¹ Anderson 2004:241. "The clear legal duty is, of course, to remain independent in the sense of not favouring particular interests."

²⁰² ARITA 2014:17.

²⁰³ ARITA 2014:17.

rolspelers beïnvloed mag word nie.²⁰⁴ Die kode beveel aan dat die administrateur alle besluite op grond van feite neem en geen direkte persoonlike belang by 'n saak moet hê nie.²⁰⁵

Austin merk in sy artikel op dat al hoe meer sake die onafhanklikheid van die administrateur betwis.²⁰⁶ Ook die welbekende Harmer-verslag merk op dat die gebrek aan onafhanklikheid kommerwekkend is in die lig daarvan dat die administrateur met omvattende magte en bevoegdhede beklee en in baie gevalle deur die direksie aangestel word.²⁰⁷

“All of these arguments [against allowing directors to select the administrator] are variations on the theme that the independence of the administrator should be ensured, a proposition with which the Commission agrees.”

Die aanstelling van die administrateur sowel as verwantskappe of verbintenisse wat tot 'n gebrek aan onafhanklikheid kan lei, behoort daarom oorweeg te word. Die administrateur kan op drie wyses aangestel word, naamlik deur i) 'n besluit deur die direksie van die maatskappy,²⁰⁸ ii) die likwidateur van 'n maatskappy,²⁰⁹ of iii) 'n skuldeiser wat sekuriteit vir sy skuld hou.²¹⁰

Administrateurs wat die direkteure ken wat hulle aanstelling bewerkstellig, beland baie maklik in 'n botsing van hul persoonlike besigheidsdoelwitte, naamlik om werkseleenthede by direkteure na te jaag, en hul verpligting om die sake van die maatskappy te ondersoek, aangesien hulle moontlik dieselfde direkteure se optrede moet hersien.²¹¹ Die risiko ontstaan selfs dat direkteure voorkeurbehandeling as gevolg van die aanstelling sal ontvang of dit voor die aanstelling sal probeer

²⁰⁴ ARITA 2014:17.

²⁰⁵ ARITA 2014:17.

²⁰⁶ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012.

²⁰⁷ Anderson 2004:239. Sien ook IPAA 2003: 2. “The emphasis on the independence of the Administrator is due to the uniqueness of this particular appointment since the Administrator immediately assumes control of the company and investigates the reasons leading to its financial and business position.”

²⁰⁸ *Corporations Act 50/2001*: art 436A(1).

²⁰⁹ *Corporations Act 50/2001*: art 436B(1).

²¹⁰ *Corporations Act 50/2001*: art 436C(1).

²¹¹ Anderson 2004:240. Sien ook Blazic 2010. <http://ro.uow.edu.au/sbshdr/2010/papers/8>. Toegang verkry op 14/11/2014. “Each participant in the insolvency rescue process – ranging from the insolvency practitioner, directors and bankers – is also influenced by differing incentives and motivations surrounding the rehabilitation process.”

beding.²¹² In die uitvoer van sy pligte sal die administrateur met rolspelers se diverse belange te doen kry en is hy verplig om dit onafhanklik te oorweeg en toe te sien dat dit nie lyk of hy die persone wat hom aangestel het, bevoordeel nie.²¹³

Volgens die kode bestaan daar 'n tweeledige toets vir die onafhanklikheid van die praktisyn.²¹⁴ Die toets behels eerstens dat die administrateur feitelik onafhanklik moet wees deur gedurende die administrasie onafhanklik op te tree en die administrasie onafhanklik te behartig.²¹⁵ Tweedens moet die administrateur onafhanklikheid weerspieël, wat impliseer dat hy nie sy aanstelling as administrateur moet aanvaar of moet voortgaan om as sodanig op te tree indien 'n redelike en ingeligte derde party op grond van die inligting tot sy beskikking tot die gevolgtrekking kan kom dat die administrateur nie onafhanklik is en moontlik op 'n partydige wyse sal optree nie.²¹⁶

Drie hofsake is veral van belang wat die onafhanklikheid van die administrateur en ook die toepassing van die toets betref.

Een van die eerste sake oor 'n aansoek om die verwydering van 'n administrateur uit sy amp was die *Network Exchange*-saak.²¹⁷ In hierdie saak wou 'n meerderheid van die skuldeisers die administrateur verwyder, omdat hulle hom wou vervang met iemand wat hulle beter geken het en meer vertrouwd met die besigheid van die maatskappy was. Die hof het beslis dat die administrateur slegs verwyder en vervang behoort te word waar dit tot 'n beter administrasieproses sal lei en dit in alle skuldeisers se belang sal wees.²¹⁸ Hier het die hof dus nie op die administrateur se onafhanklikheid of gebrek daaraan ag geslaan nie, maar eerder op die effek van die

²¹² Anderson 2004:240; Glover en Duns 2001:140.

²¹³ Anderson 2004:241.

²¹⁴ ARITA 2014:19. "Independence has two parts. A Practitioner must be independent in fact; and be seen or perceived to be independent."

²¹⁵ ARITA 2014:19. "A Practitioner must be independent in fact, that is, they should act and conduct the Administration in an independent manner."

²¹⁶ ARITA 2014:19. "... they must not accept an appointment, or continue to act under an existing appointment, if: a reasonable and informed third party; on the information available [or which should have been available] at the time; might reasonably form the opinion that the Practitioner might not bring an independent mind to the administration and thus may not be impartial or may in fact act with bias; because of a lack of independence, or a perception of a lack of independence."

²¹⁷ *Network Exchange Pty Ltd v MIG International Communications Pty Ltd* (1994) 13 ACSR 544.

²¹⁸ *Network Exchange Pty Ltd v MIG International Communications Pty Ltd* (1994) 13 ACSR 544: 548-550. "In my view, however, it must be accepted that an order for removal should be made only if it is demonstrated that such an order would be for the better conduct of the administration." Sien ook Anderson 2004:243-244; *Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily* (2003) 45 ACSR 612: 141.

verwydering en vervanging op die administrasieproses en die skuldeisers. Daarom het die hof die aansoek van die hand gewys en was die regter van mening dat die ander administrateur nie noodwendig die administrasieproses beter as die aangestelde administrateur sou hanteer nie.

In *Commonwealth Bank of Australia v Irving* het die bestuurende direkteur van die maatskappy en die administrateur mekaar al 16 jaar lank geken.²¹⁹ Hulle het selfs aan dieselfde liefdadigheids- en sportaktiwiteite deelgeneem, en die administrateur het ook voorheen as die rekenmeester van die maatskappy opgetree.²²⁰ 'n Aansoek is dus by die hof ingedien om die administrateur uit sy amp te verwyder op grond daarvan dat hy nie onafhanklik is nie.²²¹ In hierdie geval het die hof wel die toets vir onafhanklikheid toegepas. Die hof het bevind dat vorige verhoudings met die maatskappy of direkteure nie die administrateur diskwalifiseer nie.²²² Die deurslaggewende oorweging was egter dat 'n redelike derde persoon op grond van die administrateur se verwantskap met die direkteur sou kon twyfel of die administrateur onafhanklik en onpartydig kon optree, wat wel vir die hof genoeg rede was om die administrateur uit sy amp te verwyder.²²³

Die derde saak in hierdie verband is *Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily*,²²⁴ waarin 'n konsultant van die administrateur voorheen as 'n adviseur vir een van die maatskappy se direkteure opgetree het.²²⁵ Deel van die adviseur se pligte was om die direkteur se verslae ten opsigte van die maatskappy se sake voor te berei. Die likwidateur van die maatskappy het die administrateur aangestel en 'n reddingsplan is opgestel. Die reddingsplan was nie in alle skuldeisers se belang as 'n geheel nie, maar het wel die direkteur bevoordeel.²²⁶ In hierdie geval het die hof die

²¹⁹ *Commonwealth Bank of Australia v Irving* (1996) 65 FCR 291.

²²⁰ Glover en Duns 2001:140.

²²¹ *Commonwealth Bank of Australia v Irving* (1996) 65 FCR 291.

²²² *Commonwealth Bank of Australia v Irving* (1996) 65 FCR 291: 296. "It is not, in my view, the law that mere professional acquaintanceship creates actual bias or a reasonable perception of bias." Sien ook Glover en Duns 2001:140. "It was held, a little surprisingly, that previous connections with the company and its controllers did not disqualify the voluntary administrator from acting in that role." Vgl Anderson 2004:243.

²²³ *Commonwealth Bank of Australia v Irving* (1996) 65 FCR 291: 296.

²²⁴ *Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily* (2003) 45 ACSR 612.

²²⁵ *Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily* (2003) 45 ACSR 612; Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012.

²²⁶ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012.

administrateur uit sy amp verwyder. In sy uitspraak het regter Austin gemeld dat dit noodsaaklik is dat die persoon wat as administrateur aangestel word onafhanklikheid van die maatskappy en sy skuldeisers weerspieël, sodat sy vermoë om sy pligte uit te oefen nie in twyfel getrek kan word nie.²²⁷ Die hof het bevestig dat dit baie belangrik is dat die administrateur nie net feitelik onafhanklik moet wees nie, maar ook deur die rolspelers as onafhanklik ervaar word.²²⁸

Bogenoemde hofsake toon duidelik dat die verhouding wat tot die gebrek aan onafhanklikheid lei, nie noodwendig belangrik is nie, maar eerder die indruk wat die bestaan van daardie verhouding by die rolspelers skep.²²⁹

Wanneer die bestaan van sekere verhoudings tussen die administrateur en ander belanghebbendes, sowel as die opvatting dat die administrateur as gevolg daarvan partydig sal optree, oorweeg word, moet 'n mens in gedagte hou dat nie alle verhoudings tot 'n indruk van partydigheid behoort te lei nie.²³⁰ In hierdie verband is die geval waar die administrateur voor sy aanstelling oor die sake van die maatskappy geraadpleeg word, van belang. Die bestaan van so 'n verhouding behoort nie tot die verwydering van die administrateur te lei nie,²³¹ hoewel dít sal afhang van die aard en omvang van die raadpleging:.

*"It is now common place for a company to seek professional advice respecting actual or apprehended insolvency and for the advice received to be to appoint an administrator pursuant to Pt 5.3A of the Corporations Law. Not infrequently, and, in my view, not improperly, the proponent of the advice to appoint an administrator then accepts appointment as the administrator."*²³²

²²⁷ *Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily* (2003) 45 ACSR 612: 139.

²²⁸ *Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily* (2003) 45 ACSR 612: 140.

²²⁹ Anderson 2004:244. "It is not a question though of the court determining if the administrator will act independently, it is a question of whether an apprehension that the administrator may not do so, could exist in the mind of creditors."

²³⁰ *Commonwealth Bank of Australia v Irving* (1996) 65 FCR 291: 296. "Questions of judgment and degree will, no doubt, arise in any case in which personal associations are suggested to give rise to perception of possible bias. Intimate relationships of long standing will be at one end of the scale and professional connections of passing nature will, perhaps, be at the other."

²³¹ Glover en Duns 2001:140. "The existence of an earlier professional relationship between the administrator and the company is not necessarily of concern."

²³² *Commonwealth Bank of Australia v Irving* (1996) 65 FCR 291: 296; Glover en Duns 2001:140. Sien ook *Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily* (2003) 45 ACSR 612: 138. "... attend a pre-appointment conference with a creditor or the company's directors, which did not contravene duties of independence and impartiality."

Uit die aanhaling hierbo blyk dat die hof nie van mening was dat voorafkonsultasie tussen die administrateur en die maatskappy noodwendig tot 'n gebrek aan onafhanklikheid lei nie. Tog is dit belangrik om hierdie stelling te kwalifiseer: Indien die voorafkonsultasie van so 'n aard is dat dit tot wesenlike betrokkenheid by die maatskappy of sy bestuur aanleiding gee, sal dit wel tot 'n gebrek aan onafhanklikheid kan lei.²³³ Die ARITA-kode stel voor dat die administrateur die advies wat hy in die voorafkonsultasie verleen, tot die finansiële situasie van die maatskappy, die solvensie van die maatskappy, die gevolge van moontlike insolvensie en enige alternatiewe vir insolvensie beperk.²³⁴ In die *Bovis Lend Lease*-saak is daar in dié verband bevind dat die administrateur versigtig moet wees om nie te betrokke te raak deur byvoorbeeld persoonlike advies aan skuldeisers of direkteure te gee nie.²³⁵ Die administrateur moet ook enige voorafkonsultasies in sy verklaring ingevolge artikel 449CA openbaar.²³⁶ Hy moet byvoorbeeld die getal vergaderings wat vooraf met die maatskappy of die bestuur gehou is, vermeld, sowel as wat by die vergaderings bespreek is en of hy enige vergoeding vir die advies ontvang het. Daarbenewens moet hy die redes vermeld waarom die vergaderings nie tot 'n gebrek aan onafhanklikheid lei nie.²³⁷ Van groot belang in die ARITA-kode is die gelyste aangeleenthede waarvoor die administrateur nié advies mag gee nie: Hy moet byvoorbeeld nie enige beloftes oor die uitkoms van die verrigtinge aan enige partye maak nie en hom ook daarvan weerhou om persoonlike advies aan een of meer direkteure te gee.²³⁸ Regter Austin het dié situasie op 'n unieke wyse saamgevat:

“In other words, the mere fact that an insolvency practitioner provided advice to a company and its directors and officers about whether the company was or was nearing insolvency and whether an administrator should accordingly be appointed, and having provided that advice, accepted the appointment as administrator, is not enough to disqualify the practitioner from acting in that office on the ground of lack of independence and impartiality. But as soon as the potential administrator goes further than providing advice of that kind there is a risk of ‘crossing the line’. The line will be

²³³ Anderson 2004:243; *Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily* (2003) 45 ACSR 612: 138.

²³⁴ ARITA 2014:29.

²³⁵ *Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily* (2003) 45 ACSR 612: 138. “However, the potential liquidator needed to be careful not to ‘cross the line’ by giving personal advice.”

²³⁶ ARITA 2014:29. “While pre-appointment communications and meetings generally raise no question of independence, a Member must disclose the circumstances whereby they had contact with the insolvent prior to the appointment. The DIRRI has provisions for those circumstances to be disclosed.”

²³⁷ ARITA 2014:45. Die kode is baie nuttig in dié verband, aangesien dit ook voorbeelde bied van wat by die verklaring ingevoeg kan word.

²³⁸ ARITA 2014:29.

crossed when the court perceives that what the potential administrator has done creates a reasonable apprehension of lack of independence, or places the administrator in a situation of actual or potential conflict between the duty to the general body of creditors (including the duty to act impartially as between creditors) and a duty to, or a shared interest with, the directors or officers or some particular creditor.”²³⁹

Die laaste aangeleentheid wat met die onafhanklikheid van die administrateur verband hou, is die verklaring ten opsigte van bestaande verhoudings. Ingevolge artikel 449CA word die administrateur verplig om enige relevante verhoudings by wyse van ’n verklaring te openbaar.²⁴⁰ Hierdie verklaring staan as die DIRRI-verklaring bekend.²⁴¹ Volgens die kode geld sekere inhoudelike voorskrifte by die aflegging van die DIRRI-verklaring.²⁴² Die verklaring bestaan uit drie gedeeltes, naamlik die verklaring ten aansien van onafhanklikheid (deel A), die verklaring van verhoudings (deel B) en dié aangaande vrywaring (deel C).²⁴³ Ingevolge deel A moet die administrateur bevestig dat hy ’n behoorlike ondersoek na die onafhanklikheidsrisiko’s geloods en bevind het dat daar geen werklike of potensiele risiko met betrekking tot sy onafhanklikheid bestaan nie.²⁴⁴ Laastens moet hy ook verklaar dat daar geen rede bestaan waarom hy nié die aanstelling moet aanvaar nie.²⁴⁵ In deel B moet die administrateur inligting verskaf oor die omstandighede van sy aanstelling,²⁴⁶ enige relevante verhoudings in die voorafgaande twee jaar,²⁴⁷ enige professionele verhoudings wat as gevolg van dienslewering aan die

²³⁹ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012.

²⁴⁰ *Corporations Act 50/2001*: art 449CA(2)(a).

²⁴¹ DIRRI staan vir “Declaration of Independence, Relevant Relationships and Indemnities”.

²⁴² ARITA 2014:44.

²⁴³ ARITA 2014:44.

²⁴⁴ ARITA 2014:44.

²⁴⁵ ARITA 2014:44.

²⁴⁶ ARITA 2014:45. Hy moet byvoorbeeld noem hoeveel vergaderings vooraf met die maatskappy of sy bestuur gehou is, wat by die vergaderings bespreek is en of hy enige vergoeding vir die advies ontvang het. Hy moet ook noem waarom die vergaderings nie tot ’n gebrek aan onafhanklikheid lei nie.

²⁴⁷ ARITA 2014:45. In hierdie deel van die verklaring moet die administrateur enige verhoudings met persone wat in die wet gelys word, openbaar en vermeld wat die aard van die verhouding is.

maatskappy ontstaan het²⁴⁸ en, laastens, dat daar geen ander verhoudings bestaan wat hy moet verklaar nie.²⁴⁹

Die derde beginsel van die ARITA-kode toon egter duidelik dat die openbaarmaking van 'n gebrek aan onafhanklikheid nie op sigself 'n oplossing vir die probleem bied nie.²⁵⁰ Dit impliseer dat alhoewel die administrateur al die relevante feite in die DIRRI-verklaring geopenbaar en verduidelik het, dit nie noodwendig tot onafhanklikheid en onpartydigheid lei nie. Sommige troupligtiges voer aan dat die bestaan van 'n verhouding nie die persoon se onafhanklikheid en onpartydigheid affekteer nie, maar dat dit eerder met die persoon se gemoedstoestand verband hou.²⁵¹ Hierdie persone verstaan egter nie die beginsels van vertrouensverpligtinge nie. Die vraag is dus nie of die persoon glo dat hy onafhanklik en onpartydig sal kan optree nie, maar eerder of die objektiewe omstandighede tot moontlike partydigheid sal lei.²⁵² Die verklaring is dus eerder 'n openbaarmaking van daardie verhoudings wat nie 'n gevaar vir die onafhanklikheid van die administrateur inhou nie, maar wat weens die behoefte aan deursigtigheid wel bekend gemaak moet word.²⁵³

3.3.3 VERTROULIKHEID EN VERTROULIKE INLIGTING

Die gebruik van vertroulike inligting vir die administrateur se eie gewin word eerder onder die vermyding van botsende belange hanteer. In hierdie verband bepaal artikel 183 van die wet dat 'n direkteur of ander beampste van die maatskappy nie

²⁴⁸ ARITA 2014:45-46. Die administrateur moet in hierdie gedeelte van die verklaring die aard van sy dienste verduidelik en aandui wanneer die dienste verskaf is. Verder word daar van hom verwag om die omvang van sy vergoeding te openbaar, sowel as die redes waarom die dienste nie tot 'n gebrek aan onafhanklikheid lei nie.

²⁴⁹ ARITA 2014:44.

²⁵⁰ ARITA 2014:51.

²⁵¹ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012. Sien ook ARITA 2014:19. "Not a State of Mind. While Practitioners may consider that their personal integrity and skill makes them immune to the influences of conflicts, this is not the test. This is not a reflection on the integrity of the Practitioner; it is a consequence of the need to preserve the perception of independence."

²⁵² Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austinl. Toegang verkry op 29/08/2012.

²⁵³ ARITA 2014:20.

enige inligting wat hulle in die uitvoering van hulle pligte bekom, mag gebruik om vir hulself 'n voordeel te bewerkstellig of die maatskappy skade te berokken nie.²⁵⁴

Die hantering van vertroulike inligting geniet nie juis baie aandag in die ARITA-kode nie. Die kode maak wel melding daarvan dat 'n lid wat in die loop van sy aanstelling vertroulike of persoonlike inligting bekom, nie daardie inligting vir enige ander doel as die behoorlike uitvoering van sy pligte ingevolge die administrasieprosedure mag gebruik nie.²⁵⁵ Die kode bepaal voorts dat die vertroulike inligting nie aan enigiemand bekend gemaak mag word nie, tensy wetgewing dit vereis.²⁵⁶ Aangesien die administrateur 'n ondersoek na die sake van die maatskappy moet loods, kan hy van sekere optrede deur rolspelers of van ander inligting bewus word wat hy aan die relevante owerhede moet bekend maak.

4. VIR 'N BEHOORLIKE DOEL

4.1 SUID-AFRIKA

“Proper purpose” is not defined, but at common law it has always been taken to mean that directors must exercise their powers for the objective purpose for which the power was given to them and not for collateral or ulterior purpose.”²⁵⁷

Ingevolge artikel 76 moet 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy wanneer hy in daardie hoedanigheid optree, die bevoegdhede en funksies van 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* in goeie trou en vir 'n behoorlike doel uitvoer.²⁵⁸ Die verpligting om sy funksies vir 'n behoorlike doel uit te voer, impliseer dat die praktisyn nie sy magte en bevoegdhede vir enige ander doel mag gebruik as die doel waarvoor dit aan hom toegeken is nie. Hierdie doel is om die maatskappy in

²⁵⁴ *Corporations Act 50/2001*: art 183(1)(a)-(b). Artikel 184(3) bepaal dat indien 'n amptenaar van die maatskappy inligting op 'n oneerlike wyse gebruik met die bedoeling om 'n voordeel vir homself of 'n verwante persoon te bewerkstellig of die maatskappy skade te berokken, daardie persoon aan 'n misdryf skuldig is.

²⁵⁵ ARITA 2014:18,52.

²⁵⁶ ARITA 2014:52.

²⁵⁷ Cassim *et al.* 2012:525; De Wet en Van Wyk 1978:655; Naudé 1970:111. Sien ook Henochsberg 2014: 298. “The ‘proper purpose’ duty entails in the first instance that the director must not exceed the limitations of his own authority and must not exceed the limitations (capacity) of the company.”

²⁵⁸ 71/2008: art 76(3)(a).

nood te rehabiliteer of om 'n beter uitbetaling aan skuldeisers en/of aandeelhouders te bewerkstellig.²⁵⁹

Die toets om vas te stel of 'n troupligtige sy magte vir 'n onbehoorlike doel gebruik of uitgeoefen het, is objektief.²⁶⁰ Selfs al glo die troupligtige (subjektief) dat hy in die troubegunstigde se belang optree, maar hy wend sy magte vir 'n onbehoorlike doel aan, kom dit dus op 'n verbreking van sy vertrouensverpligting neer.²⁶¹

Voorbeelde van die uitoefening van magte vir 'n onbehoorlike doel kan in regspraak gevind word. Die voorbeelde handel meestal oor direkteure wat aandele vir die verkeerde doel uitreik, soos om 'n meerderheid stemme by 'n aandeelhoudersvergadering te kry²⁶² of om 'n oorname te probeer fnuik.²⁶³ Volgens Morse *et al* is die korrekte doel vir die uitreiking van aandele om kapitaal vir die maatskappy te genereer.²⁶⁴

Dit is geen maklike taak om uit die feite van 'n gegewe saak vas te stel of 'n praktisyn sy magte vir 'n onbehoorlike doel uitgeoefen het nie, omdat dit nie altyd so maklik is om vas te stel waarvoor die magte wel uitgeoefen is nie.²⁶⁵ Dít geld veral waar daar verskeie moontlike doelstellings vir die uitoefening van die magte bestaan, soos wat waarskynlik met ondernemingsredding die geval is.²⁶⁶ 'n Praktisyn kan byvoorbeeld tegelykertyd poog om die maatskappy te red, 'n groter uitbetaling aan skuldeisers te bewerkstellig en werknemers se belange te beskerm. Waar veelvuldige doelstellings betrokke is, sal die taak wees om vas te stel watter doelstelling die dominante of primêre doelstelling was.²⁶⁷ Indien dit was om die

²⁵⁹ 71/2008: art 128(1)(b)(iii).

²⁶⁰ Havenga 1998:65; Cassim *et al.* 2012:526; Henochsberg 2014:299(1); *Hogg v Cramphorn Ltd* 1967 Ch 254; *Extrasure Travel Insurances Ltd v Scattergood* 2003 1 BCLC 598 (ChD): 613.

²⁶¹ Du Plessis 2004:315. "Mala fides and dishonesty serve only to indicate that the power was not exercised for a proper and permissible purpose." Cassim *et al.* 2012:526-527. Sien ook Havenga 1998:65. "But even if the directors have acted honestly, they may be liable if the exercise of their powers was for a purpose other than that for which they were conferred." *Hogg v Cramphorn Ltd* 1967 Ch 254: 267. Vgl. Morse *et al.* 1999:269. "... it will also be a breach of duty if the directors do not exercise that power for the purpose for which it was granted even if they are acting bona fide, etc."

²⁶² *Hogg v Cramphorn Ltd* 1967 Ch 254; *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* 1974 AC 821 (PC); Pretorius *et al.* 1999:289-294; Stafford en Ritchie 2008:43.

²⁶³ Cilliers *et al.* 2001:146; Du Plessis 2004:316.

²⁶⁴ Morse *et al.* 1999:269.

²⁶⁵ Cassim *et al.* 2012:527.

²⁶⁶ Havenga 1998:67; Du Plessis 2004:319.

²⁶⁷ Du Plessis 2004:319; Cassim *et al.* 2012:527; Pretorius *et al.* 1999:288. Sien ook *Mills v Mills* 1938 60 CLR 150: 185,186. "Directors of a company are fiduciary agents, and a power conferred upon them

onbehoorlike doel te bereik, sal die uitoefening van daardie mag as vernietigbaar beskou word.²⁶⁸ Waar die dominante doel egter 'n behoorlike doel is, maar die uitoefening van die mag bring toevallig mee dat 'n onbehoorlike doel bereik word, sal geen verbreking van die troupligtige se vertrouensverpligting plaasgevind het nie.

In *Extrasure Travel Insurances Ltd v Scattergood* is vier stappe uiteengesit om vas te stel of 'n troupligtige sy magte vir 'n onbehoorlike doel uitgeoefen het.²⁶⁹ Die eerste is om die spesifieke mag wat uitgeoefen is, te identifiseer. Tweedens word die behoorlike doel geïdentifiseer waarvoor die mag aanvanklik toegeken is. Die derde stap behels die identifisering van die doel waarvoor die mag uitgeoefen is, en laastens word oorweeg of die doel behoorlik was of nie.²⁷⁰

Indien 'n praktisyn daarvan beskuldig word dat hy sy statutêre magte vir 'n onbehoorlike doel gebruik het, sal dieselfde beginsels en stappe op die gegewe situasie toegepas word om te bepaal of hy sy vertrouensverpligting nagekom het of nie. Ten einde die toepassing van hierdie beginsels te illustreer, word die feite van die *Murgatroyd v Van den Heever NO*-saak gebruik.²⁷¹ Hou egter in gedagte dat hierdie saak nie oor die "behoorlike doel"-leerstuk gehandel het nie, maar dat die feite van so 'n aard is dat dit hier vir illustrasiedoeleindes aangewend kan word.

In *Murgatroyd v Van den Heever NO* het die maatskappy Sanyati Civil Engineering and Construction by wyse van 'n maatskappybesluit reddingsverrigtinge aanhangig gemaak. Die applikant in die aangeleentheid is as die reddingspraktisyn van die maatskappy in nood aangestel. 'n Maand na sy aanstelling het die praktisyn aangedui dat daar geen redelike vooruitsig op redding vir Sanyati bestaan nie. Die maatskappy is gevolglik onder likwidasië geplaas. Vyf van die respondente in die saak is as gesamentlike likwidateurs van die, en het gehandel oor uitgawes wat die praktisyn in die uitoefening van sy verpligtinge aangegaan het en nou geëis het. Die uitgawes was vir die aanstelling van drie van die respondente, wat as adviseurs vir

cannot be exercised in order to obtain some private advantage or for any purpose foreign to the power." Vgl. *Morse et al.* 1999:266,269.

²⁶⁸ *Cassim et al.* 2012:527; *Du Plessis* 2004:319; *Mills v Mills* 1938 60 CLR 150: 185; *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* 1974 AC 821 (PC); *Pretorius et al.* 1999:289-294.

²⁶⁹ *Extrasure Travel Insurances Ltd v Scattergood* 2003 1 BCLC 598 (ChD): 613; *Henochsberg* 2014:298(1)-298(2); *Cassim et al.* 2012:528.

²⁷⁰ *Henochsberg* 2014:298(1)-298(2); *Stafford en Ritchie* 2008:44.

²⁷¹ *Murgatroyd v Van Den Heever N.O.*(20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ).

die praktisyn opgetree het. Die uitgawes in hierdie verband het onderskeidelik R1 219 332,28, R428 414,74 en R272 523 beloop. Alhoewel die praktisyn ingevolge artikel 140(1) en (2) die bevoegdheid gehad het om adviseurs aan te stel en om ingevolge artikel 143(1) en regulasie 128(3) uitgawes wat hy in die uitoefening van sy pligte moes aangaan, terug te eis, het die respondente (likwidateurs) 'n probleem daarmee gehad om die eis uit te betaal. Hulle argument was dat die uitgawes nie redelikerwys noodsaaklik was vir die praktisyn om sy funksies uit te voer of die redding te bewerkstellig nie.²⁷² Die praktisyn se teenargument was egter dat hy die advies nodig gehad het omdat die maatskappy baie groot was en dat Sanyati by meer as 50 projekte betrokke was en meer as 2 700 werknemers en 1 500 skuldeisers gehad het.

Bostaande feite is reeds voldoende om voormelde vier stappe toe te pas. Eerstens is die mag wat uitgeoefen was dat die praktisyn adviseurs aangestel het om hom met die uitoefening van sy funksies te help, en dat hy daarna die vergoeding van die adviseurs van die maatskappy geëis het. Tweedens is die behoorlike doel waarvoor die mag aanvanklik toegeken is die aanstelling van persone om die praktisyn met sy take te help, hetsy om die maatskappy te rehabiliteer of 'n beter uitbetaling aan skuldeisers te bewerkstellig. Hierdie mag word ingevolge artikel 140(1)(c)(ii) en (2) aan die praktisyn verleen.²⁷³ Derdens is die doel waarvoor die mag in die onderhawige geval uitgeoefen is om die praktisyn van bystand en advies te voorsien in die ingewikkelde reddingsverrigtinge van die maatskappy waarvoor hy as praktisyn aangestel is. Vierdens blyk dus duidelik dat die praktisyn wel sy mag vir 'n behoorlike doel aangewend het. Die vier stappe wat in *Extrasure Travel Insurances Ltd v Scattergood* geïdentifiseer is, kan dus met sukses op die vraag na die uitoefening van die praktisyn se magte vir 'n behoorlike doel toegepas word.²⁷⁴

Die praktisyn wat sy magte vir 'n behoorlike doel aanwend, sal die eiendom van die maatskappy beskerm en die belange van die maatskappy en ander

²⁷² Maatskappywet 71/2008: reg 128(3). "In addition to the remuneration determined in accordance with section 143(1) to (4) and this regulation, a practitioner is entitled to be reimbursed for the actual cost of any disbursement made by the practitioner to the extent reasonably necessary to carry out the practitioner's functions and facilitate the conduct of the company's business rescue proceedings."

²⁷³ 71/2008: art 140(1)(c)(ii),(2).

²⁷⁴ *Extrasure Travel Insurances Ltd v Scattergood* 2003 1 BCLC 598 (ChD): 613.

belanghebbendes in die vervreemding daarvan in gedagte hou.²⁷⁵ In hierdie verband kan die aangaan van na-aanvangsfinansiering van belang wees. By die aangaan van hierdie tipe finansiering sal die praktisyn 'n onbeswaarde bate van die maatskappy as sekerheid vir die verkryging van 'n lening stel.²⁷⁶ Aangesien onbeswaarde bates normaalweg tot voordeel van die onversekerde skuldeisers gerealiseer word, sal die beswaring van hierdie bate uiters nadelige gevolge vir daardie skuldeisers hê.²⁷⁷ Hulle eise skuif immers laer af in die rangorde, en die moontlike opbrengs word deur die beswaring verminder.²⁷⁸ Indien die “behoorlike doel”-leerstuk dus op die aangaan van hierdie finansiering toegepas word, moet die doel van die verrigtinge oorweeg word. Indien die doel van die ondernemingsreddingsverrigtinge is om 'n beter uitbetaling aan skuldeisers en aandeelhouders te bewerkstelling, sal die praktisyn kwalik kan bewys dat die aangaan van finansiering ingevolge artikel 135 op die uitoefening van sy magte vir 'n behoorlike doel neerkom, omdat werknemers die meeste voordeel uit so 'n besluit sal trek.

Die vraag of die praktisyn sy magte vir 'n behoorlike doel aangewend het, sal dus afhang van die feite van die gegewe saak en, in die besonder, van die oogmerk wat die reddingsplan vooropstel.

²⁷⁵ UNCITRAL 2005:179. “Taking all steps necessary to protect and preserve the assets of the insolvency estate and the debtor’s business, including preventing unauthorized disposal of those assets and exercising avoidance powers.”

²⁷⁶ 71/2008: art 135(2)(a).

²⁷⁷ Jacobs 2012:93-95.

²⁷⁸ Jacobs 2012:93-95; Henochsberg 2014:478(11). Sien ook *Merchant West Working Capital Solutions (Pty) Ltd v Advanced Technologies and Engineering Company Ltd* (saaknr 12406/2013) 10 Mei 2013]. “Claims rank in the following order of preference: 1. The practitioner, for remuneration and expenses, and other persons (including legal and other professionals) for cost of business rescue proceedings. 2. Employees for any remuneration which became due and payable after business rescue proceedings began. 3. Secured lenders or other creditors for any loan or supply made after business rescue proceedings began, ie postcommencement finance. 4. Unsecured lenders or other creditors for any loan or supply made after business rescue proceedings, ie postcommencement finance. 5. Secured lenders or other creditors for any loan or supply made before business rescue proceedings began. 6. Employees for any remuneration which became due and payable before business rescue proceedings began. 7. Unsecured lenders or other creditors for any loan or supply made before business rescue proceedings began.”

4.2 DIE VERENIGDE KONINKRYK

Aangesien die administrateur met omvattende magte en bevoegdhede beklee word om sy verpligtinge uit te oefen, moet hy binne die perke van die reddingsplan en die skuldeisers se wense optree, sowel as vir 'n behoorlike doel.²⁷⁹ Dit impliseer dat indien die skuldeisers enige voorstelle goedkeur, die administrateur daaraan gehoor moet gee en nie sy magte vir enige ander doelstellings moet inspan of aanwend nie.²⁸⁰

Die administrateur sal sy magte vir 'n behoorlike doel aangewend het indien dit ter bevordering van een van die statutêre doelstellings geskied het.²⁸¹ In die geval van administrasie is daar meer as een doelstelling wat die administrateur kan najaag. Bylae B1 by die *Insolvency Act* lê die administrateur 'n hiërargie van oogmerke op om ten opsigte van die maatskappy te bereik, naamlik²⁸² i) om die maatskappy as 'n lopende saak te red,²⁸³ of ii) om 'n beter uitbetaling of resultaat vir alle skuldeisers te bewerkstellig as wat die geval sou wees indien die maatskappy gelikwieder sou word,²⁸⁴ of iii) om bates te realiseer ten einde 'n uitbetaling aan een of twee versekerde of preferente skuldeisers te maak.²⁸⁵

Die administrateur moet sy verpligtinge uitoefen in ooreenstemming met die besluite wat gedurende die “krisis” geneem word, en mag nie sy magte vir 'n onbehoorlike doel aanwend nie.²⁸⁶ Aangesien hy egter veelvuldige doelstellings kan najaag, sal daar eerstens vasgestel moet word na watter doel hy inderdaad streef. Die administrateur word ingevolge paragraaf 3 van bylae B1 verplig om die eerste doel in die hiërargie na te jaag, tensy hy glo dat dit nie redelik prakties is om daardie doel te

²⁷⁹ Armour en Mokal 2004:16.

²⁸⁰ Armour en Mokal 2004:16. “Moreover, just as a trustee must keep within the terms of his trust and a director must abide by the company’s constitution, the administrator’s powers must be exercised in accordance with decisions taken under the ‘crisis constitution’ of the company prescribed by the administration regime, and not for an improper purpose.”

²⁸¹ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3, soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002; Armour en Mokal 2004:17.

²⁸² Armour *et al.* 2008:160.

²⁸³ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(1)(a), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

²⁸⁴ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(1)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

²⁸⁵ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(1)(c), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

²⁸⁶ Armour en Mokal 2004:16-17. “Namely, the administrator must act in accordance with any decisions of the creditors’ meeting as to his proposals, and in the period before a creditors’ meeting has met, in accordance with any direction given by the court.”

bereik nie²⁸⁷ of indien die tweede doelstelling in die hiërargie 'n beter resultaat vir die skuldeisers in die geheel sal oplewer.²⁸⁸ Indien daar nie aan een van hierdie vereistes voldoen word nie, maar die administrateur jaag 'n ander doel as die eerste een na, word daar aanvaar dat hy sy pligte vir 'n onbehoorlike doel uitoefen.²⁸⁹

Die hantering van die maatskappy se bates hou ten nouste verband met die uitoefening van die administrateur se pligte vir 'n behoorlike doel. Die bates van die maatskappy moet altyd vir 'n behoorlike doel gerealiseer word. McCormack noem 'n voorbeeld waar 'n maatskappy oor twee bates beskik.²⁹⁰ Die eerste bate is noodsaaklik vir die voortsetting van die maatskappy se besigheid, maar die ander een nie. Die administrateur besluit om die noodsaaklike bate te verkoop omdat dit maklik verkoopbaar is. Die vervreemding het egter 'n verlammeende effek op die volhoubaarheid van die maatskappy se besigheid. In hierdie geval kom dit dus voor of die administrateur die aandeelhouders en moontlik ook die skuldeisers se belange skade berokken het, en dat hy dalk sy pligte vir 'n onbehoorlike doel uitgeoefen het. Die kode bevat bepalinge wat hiermee verband hou. Ingevolge paragraaf 52 van die kode word daar aanbeveel dat die administrateur openhartig moet wees oor die beweegredes vir sy besluit om bates te vervreem.²⁹¹

4.3 AUSTRALIË

Ingevolge artikel 181 van die Australiese *Corporations Act* moet die administrateur as amptenaar van die maatskappy sy magte en verpligtinge in goeie trou en in die maatskappy se belang uitoefen, sowel as vir 'n behoorlike doel.²⁹² Artikel 184 bepaal voorts dat indien die administrateur nie sy magte en verpligtinge vir 'n behoorlike doel uitoefen nie, hy 'n misdaad pleeg.²⁹³

²⁸⁷ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(3)(a), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

²⁸⁸ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(3)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

²⁸⁹ Armour en Mokal 2004:18; McCormack 2007:529.

²⁹⁰ McCormack 2007:530.

²⁹¹ IPA 2012:12 par 52.

²⁹² *Corporations Act* 50/2001: art 181(1)(a),(b).

²⁹³ *Corporations Act* 50/2001: art 184(1)(d).

Voordat daar egter vasgestel kan word of die administrateur sy magte en verpligtinge vir 'n behoorlike doel aanwend, behoort die doelstellings van die administrasieprosedure eerstens oorweeg te word.

Soos met die Engelse administrasieprosedure, stel die Australiese wet sekere oogmerke vir die verrigtinge. Ingevolge artikel 435A van die wet is die oogmerke van die administrasie eerstens om die maatskappy of die besigheid van die maatskappy 'n groter kans te gee om te bly voortbestaan. Tweedens, indien dít nie moontlik is nie, is die oogmerk om 'n beter resultaat vir die skuldeisers van die maatskappy te bewerkstellig as wat die onmiddellike likwidasië van die maatskappy sou oplewer.²⁹⁴ Die administrateur is dus verplig om in die uitoefening van sy verpligtinge na bogenoemde doelstellings te streef.²⁹⁵ Hy moet ook let op die hiërargie van die doelstellings en hom daarvan weerhou om 'n beter resultaat vir skuldeisers na te jaag ten koste van die voortbestaan van die maatskappy of die besigheid van die maatskappy.

Die saak van *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* speel in hierdie verband 'n belangrike rol.²⁹⁶ In hierdie saak is 'n tweestapbenadering ontwikkel om te bepaal of die administrateur sy magte vir 'n behoorlike doel uitgeoefen het.²⁹⁷ Die eerste stap is om vas te stel vir watter doel die magte aan die persoon toegeken is.²⁹⁸ In die geval van die administrateur, sal dit wees om die doelwitte in die wet te bereik. Die tweede stap is om te bepaal of die persoon sy magte aangewend het om voormelde doel te bereik.²⁹⁹ In die geval van die administrateur, kan daar gevra word of die bates van die maatskappy aangewend is om die doelwitte in die wet te bereik. Die hantering van die maatskappy se bates behoort die bereiking van 'n behoorlike doelwit te weerspieël.³⁰⁰ Die administrateur behoort dus versigtig met die vervreemding van bates om te gaan sodat hy nie op 'n wyse optree wat nié tot die bereiking van die doelwitte bydra nie. 'n Administrateur kan byvoorbeeld besluit om 'n bate te vervreem ten einde die skuldeisers se eise te dek, hoewel die bate 'n

²⁹⁴ *Corporations Act 50/2001*: art 435A(a),(b).

²⁹⁵ Glover en Duns 2001:139; Blanchard 2005:54.

²⁹⁶ *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* 1974 AC 821 (PC).

²⁹⁷ Klein en Du Plessis 2005:78.

²⁹⁸ *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* 1974 AC 821 (PC); Klein en Du Plessis 2005:78; Pretorius *et al.* 1999:291.

²⁹⁹ *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* 1974 AC 821 (PC); Klein en Du Plessis 2005:78.

³⁰⁰ Fridman 2003:338; *Corporations Act 50/2001*: art 437A,437D.

noodsaaklike bate is en die besigheid van die maatskappy nie daarsonder kan voortgaan nie. In so 'n geval sou die hof kon bevind dat die administrateur nie sy magte vir 'n behoorlike doel aangewend het nie.³⁰¹

Ingevolge artikel 442A is die administrateur by magte om te doen wat ook al nodig is om die doelstellings van die administrasie te bereik.³⁰² Hierdie bepaling beklemtoon die omvattende magte van die administrateur en plaas veral klem op die uitoefening van sy diskresie, maar bepaal terselfdertyd dat hy hierdie magte op 'n wyse moet uitvoer wat op die bereiking van die doelstellings in die wet toegespits is.

5. IN DIE BESTE BELANG VAN DIE MAATSKAPPY?

Dit is geykte reg dat die direkteure van 'n solvente maatskappy in die uitoefening van hul pligte altyd die belange van die maatskappy moet vooropstel. Die kwasi-gekodifiseerde vertrouensverpligting wat hiermee verband hou, word in artikel 76 vervat en derhalwe ook op die praktisyn van toepassing gemaak.³⁰³

Ingevolge artikel 76(3)(b) moet 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy wanneer hy in daardie hoedanigheid optree, die bevoegdhede uitoefen en die funksies uitvoer van 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* in die beste belang van die maatskappy.³⁰⁴ Dit blyk dus asof die praktisyn sy verpligtinge uitsluitlik in die belang van die maatskappy en daarom die aandeelhouers se belang moet uitoefen. In die lig van die bespreking in hoofstuk 2 kan aangevoer word dat so 'n verpligting in stryd is met die inklusiewe reddingsbenadering wat die wetgewer beoog. Wat tot hierdie teenstrydigheid bydra, is die siening in hierdie studie dat die praktisyn sy trou verskuldig is aan die volgende persone, in die volgende volgorde: i) die skuldeisers, ii) die werknemers, iii) die aandeelhouers, en iv) die gemeenskap waarbinne die maatskappy funksioneer.³⁰⁵

³⁰¹ Dit is uiteraard 'n oorvereenvoudigde voorbeeld en neem nie unieke omstandighede en komplekse gebeurlikhede wat in so 'n scenario kan bestaan in ag nie.

³⁰² *Corporations Act* 50/2001: art 442A.

³⁰³ 71/2008: art 76.

³⁰⁴ 71/2008: art 76(3)(b).

³⁰⁵ Sien paragraaf 7.2.2.4 in Hoofstuk 2.

Daar word egter aan die hand gedoen dat indien die beste belange van die maatskappy wel 'n rol in die uitoefening van die praktisyn se verpligtinge speel, dit wel tot 'n suksesvolle redding kan lei wat tog ook in die skuldeisers, werknemers, aandeelhouders én die gemeenskap se belang sal wees. Derhalwe hou hierdie verpligting in dat die praktisyn sy magte en pligte in die maatskappy se belang moet probeer uitoefen, maar daarteen moet waak om dit ten koste van die ander geaffekteerde persone te doen.

Indien 'n praktisyn as troupligtige in die maatskappy optree, hou dit noodwendig in dat hy 'n botsing tussen enige van sy eie of 'n verwante persoon se belange en dié van die maatskappy en/of geaffekteerde persone sal vermy.³⁰⁶ Die vernaamste belangebotsings wat die praktisyn moet vermy, is om persoonlike finansiële belange by die sake van die maatskappy te hê of met die maatskappy mee te ding. 'n Belangebotsing kan ook met 'n konflik in verpligtinge verband hou, soos reeds hierbo bespreek is.

5.1 SUID-AFRIKA

“Iemand in 'n vertrouensposisie, soos 'n direkteur, is regtens verplig om te verhoed dat 'n botsing ontstaan tussen sy eie belange en dié van die party wat hy dien. Op grond van hierdie beginsel mag 'n direkteur geen ander voordeel uit sy amp bekom as dit waartoe hy by wyse van direkteursvergoeding geregtig is nie.”³⁰⁷

Die saak van *Robinson v Randfontein*³⁰⁸ is een van die belangrikste in die Suid-Afrikaanse reg oor direkteur se vertrouensverpligtinge en botsende belange. Byna elke saak oor 'n vertrouensverhouding sedert 1921 het na dié uitspraak van regter Innes verwys.

Aan die begin van die 20ste eeu het 'n Robinson-maatskappygroep oor 'n groot getal mineraalregte in die plase Randfontein, Uitvalfontein en Waterval beskik. Een van die maatskappye in die groep, Randfontein Estates Gold Mining, was die eiser in die

³⁰⁶ Naudé 1970: 116. “Die oplossing word in die uitgangspunt gesoek dat die vertrouensman hom nie in 'n konfliktsituasie mag plaas waar die belangesfere bots nie.”

³⁰⁷ Cilliers *et al* 2001: 141.

³⁰⁸ *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD: 168; Pretorius *et al.* 1999:305; Cilliers *et al.* 2001:141-142.

saak en het 'n aksie ingestel teen mnr Robinson, die voorsitter van die raad van die eiser. Die feite van die saak is kortliks dat die eiser vanweë 'n huurkontrak te dien effekte mineraalregte in die plaas Waterval gehad het. Mnr Robinson wou egter eerder hê dat die maatskappy volle eienaarskap oor die plaas bekom, maar kon nie met die eienaars van die eiendom tot 'n vergelyk kom nie. Hy het later in sy persoonlike hoedanigheid deur 'n verteenwoordiger 'n onverdeelde halwe aandeel in die plaas Waterval teen £60000 gekoop. Nie lank nadat die transaksie gesluit is nie, het mnr Robinson sy aandeel teen £275 000 aan die Waterval Trust Maatskappy verkoop. Die Waterval Trust Maatskappy was 'n onderneming wat die eiser opgerig het vir die uitsluitlike doel om eienaarskap van die plaas Waterval te bekom, en die eiser het al die aandele van die maatskappy besit.

Die res van die raad van die eiser was nie geneë met die groot wins wat die verweerder ten koste van die eiser gemaak het nie en het derhalwe hulle aksie teen die voorsitter, mnr Robinson, ingestel. Die hof het bevind dat die eiser geregtig was op die totale bedrag wins wat die verweerder op die transaksie gemaak het en het die verweerder gelas om die wins van £215 000 aan die eiser te betaal.

Regter Innes se beweegrede vir dié beslissing blyk duidelik uit die volgende aanhaling uit die saak:

*“Where one man stands to another in a position of confidence involving a duty to protect the interests of that other, he is not allowed to make a secret profit at the other’s expense or place himself in a position where his interests conflict with his duty. The principle underlies an extensive field of legal relationship. A guardian to his ward, a solicitor to his client, an agent to his principal afford examples of persons occupying such a position.”*³⁰⁹

Hierdie saak toon duidelik dat die troupligtige nie vir homself 'n voordeel ten koste van die troubegunstigde kan bewerkstellig nie. Sterk beginsels van lojaliteit tree na vore in hierdie uitspraak. Dit dui op die troupligtige se plig om 'n belangebotsing met die troubegunstigde te vermy, sowel as op die uiterste goeie trou wat die troupligtige aan die dag moet lê om nie sy posisie van vertrouwe te misbruik nie. Soos regter

³⁰⁹ *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD: 177-178.

Bistowe tereg in paragraaf 266 van die uitspraak gesê het: “For as his power grew so his responsibility grew also ...”.³¹⁰

Uit die bogaande bespreking tree twee beginsels met betrekking tot die troupligtige na vore. Die eerste beginsel is dat die troupligtige nie enige wins mag maak as gevolg van die posisie wat hy as troupligtige beklee nie, wat ook bekend is as die “no profit”-reël.³¹¹ Die tweede beginsel is bekend as die “no conflict”-reël en behels dat die troupligtige hom nie in ’n posisie mag plaas waar die troubegunstigde se belange met sy eie in konflik kom nie.³¹²

*“The rationale of both the ‘no-conflict’ and the ‘no-profit’ rule is to underpin the fiduciary’s duty of undivided loyalty to his or her beneficiary.”*³¹³

Daarom is dit belangrik om die verpligting tot lojaliteit as deel van die praktisyn se plig tot goeie trou te oorweeg.

5.1.1 PERSOONLIKE FINANSIËLE BELANGE EN ’N VERMYDING VAN BELANGEBOTSINGS

Ten einde die belang van die vermyding van botsende belange te benadruk, kan daar eerstens na artikel 139(2)(e) van die Wet verwys word,³¹⁴ wat bepaal dat die hof op versoek van ’n geaffekteerde persoon of uit eie beweging ’n praktisyn op grond van ’n belangebotsing van sy amp kan onthef.³¹⁵ Belangebotsings hou uiteraard verband met die onafhanklikheid van die praktisyn, maar met meer as

³¹⁰ *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 266.

³¹¹ *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* 1942 1 All ER 378 (HL); *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD: 177-178; De Wet en Van Wyk 1978:654; Havenga 1989:126; Havenga 1998:69; Cassim *et al.* 2012:536.

³¹² Naudé 1970:127. “Die klassieke voorbeeld van ’n belangekonfrontasie tussen ’n direkteur en sy maatskappy is die totstandkoming van ’n koop-, lenings, of ander kontrak tussen hulle. Soos vroeër opgemerk is die uitgangspunt dat die vertrouensposisie van ’n direkteur van hom verg om so ’n botsing in belange te vermy, en nie dat hy die botsing mag bewerkstellig mits hy redelik teenoor die maatskappy optree nie.” Sien ook *Boardman v Phipps* 1966 3 All ER 721; *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 177-178; *Bhullar v Bhullar* 2003 2 BCLC 241 CA; De Wet en Van Wyk 1978:656. Vgl. Havenga 1989:129. “Directors should not be allowed to be put into positions that may compromise their fidelity. They should not even be placed in a position of possible conflict of duty and self-interest.” Cassim *et al.* 2012:534-536.

³¹³ Cassim *et al.* 2012:536.

³¹⁴ 71/2008: art 139(2)(e).

³¹⁵ 71/2008: art 139(2)(e).

slegs 'n moontlike gebrek aan objektiwiteit. Die moontlikheid van misbruik van die troupligtige se posisie vir eie gewin eerder as die troubegunstigde s'n is 'n verdere gevaar. Dié beginsel is selfs van toepassing in gevalle waar die troubegunstigde nie van enige voordeel ontnem is nie, en handel dus daarvoor dat die oorsprong van die troupligtige se voordeel uit die bekleding van sy amp spruit.³¹⁶

In die voorafgaande bespreking is daar verwys na artikel 76(2) van die Wet, wat handel oor die vertroulike hantering van inligting wat onder die praktisyn se aandag kom. In die bespreking van botsende belange gaan dit oor die gebruik van daardie inligting tot die praktisyn se eie voordeel. Hier gaan dit spesifiek oor die gebruik van daardie inligting om geleenthede wat die maatskappy toekom, vir homself aan te gryp. Die artikel bepaal dat 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy nie die posisie van *ondernemingsreddingspraktisyn* of enige inligting wat hy in daardie hoedanigheid bekom, moet gebruik om vir homself of 'n ander persoon as die maatskappy of 'n volfiliaal van die maatskappy 'n voordeel te verkry nie.³¹⁷ Hierdie artikel van die Wet het dus te make met die "corporate opportunity"-reël.³¹⁸ Soos reeds hierbo genoem is, bestaan daar 'n moontlikheid dat die praktisyn die inligting wat aan hom bekend word, kan gebruik om met die maatskappy mee te ding of 'n binnekennistransaksie te beklink. Dit is ook moontlik dat die voordeel vir 'n ander persoon as die praktisyn bewerkstellig kan word.

Ten einde gevalle te hanteer waar die praktisyn moontlike belangebotsings van 'n persoonlike finansiële aard het, maak die Wet daarvoor voorsiening dat hy enige persoonlike finansiële belange kan openbaar. 'n Persoonlike finansiële belang word ingevolge artikel 1 omskryf as 'n regstreekse, wesenlike belang van die persoon van 'n finansiële, monetêre of ekonomiese aard of waaraan 'n monetêre waarde toegeskryf kan word.³¹⁹ Artikel 1 omskryf ook die woord "wesenlik" as beduidend in die omstandighede van 'n bepaalde aangeleentheid in soverre dit van belang is by

³¹⁶ Cilliers *et al.* 2001:142.

³¹⁷ 71/2008: art 76(2)(a)(i).

³¹⁸ Havenga 1998:92-93. "It appears that any business opportunity which the company would otherwise have obtained and which is acquired by a director for his own private profit, is regarded as corporate opportunity and renders the director accountable for the profit he makes from it." Cassim *et al.* 2012:538. "In sharp contrast to the no-profit rule is the corporate opportunity rule that prohibits a director from usurping any contract, information or other opportunity that properly belongs to the company and that came to him or her as director of the company. Since the opportunity belongs to the company, it is a breach of fiduciary duty for directors to divert the opportunity for themselves."

³¹⁹ 71/2008: art 1.

die bepaling van die aangeleentheid of 'n redelike invloed op die persoon se oordeel of besluitneming in die aangeleentheid kan hê.³²⁰ Dit beteken dat die finansiële belang waarna hierdie artikel verwys beduidend moet wees; trouens, so beduidend dat dit die persoon se besluite in die gegewe saak sal beïnvloed. 'n Meevallertjie van onbeduidende finansiële, monetêre of ekonomiese aard sal dus nie as 'n persoonlike finansiële belang beskou word nie.

Artikel 75(4) bepaal dat 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* op enige tydstip enige persoonlike finansiële belang vooruit kan bekend maak deur die direksie of aandeelhouders skriftelik kennis te gee van die aard en omvang van daardie belang, welke kennisgewing oor die algemeen vir die doeleindes van hierdie artikel gebruik moet word totdat die *ondernemingsreddingspraktisyn* dit deur verdere skriftelike kennisgewing verander of onttrek.³²¹ Die probleem met hierdie bepaling is weereens die openbaarmaking van die inligting aan die direksie.³²² Aangesien die direkteur, as troupligtige, sy belange aan die aandeelhouders, as troubegunstigdes, moet kommunikeer waar hy as alleendirekteur optree, kan 'n mens aflei dat die praktisyn ook sy belang by 'n spesifieke aangeleentheid wat die maatskappy raak, vooruit aan sy troubegunstigdes, naamlik die geaffekteerde persone, kan kommunikeer.³²³

'n Verdere problematiese bepaling is artikel 75(5), wat vervolgens stapsgewys bespreek word. Artikel 75(5) lui: "Indien 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy, 'n persoonlike finansiële belang het met betrekking tot 'n saak wat by 'n vergadering van die direksie oorweeg gaan word, of weet dat 'n verwante persoon 'n persoonlike finansiële belang by die saak het ..."³²⁴ Alhoewel daar gedurende ondernemingsreddingsverrigtinge steeds direksievergaderings kan plaasvind, aangesien die direkteure nie uit hul ampte onthef is nie en die praktisyn moet bystaan, is die direkteure steeds nie die enigste persone wat deur die praktisyn se persoonlike finansiële belang geraak kan word nie. Daar kan dus hier eerder verwys word na 'n vergadering van geaffekteerde persone, soos die vergaderings van

³²⁰ 71/2008: art 1.

³²¹ 71/2008: art 75(4).

³²² Die direksie is nie meer in 'n posisie om ooreenkomstig die inligting op te tree nie. Sien par 3.1.3 hierbo.

³²³ 71/2008: art 75(3).

³²⁴ 71/2008: art 75(5).

skuldeisers,³²⁵ werknemers³²⁶ of die vergadering ter oorweging van die reddingsplan.³²⁷

'n Verwante persoon is ingevolge artikel 2 'n individu wat aan 'n ander individu verwant is deurdat hulle (i) getroud is, of saamwoon in 'n verhouding soortgelyk aan 'n huwelik, of (ii) geskei word deur nie meer as twee grade van natuurlike of aangenome bloedverwantskap of aanverwantskap nie.³²⁸ 'n Individu is verwant aan 'n regspersoon as die individu die regspersoon regstreeks of onregstreeks beheer, soos wat subartikel (2) bepaal.³²⁹ Die woord "weet" speel weereens hier 'n rol en plaas 'n swaar las op die praktisyn om vas te stel of hy moontlik verwant kan wees aan 'n persoon of regspersoon wat dalk 'n finansiële belang kan hê.³³⁰

Ingevolge artikel 75(5)(a) moet die *ondernemingsreddingspraktisyn* die belang en die algemene aard daarvan openbaar maak voordat die saak op die vergadering oorweeg word.³³¹ Daar is geen noemenswaardige kwelpunt met betrekking tot hierdie subartikel nie, behalwe dat die vergadering waarna daar verwys word – in die lig van bostaande bespreking – 'n vergadering van, en derhalwe ook 'n openbaarmaking aan, geaffekteerde persone behels. Subartikel (b) bepaal dat die *ondernemingsreddingspraktisyn* enige wesentliche inligting oor die saak wat aan hom bekend is, aan die vergadering moet openbaar.³³² Dit stem ooreen met die bepalings in artikel 76(2)(b) oor die openbaarmaking van wesentliche inligting,³³³ en impliseer dat

³²⁵ 71/2008: art 147.

³²⁶ 71/2008: art 148.

³²⁷ 71/2008: art 151.

³²⁸ 71/2008: art 2(1)(a).

³²⁹ 71/2008: art 2(1)(b),2(2). Vir die toepassing van subartikel (1) beheer 'n persoon 'n regspersoon of sy besigheid indien (a) in die geval van 'n regspersoon wat 'n maatskappy is - (i) daardie regspersoon 'n filiaal van daardie eerste persoon is, soos ooreenkomstig artikel 3(1)(a) bepaal; of (ii) daardie eerste persoon saam met 'n verwante of onderling verwante persoon, (aa) regstreeks of onregstreeks 'n meerderheid van die stemregte wat aan sekuriteite van daardie maatskappy verbonde is, hetsy na aanleiding van 'n aandeelhouersooreenkoms of andersins, kan uitoefen of die uitoefening daarvan kan beheer; of (bb) die reg het om direkteure van daardie maatskappy wat 'n meerderheid van die stemme by 'n vergadering van die direksie beheer, aan te stel of te verkies, of die aanstelling of verkiesing te beheer.

³³⁰ 71/2008: art 1. "Wetende" of "weet", wanneer dit ten opsigte van 'n persoon en met betrekking tot 'n bepaalde aangeleentheid gebruik word, beteken dat die persoon óf werklike kennis van daardie aangeleentheid gehad het, of in 'n posisie was waar die persoon redelikerwys werklike kennis sou gehad het; die aangeleentheid moes ondersoek het in 'n mate wat die persoon van werklike kennis kon voorsien het, of ander maatreëls kon getref het wat, as dit getref was, redelikerwys verwag sou word die persoon van werklike kennis van die aangeleentheid te kon voorsien het.

³³¹ 71/2008: art 75(5)(a).

³³² 71/2008: art 75(5)(b).

³³³ 71/2008: art 76(2)(b)(ii).

die praktisyn enige wesentliche inligting oor die saak waarby hy of 'n verwante persoon 'n persoonlike finansiële belang het, moet openbaar. Subartikel (c) sluit hierby aan en bepaal dat die *ondernemingsreddingspraktisyn* enige waarnemings of tersaaklike insigte met betrekking tot die saak kan openbaar indien hy die ander direkteure hom so versoek.³³⁴ Hier behoort die woord “direkteure” weereens met geaffekteerde persone vervang te word. Die openbaarmaking van hierdie inligting is bedoel om die geaffekteerde persone voldoende oor die gegewe saak in te lig ten einde ingeligte besluite te kan neem, onder andere of hulle met die saak wil voortgaan ten spyte van die praktisyn se persoonlike belang daarby.

Artikel 75(5)(d) bepaal dat die *ondernemingsreddingspraktisyn*, indien hy by die vergadering teenwoordig is, die vergadering onmiddellik moet verlaat nadat enige openbaarmaking ingevolge paragraaf (b) of (c) gemaak is.³³⁵ Aangesien die praktisyn as voorsitter in die vergaderings van geaffekteerde persone dien³³⁶ en uitsluitlik in beheer van die bestuur van die maatskappy in nood staan, is dit myns insiens 'n probleem om van hom te verwag om die vergadering te verlaat. 'n Moontlike oplossing kan wees dat die praktisyn sy bevoegdheid om by daardie spesifieke vergadering as voorsitter op te tree, aan 'n ander persoon delegeer, maar dat hy nie die vergadering verlaat nie. Subartikel (e) verlang voorts dat die *ondernemingsreddingspraktisyn* nie aan die oorweging van die saak moet deelneem nie, buiten in die mate wat in paragrawe (b) en (c) beoog word.³³⁷ Aangesien die praktisyn buitendien nie oor enige saak stem wat by 'n vergadering oorweeg word nie, hou dié bepaling eerder in dat die praktisyn hom daarvan moet weerhou om sy opinie ten opsigte van die aangeleentheid te opper. By die oorweging van sekere besluite wat geaffekteerde persone moet neem, rus daar 'n plig op die praktisyn om die partye na sy beste vermoë oor die voor- en nadele in te lig. Waar hy of 'n verwante persoon egter 'n persoonlike finansiële belang by die aangeleentheid het, sal sy onpartydigheid ten aansien daarvan in twyfel getrek word. In so 'n geval kan die bevoegdheid om gedurende die vergadering objektiewe inligting aan die geaffekteerde persone te voorsien, aan 'n ander persoon gedelegeer word.

³³⁴ 71/2008: art 75(5)(c).

³³⁵ 71/2008: art 75(5)(d).

³³⁶ 71/2008: art 147,148,151.

³³⁷ 71/2008: art 75(5)(e).

Indien die bepalings van artikel 75(5) soos hierbo geïnterpreteer word, hoef subartikel (f) nie op die praktisyn toegepas te word nie.³³⁸

Laastens mag die *ondernemingsreddingspraktisyn* nie enige dokument met betrekking tot die saak namens die maatskappy verly nie, tensy die direksie hom spesifiek vra of opdrag gee om dit te doen.³³⁹ Dít hou dus in dat die praktisyn nie enige dokument mag opstel wat verband hou met die saak waarby hy of 'n verwante persoon 'n belang het nie, tensy die geaffekteerde persone aan hom die magtiging verleen.

Ter opsomming verwag artikel 75(5) dus die volgende van die praktisyn: Indien die praktisyn of 'n persoon wat aan hom verwant is 'n persoonlike finansiële belang by 'n saak het wat voor 'n vergadering van enige geaffekteerde persone dien, moet hy die belang aan die geaffekteerde persone openbaar. Die praktisyn behoort redelike stappe te doen ten einde vas te stel of enige persoon wat aan hom verwant is, 'n moontlike belang by die saak het. Hy moet enige wesenlike inligting sowel as die algemene aard van die belang aan die geaffekteerde persone openbaar. Daar kan egter nie van die praktisyn verwag word om die vergadering te verlaat terwyl die geaffekteerde persone die aangeleentheid oorweeg nie, maar hy behoort 'n veiligheidsmaatreël te tref, soos om sy plig om die vergadering te lei aan 'n onafhanklike derde party te delegeer. Hy behoort hom ook daarvan te weerhou om enige opinie ten aansien van die aangeleentheid by die vergadering te opper.

Indien 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy 'n persoonlike finansiële belang verkry by 'n ooreenkoms of ander saak waarby die maatskappy 'n wesenlike belang het, of weet dat 'n verwante persoon so 'n belang by die saak verkry het, moet die *ondernemingsreddingspraktisyn* nadat die maatskappy die ooreenkoms of ander saak goedgekeur het, onmiddellik die aard en omvang van daardie belang, en die wesenlike omstandighede van die *ondernemingsreddingspraktisyn* of verwante persoon se verkryging daarvan, aan die direksie of aan die aandeelhouers (in geval van 'n maatskappy ingevolge subartikel (3)) openbaar.³⁴⁰ In hierdie geval verkry die praktisyn of verwante persoon eers die

³³⁸ 71/2008: art 75(5)(f). Hierdie artikel handel oor hoe die vergadering sou verloop indien die direkteur met 'n belang dit moet verlaat.

³³⁹ 71/2008: art 75(5)(g).

³⁴⁰ 71/2008: art 75(6).

finansiële belang nadat die geaffekteerde persone dit goedgekeur het. Daar kan daarom 'n situasie ontstaan waar die praktisyn eers 'n belang by 'n saak in die reddingsplan kry nadat die skuldeisers die reddingsplan goedgekeur het. Ingevolge artikel 75(6) word daar in so 'n geval van die praktisyn verwag om die geaffekteerde persone so gou moontlik daarvoor in te lig, sowel as om besonderhede te verskaf oor hoe die belang ontstaan het.

Dit is belangrik dat die praktisyn ooreenkomstig die bepalings van artikel 75(5) optree in geval van 'n persoonlike finansiële belang, aangesien die bepalings van artikel 76(4) oor die sakeoordeeltoets ook op die praktisyn van toepassing is.³⁴¹ Die praktisyn sal nie die sakeoordeeltoets slaag indien hy nie die korrekte stappe met betrekking tot die persoonlike finansiële belang gevolg het nie.³⁴² Ingevolge die sakeoordeeltoets sal 'n praktisyn slegs sy plig tot goeie trou nagekom het indien hy aan die vereistes van die toets voldoen.³⁴³

Die vermyding van botsende belange geniet ook baie aandag in IRBA en SAICA se gedragskodes, sowel as in die SARIPA-kode. Hiervolgens moet 'n persoon redelike stappe doen om omstandighede wat tot 'n botsing van belange kan lei, te identifiseer.³⁴⁴ Die kodes bepaal ook dat alvorens 'n aanstelling aanvaar of voortgesit word, die persoon die belang of beduidendheid van die gevare wat enige bestaande verhoudings vir die begunstigde skep, moet evalueer en, indien nodig, sekere veiligheidsmaatreëls moet instel.³⁴⁵ Die veiligheidsmaatreëls wat die gedragskodes voorstel, sluit onder andere in om die begunstigde van enige belange of aktiwiteite wat moontlik 'n belangebotsing kan veroorsaak, in te lig en skriftelike toestemming te kry om ten spyte daarvan namens die begunstigde op te tree.³⁴⁶ Die gedragskode stel ook voor dat alle belanghebbende partye ingelig word dat die persoon optree in omstandighede waar daar 'n botsing van belange bestaan, maar dat hy die nodige skriftelike toestemming het om steeds sy magte uit te oefen.³⁴⁷ Die IRBA- en SAICA-gedragskodes stel albei voor dat waar belangebotsings 'n gevaar ten opsigte van een of meer van die fundamentele beginsels, naamlik objektiwiteit, vertroulikheid en

³⁴¹ 71/2008: art 75(5),76(4).

³⁴² 71/2008: art 76(4).

³⁴³ 71/2008: art 76(4). Sien die bespreking van die sakeoordeeltoets verder aan en in hfst 4.

³⁴⁴ IRBA 2009:41 par 220.1; SAICA 2014:28 par 220.1.

³⁴⁵ IRBA 2009:41 par 220.2; SAICA 2014:28 par 220.2.

³⁴⁶ IRBA 2009:41 par 220.3 (a); SAICA 2014:28 par 220.3 (a).

³⁴⁷ IRBA 2009:41 par 220.3 (b); SAICA 2014:28 par 220.3 (b).

professionele optrede, inhoud en die gevaar nie verwyder of genoegsaam verminder kan word nie, die persoon nie die aanstelling moet aanvaar nie of moet bedank.³⁴⁸

Hierdie beginsels kan met sukses op die praktisyn toegepas word. Wanneer 'n maatskappy of geaffekteerde persoon iemand nader om as praktisyn op te tree, moet daardie persoon eers redelike stappe doen om vas te stel of daar 'n moontlike belangebotsing tussen hom en die maatskappy of 'n geaffekteerde persoon bestaan. Indien die belangebotsing wesenlik is, behoort die praktisyn die aanstelling van die hand te wys. Waar die konflik egter nie wesenlik is nie en die praktisyn van mening is dat hy steeds onpartydig sal kan wees, behoort hy die geaffekteerde persone van die belangebotsing in te lig en hulle te versoek om hom toestemming te gee om steeds as praktisyn op te tree. In so 'n geval behoort die praktisyn seker te maak dat sekere veiligheidsmaatreëls ingestel word ten einde al die belanghebbendes te beskerm. Waar 'n belangebotsing ontstaan nadat die praktisyn aangestel is, behoort die geaffekteerde persone vir toestemming genader te word. Indien toestemming geweier word, behoort die praktisyn sy amp te ontruim, hoewel die Wet, soos reeds genoem is, nie vir sodanige ontruiming voorsiening maak nie.

Die klem wat die Wet op die vermyding van belangebotsings plaas, is ook in artikel 140(4) te bespeur. Ingevolge dié artikel mag 'n persoon wat in die ondernemingsreddingsproses as praktisyn opgetree het, nie as likwidateur van die maatskappy aangestel word indien die ondernemingsreddingsproses uitloop op 'n bevel wat die maatskappy in likwidasie plaas nie.³⁴⁹ Dat die praktisyn nie na afloop van die verrigtinge as likwidateur aangestel mag word nie ten einde belangebotsings te vermy, dui daarop dat die verpligting om steeds in die belang van die maatskappy op te tree moontlik ná die reddingsverrigtinge voortduur. 'n Interessante uitspraak in hierdie verband was in die saak van *Fisher v Vusela Construction (Pty) Ltd*.³⁵⁰ In hierdie saak het die voormalige besturende direkteur van die maatskappy in likwidasie die hof genader om drie van die likwidateurs uit hul ampte te verwyder. Die likwidateurs was onderskeidelik respondentes twee, drie en vier. Die feite van die saak word vervolgens bespreek.

³⁴⁸ IRBA 2009:41-42 par 220.5; SAICA 2014:29 par 220.5.

³⁴⁹ 71/2008: art 140(4).

³⁵⁰ *Fisher, Vusela Asset Holdings (Pty) Ltd v Vusela Construction (Pty) Ltd (In Liquidation)* ongerapporteerde saaknr 8079/2014 12 Sep 2014.

In 2013 het die konstruksie maatskappy Vusela kontantvloeiprobleme begin ondervind en gevolglik regsadvies ingewin. Gedurende die konsultasieproses met die regsadviseurs van die maatskappy sowel as met die maatskappy Sanek, wat in herstrukturering spesialiseer, is daar voorgestel dat die maatskappy onder ondernemingsredding geplaas word en dat ene mnr. Glaum van Sanek as praktisyn aangestel word. Minder as 'n maand na sy aanstelling het Glaum die hof genader om 'n bevel vir die beëindiging van die reddingsverrigtinge en 'n gevolglike likwidasiebevel, omdat die bank nie bereid was om enige verdere finansiële hulp aan Vusela te verleen nie. Die applikant het nie die likwidasieaansoek teengestaan nie, maar was nie tevrede met die verloop van die likwidasieproses nie en het die Meester probeer oortuig om die tweede respondent as likwidateur te verwyder – sonder sukses. In sy aansoek het die applikant beweer dat die tweede respondent as likwidateur verwyder moet word op grond van die bepaling in artikel 140(4) van die Wet, naamlik dat die praktisyn nie ook as die likwidateur aangestel mag word nie. Hy het aangevoer dat die likwidateur en die reddingspraktisyn albei direkteure van Sanek was en dat die omskrywing van “persoon” in artikel 1 van die Wet regspersone insluit.³⁵¹ Die applikant was dus van mening dat Sanek as praktisyn sowel as likwidateur optree.

Regter Griesel het nie met hierdie interpretasie saamgestem nie. Volgens hom is die bewoording in artikel 140(4) duidelik en ondubbelsinnig, en moet daar dus nie gepoog word om 'n ander interpretasie daaraan te gee nie. Die regter het ook daarvan melding gemaak dat die wyer interpretasie van die woord “persoon” nie op elke artikel in die Wet van toepassing is nie.³⁵² Volgens hom dui die kwalifikasievereistes in artikel 138 slegs op natuurlike persone.³⁵³ Die bepalings van artikel 372(e) van die vorige wet het ook duidelik bepaal dat regspersone nie as likwidateurs aangestel kon word nie.³⁵⁴ Hy het derhalwe aangevoer dat Glaum, nie Sanek nie, as praktisyn, en die tweede respondent, nie Sanek nie, as likwidateur aangestel is. Die hof het die aansoek van die hand gewys.

³⁵¹ 71/2008: art 1.

³⁵² *Fisher, Vusela Asset Holdings (Pty) Ltd v Vusela Construction (Pty) Ltd (In Liquidation)* ongerapporteerde Saaknommer 8079/2014 12 Sept 2014: 13. “The introductory phrase to s 1 makes it clear that the definitions contained in that section only apply ‘unless the context indicates otherwise’. And as it has been said on many occasions ‘context is everything’.”

³⁵³ 71/2008: art 138.

³⁵⁴ 61/1973: art 372(e).

Na my mening het dit nie in hierdie saak daarvoor gehandel of 'n regsperoon as praktisyn aangestel mag word of nie, maar eerder oor die bestaan van 'n verhouding wat die idee geskep het dat daar moontlik 'n gebrek aan onafhanklikheid en botsende belange kon wees. Die applikant het in werklikheid die likwidateur se vermoë om onbelemmerde diskresie uit te oefen in twyfel getrek. Hoewel hierdie studie nie die beslissing as sodanig bevraagteken nie, vra dit wel vrae daarvoor dat die hof hier 'n geleentheid gehad het om sekere belangrike beginsels oor praktisyns se vertrouensverpligtinge neer te lê, maar nie daardie geleentheid aangegryp het nie.³⁵⁵ Alhoewel die belang van die praktisyn se onafhanklikheid duidelik in die voorafgaande bespreking uitgelig is, dien dit hier weer vermeld te word. Die praktisyn se onafhanklikheid behoort ook te strek tot die persone saam met wie hy insolvensie- en reddingsverwante take verrig. Indien die praktisyn se sakevennote nie by die onafhanklikheidsverpligting ingesluit word nie, sal die moontlikheid van botsende belange in hierdie verband altyd probleme veroorsaak. Die hof in die *Fisher*-saak moes dus nie toegelaat het dat die tweede respondent voortgaan om as likwidateur op te tree nie en het die verkeerde beweegrede gebruik om tot 'n beslissing te kom.³⁵⁶ Die scenario wat die saak geskep het, is soortgelyk aan twee prokureurs van dieselfde firma wat onderskeidelik namens die respondent en die verweerder optree. Die praktykhandleiding vir die opleiding van regspraktisyns beskou dit as 'n geval van botsende belange indien die prokureur namens 'n kliënt optree en dit later aan die lig kom dat daar 'n belangebotsing bestaan het met betrekking tot 'n ander kliënt namens wie die prokureur **of sy firma** optree.³⁵⁷

³⁵⁵ Henochsberg 2014:488. "Conflict of interest or lack of independence. – No guidance is provided as to what will constitute a "conflict of interest" in the context of Chapter 6, but no doubt the courts will, in time, be provided with the opportunity of interpreting this term." Die hof het hier dus 'n gulde geleentheid misgeloop.

³⁵⁶ *Fisher, Vusela Asset Holdings (Pty) Ltd v Vusela Construction (Pty) Ltd (In Liquidation)* Saaknommer 8079/2014 12 Sept 2014: 23. In hierdie verband het regter Griesel, in stryd met die beginsels van goeie trou en onafhanklikheid, die volgende gesê: "Generally, however, it is not enough merely to show that there is a mere apprehension or perception of bias, partiality, lack of independence or unfairness on the part of the liquidators. Nor will it suffice to establish even a *prima facie* case. There must be cogent evidence supporting the allegations of bias and conflict."

³⁵⁷ Praktykshandleiding LEAD Professionele gedrag 2009:41.

5.2 DIE VERENIGDE KONINKRYK

Die administrateur in die Verenigde Koninkryk is sy trou verskuldig aan die skuldeisers van die maatskappy as 'n groep.³⁵⁸ Die vraag of die administrateur in die beste belange van die skuldeisers as 'n groep opgetree het, sal veral aandag geniet by die keuse van die doelstelling van die administrasie. Dit is egter nie die administrateur wat op hierdie doelstelling besluit nie, maar die skuldeisers wat die vergadering van skuldeisers bywoon.³⁵⁹ Die administrateur is egter wel veronderstel om ná sy ondersoek na die sake van die maatskappy, voorstelle aan die vergadering te maak oor watter doelstelling hy as redelik en prakties haalbaar beskou.³⁶⁰

In die praktyk gebeur dit egter gereeld dat die administrateur sekere besluite moet neem of handeling moet verrig alvorens die vergadering van skuldeisers die optrede kan goedkeur,³⁶¹ naamlik waar noodoptrede van die administrateur vereis word. Sommige skuldeisers kan dus van mening wees dat die administrateur deur die noodrealisering van sekere bates van die maatskappy nie in hulle belang opgetree het nie³⁶² of so opgetree het dat hulle belange onnodig skade ly.³⁶³ Ten einde die skuldeisers in hierdie gevalle te beskerm, bepaal paragraaf 63 en 68(2) van bylae B1 dat die administrateur hom tot die hof kan wend vir leiding met betrekking tot die uitvoering van sy pligte, en dat hy aan die hof se leiding gebonde sal wees.³⁶⁴ Die Insolvency Practitioners Association se gids oor deursigtigheid en vertroulikheid stel voor dat die administrateur in so 'n geval 'n verduidelikende verslag aan die skuldeisers moet probeer voorhou waarin hy soveel moontlik

³⁵⁸ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 3(2), soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*. Sien ook McCormack 2007:527. "The proprietary rights of creditors against the assets of the company, in the event of formal insolvency proceedings, entitle them to be regarded as the company in situations approaching formal insolvency."

³⁵⁹ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 50, soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*.

³⁶⁰ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 49,50, soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*.

³⁶¹ Armour en Mokal 2004:14.

³⁶² Armour en Mokal 2004:14; McCormack 2007:519. Hierdie punt word volledig in hfst 4 bespreek.

³⁶³ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 3(4)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*; *Re Charnley Davies Ltd* 1990 BCC 605.

³⁶⁴ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 63,68(2), soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*. Sien ook Armour en Mokal 2004:16-17. "Namely, the administrator must act in accordance with any decisions of the creditors' meeting as to his proposals, and in the period before a creditors' meeting has met, in accordance with any direction given by the court."

besonderhede weergee, sodat die skuldeisers 'n beter begrip van die noodsaaklikheid van die vervreemding kan kry.³⁶⁵

Om in die belang van die skuldeisers as 'n groep op te tree hou noodwendig in dat die administrateur enige moontlike konflik tussen sy eie belange en dié van die skuldeisers sal vermy. Dit sluit ook in dat die administrateur enige konflik tussen sy belange en dié van die maatskappy sal vermy, aangesien so 'n belangebotsing ook nadelige gevolge vir die skuldeisers kan inhou.³⁶⁶ Daar is reeds genoem dat die kode van die administrateur verwag om nie toe te laat dat enige partydigheid, botsende belange of onbehoorlike beïnvloeding sy professionele of besigheidsoordeel belemmer nie.³⁶⁷ Hy moet verkieslik enige selfbelanggevere vermy. Selfbelanggevere kan voorkom waar die administrateur of 'n familielid 'n finansiële of ander belang by die maatskappy of belanghebbende het.³⁶⁸

Wat botsende belange betref, behoort daar aandag geskenk te word aan kontrakte met die maatskappy, veral met betrekking tot die bates van die maatskappy, en geleenthede van die maatskappy wat deur die administrateur onderskep kan word, onder meer om met die maatskappy mee te ding. Een van die mees prominente wyses waarop daar 'n botsing van belange tussen die administrateur en die troubegunstigdes kan ontstaan, is wanneer hy in sy persoonlike hoedanigheid met die maatskappy of die skuldeisers kontrakteer.³⁶⁹ In so 'n geval tree die administrateur inderwaarheid aan albei kante van die kontrak op. Dit lei tot 'n baie sterk vermoede dat die administrateur, as troupligtige, in sy eie belang opgetree het en nie in die troubegunstigdes se belang nie.³⁷⁰

Ingevolge paragraaf 50 van die kode behoort administrateurs hulle daarvan te weerhou om hetsy direk of indirek bates van die maatskappy te bekom.³⁷¹ Die

³⁶⁵ IPA 2008: par 9.

³⁶⁶ Die administrateur kan byvoorbeeld 'n persoonlike belang by 'n bate van die maatskappy ontwikkel, wat daartoe lei dat die bate nie vir sy volle waarde gerealiseer word nie en dus 'n swakker opbrengs vir skuldeisers oplewer.

³⁶⁷ IPA 2012: 3 par 4(b). "An IP should not allow bias, conflict of interest or undue influence of others to override professional or business judgements."

³⁶⁸ IPA 2012: 4 par 12(a).

³⁶⁹ Shepherd 1981:155.

³⁷⁰ Shepherd 1981:155,157. "Put another way, the rule could be expressed: there is a heavy presumption that a person who has acted on both sides of a transaction, on one side as a fiduciary and on the other side in his individual capacity, has used his fiduciary powers to benefit himself."

³⁷¹ IPA 2012: 12 par 50.

administrateur mag ook nie wetend toelaat dat 'n familielid die bate bekom nie.³⁷² Wanneer die administrateur of 'n verwante persoon 'n bate van die maatskappy aankoop, kan dit tot 'n gebrek aan objektiwiteit lei. Die administrateur sal byvoorbeeld 'n invloed hê op die vasstelling van die prys en kan sodoende 'n prys bepaal wat sy sak pas, maar wat nie in die maatskappy of die skuldeisers se belang sal wees nie.³⁷³ Die administrateur sal ook verantwoordelik wees om die inhoud van die kontrak te bepaal en kan dus ook in hierdie verband gunstige bepalings en voorwaardes invoeg.³⁷⁴ Hy kan selfs 'n invloed hê op 'n eenvoudige taak soos die keuse van die koerant waarin 'n veiling van die maatskappy se bates geadverteer word om sodoende die aanbiedinge te verminder.³⁷⁵ Daarom bestaan daar drie reëls wat 'n troupligtige moet nakom wat die aankoop van die troubegunstigde se bates betref: i) Die troubegunstigde moet toestem tot die transaksie. ii) Die troupligtige moet alle wesentliche inligting aangaande die transaksie aan die begunstigde openbaar. iii) Die troupligtige moet die volle waarde van die bate betaal.³⁷⁶

Daar is reeds hierbo na die “corporate opportunity”-reël van vertrouensverhoudings verwys. In hierdie verband kan daar vermeld word dat 'n administrateur uit hoofde van sy amp soms in posisies te staan kan kom waar sekere geleenthede ontstaan vir hom om persoonlik 'n voordeel te verkry. Die belangrike beginsel hier is dat indien die geleentheid vir die administrateur op grond van sy hoedanigheid as administrateur ontstaan, hy hom aan 'n oortreding van die “corporate opportunity”-reël skuldig maak.³⁷⁷

³⁷² IPA 2012: 12 par 50. Volgens Shepherd is dit gewoonlik 'n famielid of vriend van die troupligtige wat die transaksie namens hom beklink.

³⁷³ Shepherd 1981:157,158. Die administrateur sal in so 'n geval kennis hê van die bedrag wat die maatskappy as minimum aanbod sal aanvaar, en kan die transaksie daarvolgens struktureer.

³⁷⁴ Shepherd 1981:157. Voorbeelde van hierdie bepalings kan verband hou met 'n afbetalingsooreenkoms en die gepaardgaande termyn en rente.

³⁷⁵ Shepherd 1981:157.

³⁷⁶ Shepherd 1981:168-169.

³⁷⁷ Shepherd 1981:274,277. “The fiduciary made the profit by reason of and in the course of his fiduciary position.” *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* 1942 1 All ER 378 (HL): 386. Sien ook Pretorius *et al.* 1999:307. “The rule of equity which insists on those, who by use of a fiduciary position make a profit, being liable to account for that profit, in no way depends on fraud, or absence of bona fides; or upon such questions or considerations as whether the profit would or should otherwise have gone to the plaintiff, or whether the profiteer was under a duty to obtain the source of the profit for the plaintiff, or whether he took a risk or acted as he did for the benefit of the plaintiff, or whether the plaintiff has in fact been damaged by his action. **The liability arises from the mere fact of a profit having, in the stated circumstances, been made.**” Eie beklemtoning.

In die Engelse saak van *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* is daar bevind dat enige voordeel wat die troupligtige bekom uit 'n geleentheid³⁷⁸ waarvan hy in die uitoefening van sy pligte bewus word, aan die troubegunstige oorgedra moet word.³⁷⁹ Indien hierdie saak dus op die administrateur van toepassing gemaak word, is dit duidelik dat die administrateur nie van enige geleentheid of inligting mag gebruik maak om vir homself 'n voordeel te bewerkstellig nie. Hierdie reël geld, ongeag of die maatskappy of skuldeisers as gevolg daarvan skade gely het. 'n Voorbeeld sou wees indien 'n maatskappy weens illikiditeit nie van 'n verskaffer se spesiale aanbod om voorraad in grootmaat aan te koop, kan gebruik maak nie, en die administrateur self dan die voorraad koop om weer teen 'n wins te verkoop. In hierdie voorbeeld het die maatskappy geen skade gely nie, maar het die administrateur slegs van die winskopie geweet omdat hy as administrateur vir die maatskappy optree, en sou hy nie andersins met die verskaffers kontak hê nie. Enige wins wat hy as gevolg van hierdie transaksie maak, kom dus die maatskappy toe.

Wanneer enige vorm van botsende belange bespreek word, word daar gewoonlik na die openbaarmaking daarvan aan die relevante rolspelers, en die rolspelers se gevolglike toestemming om voort te gaan, verwys.³⁸⁰ Deursigtigheid en goeie korporatiewe bestuur word normaalweg as redes vir die vereiste van openbaarmaking aangevoer. Die waarheid is egter dat dit die troupligtige se vertrouensverpligting negeer:

*"When a beneficiary consents to actions of the fiduciary that would otherwise be a breach of his duty, what is happening is that the beneficiary is altering the duty that would otherwise attach to the fiduciary powers, a species of contracting out. In a practical sense, of course, consent is a defence, because it allows the fiduciary to get off the hook."*³⁸¹

Deur dus tot die voordeel toe te stem, skep die skuldeisers 'n situasie waarin die administrateur inligting en geleentheid vir eie gewin kan gebruik sonder om sy plig

³⁷⁸ Havenga 1998:93. "An opportunity denotes a chance, occasion, happening or suitable circumstance."

³⁷⁹ *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* 1942 1 All ER 378 (HL). Sien ook Havenga 1998:100. "It was indicated that the director would be liable if the profit or opportunity was acquired by reason of his position as director and in the course of his fiduciary relationship."

³⁸⁰ Shepherd 1981:342.

³⁸¹ Shepherd 1981:170.

te versuim. Die magtiging wat die skuldeisers verleen, doen ook niks om die moontlike gebrek aan objektiwiteit wat daaruit kan spruit, teen te werk nie.

5.3 AUSTRALIË

Alhoewel die administrasieprosedure van die administrateur verlang om in die beste belange van die skuldeisers as 'n groep op te tree, is dit belangrik om te verstaan dat hy tog die belange van die maatskappy in ag moet neem. Die eerste oogmerk van die administrasieprosedure is immers om die kanse te vergroot om die maatskappy tot solvensie en sukses te herstel.³⁸²

"The administrator's duty is owed to the company as the embodiment of the interests of the creditors, and therefore (as I have said) an individual creditor is not able to complain of a breach of fiduciary duty."³⁸³

In hierdie aanhaling maak regter Austin dit duidelik dat die administrateur in Australië verplig is om ook in die maatskappy se belang op te tree, aangesien so 'n benadering ook die skuldeisers se belange sal bevorder. Ingevolge artikel 181 van die wet moet 'n administrateur, as beampte van die maatskappy, sy magte en verpligtinge so uitoefen dat hy in goeie trou en in die maatskappy se belang optree.³⁸⁴

Soos reeds vermeld is, behels die verpligting om in die beste belange van die maatskappy op te tree in dat die administrateur hom daarvan sal weerhou om met die maatskappy mee te ding of die maatskappy te benadeel. Hy sal ook enige moontlike botsing tussen persoonlike en maatskappybelange vermy. Dít is moontlik waarom die wet en die ARITA-kode so geweldig baie klem op die administrateur se onafhanklikheid plaas. Indien die administrateur onafhanklik is, sal daar minder geleenthede wees om in sy eie of 'n verwante persoon se belang op te tree.

In hierdie verband bepaal artikel 182 dat die administrateur, as beampte van die maatskappy, nie sy posisie onbehoorlik mag gebruik om vir hom of iemand anders 'n

³⁸² Corporations Act 50/2001: art 435A.

³⁸³ Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austin/. Toegang verkry op 29/08/2012.

³⁸⁴ Corporations Act 50/2001: art 181(1)(a).

voordeel te bewerkstellig of die maatskappy enige skade te berokken nie.³⁸⁵ Artikel 184 bepaal voorts dat indien die administrateur sy posisie op 'n oneerlike of roekelose wyse gebruik om self voordeel te trek of die maatskappy skade te berokken, hy aan 'n misdryf skuldig sal wees.³⁸⁶

Beginsel 6 van die ARITA-kode bepaal dat die administrateur nie direk of indirek enige bates van die maatskappy onder administrasie mag bekom nie.³⁸⁷ Die kode bepaal ook dat die familie en werknemers van die administrateur nie enige maatskappybates mag bekom nie.³⁸⁸ Die kode maak egter voorsiening vir sekere uitsonderings: Daar sal geen risiko bestaan indien die bates wat aangekoop word ook vryelik vir die publiek beskikbaar is, of indien die hof ná oorweging van alle relevante inligting aan die administrateur of verwante persoon die nodige magtiging verleen nie.³⁸⁹

6. AANSPREEKLIKHEID VIR DIE NIE-NAKOMING VAN DIE PLIG TOT GOEIE TROU

6.1 SUID-AFRIKA

Wat die praktisyne se aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van die plig tot goeie trou betref, is dit belangrik om daarop te let dat die bepalings in hoofstuk 6 oor ondernemingsredding, sowel as die bepalings in artikel 76 en 77, van toepassing is. So 'n situasie kan tot moontlike regsonsekerheid en probleme in die praktyk aanleiding gee. Daarom is dit belangrik om sekerheid oor die maatstaf en gronde vir aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van die plig tot goeie trou te verkry. Praktisyne se aanspreeklikheid in ander jurisdiksies word ook kortliks oorweeg.

³⁸⁵ *Corporations Act 50/2001*: art 182(1)(a)-(b).

³⁸⁶ *Corporations Act 50/2001*: art 184(2)(a)-(b).

³⁸⁷ ARITA 2014:58. "Principle 6: A Practitioner must not acquire directly or indirectly any assets under the administration of the Practitioner."

³⁸⁸ ARITA 2014:58.

³⁸⁹ ARITA 2014:58.

6.1.1 AANSPREEKLIKHEID INGEVOLGE HOOFSTUK 6 VAN DIE WET

As bewys daarvan dat 'n praktisyn moontlik sy pligte, veral sy vertrouensverpligtinge, en in die besonder die plig tot goeie trou, dermate kan versuim dat dit tot skade vir die maatskappy en geaffekteerde persone kan lei, bepaal artikel 130(1)(c) dat die hof op versoek van 'n geaffekteerde persoon of uit eie beweging van die praktisyn kan verwag om sekerheid te stel.³⁹⁰ Hierdie bepaling wil verseker dat die praktisyn sy verpligtinge behoorlik nakom, en lui dat 'n geaffekteerde persoon te eniger tyd voor die aanvaarding van die reddingsplan by die hof kan aansoek doen om 'n bevel wat vereis dat die praktisyn sekerheid stel tot 'n bedrag en volgens die bepalings en voorwaardes wat die hof nodig ag om die maatskappy en enige geaffekteerde persone se belange te beveilig.³⁹¹ Die maatskappy en geaffekteerde persone se belange kan dus duidelik deur die praktisyn se pligsversuim benadeel word. Daarom maak die Wet voorsiening vir die stel van sekerheid.³⁹² Die sekerheid sou in die geval van pligsversuim op verskeie wyses aangewend kon word, soos om restitusie te betaal aan die maatskappy of geaffekteerde persone wat deur die versuim benadeel is.

Die UNCITRAL-gids beaam dít en noem dat die verskaffing van sekuriteit deur die praktisyn 'n manier is om hom aanspreeklik te hou vir skade.³⁹³ Volgens die gids bestaan daar verskeie moontlike maniere waarop die praktisyn die sekuriteit kan stel: Hy kan dit gee by wyse van 'n borgakke, of hy kan versekering uitneem ten einde enige verlies of skade te dek.³⁹⁴ Volgens die gids vereis verskeie jurisdiksies die verskaffing van sekerheid in die vorm van 'n borgakke sowel as versekering. Die verskillende tipes sekuriteit word dan vir verskillende tipes skade aangewend.³⁹⁵

Daar word gewoonlik voorgestel dat die grootte van die borgakke in verhouding tot die waarde van die bates in die betrokke boedel moet wees; in ander gevalle sal die betrokke professionele organisasie of liggaam, of die insolvensiewetgewing self, die

³⁹⁰ 71/2008: art 130(1)(c); Loubser 2010a:508. Sien hfst 4 vir 'n volledige bespreking van vergoeding en sekerheid.

³⁹¹ 71/2008: art 130(1)(c).

³⁹² Dit is betreurenswaardig dat die stel van sekerheid nie outomaties met ondernemingsredding intree soos in die geval van die aanstelling van kurators en likwidateurs nie.

³⁹³ UNCITRAL 2005:184 item 62; Jacobs 2013:65.

³⁹⁴ UNCITRAL 2005:184 item 62; Jacobs 2013:65.

³⁹⁵ UNCITRAL 2005:184 item 62; Jacobs 2013:65.

bedrag van die borgakte of die versekeringsdekking vasstel.³⁹⁶ In Suid-Afrika sou die Kommissie hierdie bedrae kon vasstel wanneer daar om die lisensiëring en aanstelling van 'n praktisyn aansoek gedoen word. 'n Sinvolle voorstel in hierdie verband sou wees dat die bedrag eers vasgestel word na oorweging van die tipe maatskappy wat onder reddingsverrigtinge geplaas word, dit wil sê of dit 'n klein, middelslag- of groot maatskappy is.³⁹⁷ Die bedrag wat as sekerheid gestel moet word, kan ook dalk aan die klassifikasie van die praktisyn gekoppel word. Dit sou byvoorbeeld kon inhou dat senior praktisyns meer sekerheid as junior praktisyns moet stel omdat hulle oor groter maatskappye as hulle junior eweknieë aangestel sal word.³⁹⁸ Tog is die metode om die bedrag van die sekerheid te bepaal irrelevant; die feit bly staan dat die stel van sekuriteit 'n noodsaaklikheid behoort te wees by die aanstelling van die praktisyn.

Die enigste bepalings oor die aanspreeklikheid van die praktisyn in hoofstuk 6 kan in artikel 140(3) gevind word.³⁹⁹ Ingevolge artikel 140(3)(c)(i) sal 'n praktisyn nie gedurende 'n maatskappy se ondernemingsreddingsverrigtinge aanspreeklik wees vir enige doen of late in goeder trou in die uitoefening van die bevoegdhede en uitvoering van die funksies van die praktisyn nie.⁴⁰⁰ Dit word egter in die daaropvolgende artikel 140(3)(c)(ii) gekwalifiseer, wat bepaal dat die praktisyn gedurende die maatskappy se ondernemingsreddingsverrigtinge ooreenkomstig enige relevante regsbeginneel aanspreeklik gehou kan word vir die gevolge van enige handeling of versuim wat neerkom op growwe nalatigheid in die uitoefening van die bevoegdhede en die uitvoering van die funksies van praktisyn.⁴⁰¹ Die praktisyn se aanspreeklikheid word derhalwe beperk in gevalle waar hy in die loop van sy pligte

³⁹⁶ UNCITRAL 2005:184 item 62; Jacobs 2013:65.

³⁹⁷ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(2)(b).

³⁹⁸ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(2)(c).

³⁹⁹ 71/2008: art 140(3)(b),(c)(i) en (ii). "(3) During a company's business rescue proceedings, the business rescue practitioner – (b) has the responsibilities, duties and liabilities of a director of the company, as set out in sections 75 to 77; and (c) other than as contemplated in paragraph (b) – (i) is not liable for any act or omission in good faith in the course of the exercise of the powers and performance of the functions of practitioner; but ii) may be held liable in accordance with any relevant law for the consequences of any act or omission amounting to gross negligence in the exercise of the powers and performance of the functions of practitioner."

⁴⁰⁰ 71/2008: art 140(3)(c)(i).

⁴⁰¹ 71/2008: art 139(3)(c)(ii).

in goeie trou enige handeling of versuim begaan,⁴⁰² behalwe waar hy hom aan growwe nalatigheid skuldig maak.⁴⁰³

Artikel 140(3)(c) is lomp verwoord en die invoeging van die woord “but” tussen die subartikels skep die idee dat die praktisyn se aanspreeklikheid vir pligsversuim ten opsigte van sy verpligting tot goeie trou op die een of ander wyse onderworpe is aan die plig tot sorgsaamheid, terwyl dit nie die geval is nie.⁴⁰⁴ ’n Ondersoek na die praktisyn se sorgsaamheidsverpligting sal dus nie aanleiding kan gee tot aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van sy plig tot goeie trou nie. Dit sal wel tot aanspreeklikheid op grond van nalatigheid en die nie-nakoming van sy sorgsaamheidsplig kan lei.

Die bepalings oor die praktisyn se aanspreeklikheid is egter kommerwekkend, aangesien dit geensins aandag skenk aan die gevolge van die nie-nakoming van sy plig tot goeie trou nie.

Die UNCITRAL-gids stel dit duidelik dat net soos daar ’n balans tussen die praktisyn se funksies en sy vergoeding moet wees, daar ook ’n balans gevind moet word tussen ’n standaard wat bevoegde uitvoering van sy verpligtinge verseker en ’n uitermate streng standaard wat slegs tot litigasie teen die praktisyn lei en die koste van sy dienste opjaag.⁴⁰⁵

Die argument is dat indien die praktisyn met omvangryke magte vertrou word ten einde sy funksies te verrig, sy aanspreeklikheid vir die uitvoering van daardie funksies ewe omvangryk behoort te wees.⁴⁰⁶ Soos reeds uitgelig is, bestaan daar geen bepalings met betrekking tot sy aanspreeklikheid vir pligsversuim op grond van die plig tot goeie trou in hoofstuk 6 van die Wet nie. Daarom is dit van belang om die aanspreeklikheidsbepalings van toepassing op praktisyne in artikel 75, 76 en 77 van die Wet te bestudeer.

⁴⁰² 71/2008: art 140(3)(c)(i). “... is not liable for any act or omission in good faith in the course of the exercise of the powers and performance of the functions of practitioner”. Sien ook Davis *et al.* 2010:242.

⁴⁰³ 71/2008: art 140(3)(c)(ii). “... may be held liable in accordance with any relevant law for the consequences of any act or omission amounting to gross negligence in the exercise of the powers and functions of practitioner”. Sien ook Davis *et al.* 2010:242.

⁴⁰⁴ Sien asseblief hfst 4 vir ’n volledige bespreking van die plig tot sorgsaamheid.

⁴⁰⁵ UNCITRAL 2005:183 item 60.

⁴⁰⁶ Bradstreet 2010:209; Jacobs 2013:67.

6.1.2 AANSPREEKLIKHEID INGEVOLGE ARTIKEL 75 tot 77 VAN DIE WET

In die oorweging van die praktisyn se aanspreeklikheid ingevolge artikel 75 tot 77, is dit belangrik om in gedagte te hou dat die aanspreeklikheidsbeginsels op dié van direkteure gegrond is.⁴⁰⁷ Aangesien die aanspreeklikheidsbeginsels van direkteure al baie aandag in regspraak en literatuur geniet het, word daar hier slegs gekonsentreer op die beginsels wat 'n unieke betekenis vir die praktisyn het.

Ingevolge artikel 77(2)(a) van die Wet kan 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy in ooreenstemming met die beginsels van die gemenerereg aanspreeklik gehou word vir 'n versuim van vertrouensplig, sowel as vir enige verlies of skade wat die maatskappy ly of koste wat die maatskappy aangaan as gevolg van die praktisyn se versuim van 'n plig in artikel 75, 76(2) of 76(3)(a) of (b).⁴⁰⁸

Uit die vroeëre bespreking van die bepalings in artikel 76(2) van die Wet, blyk dat die praktisyn sy plig tot goeie trou sal versuim indien hy sy posisie of enige inligting misbruik om vir enigiemand (wat homself of 'n verwante persoon insluit) buiten die maatskappy en die belanghebbendes 'n voordeel te bewerkstellig of die maatskappy of belanghebbendes wetend skade te berokken.⁴⁰⁹ Die artikel verplig die praktisyn ook om enige relevante inligting so gou moontlik aan die belanghebbendes te openbaar.⁴¹⁰ Dit hou dus verband met die geleenthede en vertroulike inligting van die maatskappy, sowel as onregmatige mededinging en binnekennistransaksies.⁴¹¹

Indien die praktisyn vir homself of 'n verwante persoon 'n voordeel bekom deur van inligting of 'n geleentheid gebruik te maak waarvan hy slegs uit hoofde van sy amp as praktisyn bewus was, sal hy skuldig wees aan pligsversuim. In so 'n geval sal die hof beslis dat die voordeel die maatskappy en dus die belanghebbendes toekom.⁴¹² Indien die maatskappy of enige van die belanghebbendes enige skade gely het as gevolg van die praktisyn se pligsversuim, is hulle geregtig op verhaal of

⁴⁰⁷ Daar bestaan egter sekere gedeeltes in artikel 77 wat uitsluitelik van toepassing is op direkteure en dus geen toepassing op die omstandighede of verpligtinge van die praktisyn het nie.

⁴⁰⁸ 71/2008: art 77(2)(a).

⁴⁰⁹ 71/2008: art 76(2)(a).

⁴¹⁰ 71/2008: art 76(2)(b).

⁴¹¹ Sien par 3.1.3 en 5.1.1 hierbo.

⁴¹² Henochsberg 2014:290(5); *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168: 179-180; Coetzee en Van Tonder 2014:306; *Phillips v Fieldstone Africa (Pty) Ltd* 2004 1 All SA 150 SCA: 162.

skadevergoeding.⁴¹³ Selfs waar die maatskappy nie self die geleentheid sou benut het, of nie enige skade gely het as gevolg daarvan dat die praktisyn die geleentheid benut het nie, sal die praktisyn steeds aanspreeklik gehou kan word.⁴¹⁴ Dieselfde beginsel geld indien die maatskappy of belanghebbendes skade ly as die praktisyn nalaat om relevante inligting tot sy beskikking aan hulle te openbaar.

Die praktisyn sal ook ingevolge artikel 213 van die Wet strafregtelik vervolg kan word indien hy enige vertroulike inligting bekend maak oor die aangeleentheid van enige persoon wat hy in die uitvoering van sy funksies as praktisyn ingevolge die Wet verkry.⁴¹⁵

Waar die praktisyn inligting wat hy in die uitvoering van sy pligte bekom, gebruik vir eie gewin en om met die maatskappy mee te ding, kom dié optrede op 'n vertrouensbreuk en delik neer. Die maatskappy sal in so 'n geval 'n aksie teen die praktisyn kan instel op grond van die pleging van 'n onregmatige daad deur middel van die *lex Aquilia*.⁴¹⁶ Deur van die *lex Aquilia* gebruik te maak vir die onregmatige mededinging deur die praktisyn, hoef die maatskappy nie die een of ander besondere delik te bewys nie, maar slegs dat die elemente van 'n delik aanwesig is.⁴¹⁷ Die maatskappy sal in alle waarskynlikheid slegs by die bewys van die element van onregmatigheid probleme ondervind.⁴¹⁸ Ten einde die element van onregmatigheid te bewys, sal die maatskappy moet aantoon dat die praktisyn se optrede teen die *boni mores* van die gemeenskap indruis.⁴¹⁹ Die verkryging en benutting van 'n mededinger se handelsgeheime of vertroulike bedryfsinligting word as 'n onregmatige indirekte inwerking op die werfkrag van 'n mededinger beskou.⁴²⁰

⁴¹³ Henochsberg 2014:290(5)-290(6).

⁴¹⁴ Henochsberg 2014:290(6) en 293; *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* 1942 1 All ER 378 (HL): 389; Pretorius *et al.* 1999:307; Naudé 1970:117. Sien ook Coetzee en Van Tonder 2014:306-307. "Once proof of a breach of a fiduciary duty is adduced it is of no relevance that; i) the company suffered no loss nor damage; ii) the company could not itself have made use of the information nor opportunity, neither probably would not have done so; iii) the company, although it could have used the information or opportunity refused it; .v) it was no part of the fiduciary's duty to obtain the benefit for the company; nor vi) the fiduciary acted honestly and reasonably."

⁴¹⁵ 71/2008: art 213(1)(a).

⁴¹⁶ Henochsberg 2014:290(6); Neethling *et al.* 2015:334; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Gwhano (Pty) Ltd* 1981 (2) SA 173 (T): 186.

⁴¹⁷ Neethling *et al.* 2015:335.

⁴¹⁸ Neethling *et al.* 2015:335.

⁴¹⁹ Neethling *et al.* 2015:337.

⁴²⁰ Neethling *et al.* 2015:340.

Die praktisyn behoort waaksaam te wees om nie enige transaksies met binnekennis te beklank of verwante binnekennis aan verwante persone te openbaar nie.⁴²¹ Persone met binnekennis staan in 'n posisie van vertroue en moet dus nie toegelaat word om daardie posisie te misbruik deur die kennis tot hul eie voordeel aan te wend nie.⁴²² Indien die praktisyn egter van die kennis wat hy in die uitvoering van sy pligte bekom, aanwend om 'n binnekennistransaksie te beklank, sal hy skuldig wees aan pligsversuim en aanspreeklik wees teenoor die troubegunstigdes vir enige wins of voordeel wat hy sodoende bekom.⁴²³ Die praktisyn sal ook daarteen moet waak om enige geheime wins gedurende sy ampstermyn te maak. 'n Praktisyn behoort verantwoording te kan doen vir alle wins wat hy in die uitvoer van sy magte en verpligtinge maak.⁴²⁴

“The term ‘profits’ is a wide one, especially when used in connection with accountability for a breach of fiduciary duty. It is not confined to money, but covers every gain or advantage made by a wrongdoer.”⁴²⁵

Volgens Henochsberg spruit die aanspreeklikheid vir enige geheime wins uit die blote feit dat die wins gemaak is.⁴²⁶ Indien die praktisyn die wins met alle belanghebbende partye se toestemming en kennis gemaak het, sal daar geen aanspreeklikheid wees nie. Vir die praktisyn om in hierdie geval aanspreeklikheid op te doen, hou weereens geensins verband met enige verlies of skade deur die maatskappy of belanghebbende nie.⁴²⁷ Daarom berus die eis nie op skadevergoeding nie.⁴²⁸ Die reg sal egter nie toelaat dat die praktisyn die wins of voordeel vir homself hou nie, en om hierdie rede sal die aksie teen die praktisyn, soos in die geval van die direkteur, *sui generis* van aard wees.⁴²⁹ Indien die gemeenregtelike beginsels oor die maak van 'n geheime wins op die praktisyn toegepas word, blyk dit dat die troubegunstigdes enige bedrag van hom kan verhaal

⁴²¹ Binnekennistransaksies word deur die *Securities Services Act* 36/2004 gereguleer.

⁴²² Cassim *et al.* 2012:928.

⁴²³ Cassim *et al.* 2012:932.

⁴²⁴ Henochsberg 2014:291.

⁴²⁵ Henochsberg 2014:291; *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168.

⁴²⁶ Henochsberg 2014:291.

⁴²⁷ Henochsberg 2014:291.

⁴²⁸ Henochsberg 2014:292.

⁴²⁹ Henochsberg 2014:291,303. Sien ook Naudé 1970:142-143. “Die verbintenis spruit voort uit die skending van die vertrouensverhouding tussen direkteur en maatskappy ...”. Vgl Coetzee en Van Tonder 2014:306,308. “A claim for damages by the company for breach of a fiduciary duty is neither an action based on delict nor an action based on fault.”

wat i) nie as vergoeding vir sy amp as praktisyn ontvang is nie, ii) verkry is uit hoofde van en in die uitoefening van sy amp, en iii) verkry is in 'n situasie waar sy persoonlike finansiële belange met dié van die begunstigdes bots.⁴³⁰

Wat betref aanspreeklikheid op grond van die nie-nakoming van die pligte van die praktisyn in artikel 76(3)(a), verskil die beginsels nie veel van dié van die direkteur nie.⁴³¹ Ingevolge artikel 76(3)(a) is die praktisyn verplig om in goeie trou en vir 'n behoorlike doel op te tree.

Bo en behalwe die normale gemeenregtelike en statutêre aksies vir persoonlike aanspreeklikheid wat teen die praktisyn ingestel kan word wanneer hy nie sy verpligting tot goeie trou nakom nie, kan hy ook in sommige gevalle strafregtelik aanspreeklik gehou word. Ingevolge artikel 214 is 'n persoon skuldig aan 'n misdryf indien hy vir 'n bedrieglike doel bewustelik vals of misleidende inligting verstrek in enige omstandighede waarin die Wet van die persoon vereis om aan iemand anders inligting te verstrek of kennis te gee, of in geval van 'n handeling of versuim deur 'n onderneming wat bereken was om 'n skuldeiser, werknemer of aandeelhouer van die maatskappy te bedrieg, of enige ander bedrieglike doel.⁴³² Die praktisyn moet in die uitvoering van sy verpligtinge ingevolge die Wet verslae opstel en dit aan die belanghebbende partye voorhou. Hierdie bepaling hou uiteraard verband met die praktisyn se verpligting om met eerlikheid en integriteit op te tree wanneer hy verslag doen of aan die belanghebbendes kennis gee.

Indien die praktisyn aanspreeklikheid vir pligsversuim weens magsuitoefening vir 'n onbehoorlike doel wil vryspring, moet hy toesien dat hy nie die magte oorskry wat die Wet of die ondernemingsreddingsplan onderskeidelik aan hom verleen nie.⁴³³ In die uitoefening van bogenoemde magte, moet die praktisyn die doel van die reddingsverrigtinge in gedagte hou om te verseker dat sy besluite daarmee strook. Die praktisyn kan aanspreeklik gehou word vir pligsversuim in hierdie verband, ongeag of hy geglo het of rede gehad het om te glo dat sy optrede in die beste

⁴³⁰ Naudé 1970:122. "... die blote moontlikheid van benadeling vir die maatskappy is voldoende, en werklike benadeling hoef nie aangetoon te word nie." *Phillips v Fieldstone Africa (Pty) Ltd* 2004 1 All SA 150 SCA.

⁴³¹ 71/2008: art 76(3)(a).

⁴³² 71/2008: art 214(1)(b),(c).

⁴³³ Henochsberg 2014:298.

belang van die belanghebbendes is.⁴³⁴ Ten einde te bepaal of die praktisyn sy magte vir 'n onbehoorlike doel aangewend het, sal 'n vierstaptoets toegepas word wat die heersende omstandighede in ag sal neem.⁴³⁵

Die praktisyn se verpligting tot goeie trou sluit in dat hy sal verhoed dat sy persoonlike finansiële belange met dié van die maatskappy in konflik kom, en dat hy ingevolge artikel 76(3)(b) in die maatskappy se belang sal optree.⁴³⁶ Indien die praktisyn sy verpligtinge in hierdie verband versuim, sal hy aanspreeklik gehou kan word.⁴³⁷

Dit is egter hiér wat die bepalinge van artikel 76(4) oor die sakeoordeeltoets toepassing vind. Ingevolge dié toets sal daar aanvaar word dat 'n praktisyn sy verpligtinge ingevolge artikel 76(3)(b) nagekom het indien die *ondernemingsreddingspraktisyn* geen wesentliche persoonlike finansiële belang by die onderwerp van die besluit gehad het nie⁴³⁸ en geen redelike gronde gehad het om te weet dat enige verwante persoon 'n persoonlike finansiële belang by die saak gehad het nie, óf indien die *ondernemingsreddingspraktisyn* voldoen het aan die vereistes van artikel 75 met betrekking tot enige bostaande belang.⁴³⁹ Indien die *ondernemingsreddingspraktisyn* 'n besluit geneem het oor 'n saak, en rasonale gronde gehad het om te glo, en inderdaad geglo het, dat die besluit in die maatskappy se belang was, sal hy ook aanspreeklikheid vryspring.⁴⁴⁰ Die toets vereis ook dat die praktisyn redelik noulettende stappe doen ten einde oor 'n aangeleentheid ingelig te wees.⁴⁴¹

Ingevolge hierdie deel van die sakeoordeeltoets blyk dit dat die praktisyn sy verpligting om in die maatskappy en belanghebbendes se belang op te tree, nagekom het indien hy geen persoonlike finansiële belang by 'n saak gehad het nie of, indien hy wél sodanige belang gehad het, hy dit op die korrekte wyse geopenbaar en sy besluite op rasonale gronde gebaseer het. Hy moet ook 'n mate van sorg aan

⁴³⁴ Henochsberg 2014:298(1).

⁴³⁵ Henochsberg 2014:298(1).

⁴³⁶ 71/2008: art 75,76(3)(b). In hierdie verband word die ander belanghebbendes se belange by die maatskappy se belange ingesluit.

⁴³⁷ Henochsberg 2014:248.

⁴³⁸ 71/2008: art 76(4)(a)(ii)(aa).

⁴³⁹ 71/2008: art 76(4)(a)(ii)(bb).

⁴⁴⁰ 71/2008: art 76(4)(a)(iii).

⁴⁴¹ 71/2008: art 76(4)(a)(i).

die dag lê deur redelike noulettende stappe te doen om ingelig te wees oor of daar moontlike persoonlike finansiële belange bestaan of nie.

'n Belangrike aspek van die praktisyn se aanspreeklikheid handel oor wie die aksie teen hom sal instel in geval van pligsversuim. Enige van die troubegunstigdes sal *locus standi* hê om die hof om 'n remedie te nader. Waar die praktisyn sy plig versuim het, sal sy aanspreeklikheid nie op die deliktereg gebaseer wees nie, maar eerder *sui generis* van aard wees.⁴⁴² Die beskikbare remedies vir die troubegunstigde wat aksie teen die praktisyn wil instel, is die gemeenregtelike remedies wat teen 'n direkteur sou geld. So 'n persoon sal geregtig wees om enige wins of voordeel wat die praktisyn as gevolg van sy optrede verkry het, van hom te verhaal.⁴⁴³ Die persoon het die reg om 'n transaksie waarby die praktisyn betrokke is, te laat nietig verklaar.⁴⁴⁴ Die praktisyn sal gewoonlik vir skadevergoeding aanspreeklik gehou kan word in geval van verlies of skade vir die maatskappy of belanghebbendes, maar sal ook in sommige gevalle aanspreeklik wees vir restitusie.⁴⁴⁵

Daar behoort laastens na artikel 77(9)(a) van die Wet verwys te word.⁴⁴⁶ Hierdie artikel bepaal dat, in enige verrigtinge teen 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* buiten vir opsetlike wangedrag of opsetlike vertrouensbreuk, die hof die *ondernemingsreddingspraktisyn* hetsy ten volle of gedeeltelik kan vrystel van enige aanspreeklikheid wat in die artikel uiteengesit word, op enige voorwaardes wat die hof as regverdig beskou indien dit vir die hof lyk of die *ondernemingsreddingspraktisyn* aanspreeklik is of kan wees, maar eerlik en redelik opgetree het.⁴⁴⁷ Dit wil dus voorkom of die wetgewer gevalle voorsien waar die praktisyn aan 'n nalatige vertrouensbreuk skuldig kan wees. Myns insiens behoort so 'n situasie onder 'n verbreking van die praktisyn se sorgsaamheidsverpligting hanteer te word, want indien hy nie sy vertrouensverpligting opsetlik versuim nie, geskied dit tog nalatig. Die artikel bepaal egter dat die hof die praktisyn in die geheel

⁴⁴² Henochsberg 2014:303; *Phillips v Fieldstone Africa (Pty) Ltd* 2004 1 All SA 150 SCA; Naudé 1970:142-143; Coetzee en Van Tonder 2014:306.

⁴⁴³ *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168; Coetzee en Van Tonder 2014:307. Daar word hier verwys na die verhaalsreg of "disgorgement" waar geen skade gely is nie.

⁴⁴⁴ Coetzee en Van Tonder 2014:308.

⁴⁴⁵ *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Gwhano (Pty) Ltd* 1981 (2) SA 173 (T): 200-201; Henochsberg 2014:303; Coetzee en Van Tonder 2014:308.

⁴⁴⁶ 71/2008: art 77(9).

⁴⁴⁷ 71/2008: art 77(9)(a); Henochsberg 2014:304.

van aanspreeklikheid kan verskoon, dit wil sê selfs in gevalle waar die praktisyn dus sonder sorg en derhalwe nalatig opgetree het. Hierdie bepaling en die bepalings van die sakeoordeeltoets blyk direk strydig te wees. Ingevolge die sakeoordeeltoets sal 'n persoon nie vir 'n vertrouensbreuk aanspreeklik gehou kan word indien hy die stappe gevolg het en toegesien het dat hy ingelig is oor 'n aangeleentheid alvorens hy optree nie. Dit impliseer 'n mate van sorg wat met die vertrouensverpligting gepaardgaan. Daarteenoor bepaal artikel 77(9) dat selfs al het 'n persoon nie die sakeoordeeltoets geslaag nie, maar redelik en eerlik opgetree, hy aanspreeklikheid sal kan vryspring. Die inhoud van hierdie twee bepalings kan myns insiens nie met mekaar versoen word nie.⁴⁴⁸

6.2 DIE VERENIGDE KONINKRYK

Administrateurs se aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van hul verpligtinge, wat hul vertrouensverpligtinge insluit, word deur paragraaf 75 van bylae B1 by die *Insolvency Act* gereël.⁴⁴⁹ Ingevolge hierdie bepaling is die hof by magte om die optrede van 'n administrateur van 'n maatskappy te ondersoek en 'n gepaste bevinding daaroor te maak.⁴⁵⁰ So 'n ondersoek sal egter slegs op aansoek van 'n ander administrateur,⁴⁵¹ die likwidateur van die maatskappy⁴⁵² of 'n skuldeiser van die maatskappy geskied.⁴⁵³ Die aansoek om 'n ondersoek ingevolge paragraaf 75 moet beweer i) dat die administrateur van die maatskappy geld of ander eiendom van die maatskappy misbruik of vir homself gehou het,⁴⁵⁴ ii) dat die administrateur verantwoordbaar geword het vir geld en ander eiendom van die maatskappy,⁴⁵⁵ iii) **dat die administrateur sy vertrouensverhouding met die maatskappy verbreek het,**⁴⁵⁶ of iv) dat die administrateur skuldig is aan 'n ampsmisdryf.⁴⁵⁷

⁴⁴⁸ Sien in hierdie verband die bespreking onder par 4.1.2 van hfst 4.

⁴⁴⁹ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75, soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁵⁰ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(1), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁵¹ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(2)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁵² *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(2)(c), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁵³ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(2)(d), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁵⁴ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(3)(a), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁵⁵ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(3)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁵⁶ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(3)(c), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁵⁷ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(3)(d), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

Indien die hof na afloop van die ondersoek na die administrateur se optrede bevind dat hy wel aan enige hiervan skuldig is, kan die hof hom gelas i) om geld of eiendom van die maatskappy terug te betaal of te besorg, of verantwoording daarvoor te doen,⁴⁵⁸ ii) om rente te betaal,⁴⁵⁹ of iii) om 'n bydrae tot die maatskappy te maak as skadevergoeding vir pligsversuim of 'n ampsmisdryf wat deur hom gepleeg is.⁴⁶⁰

Die bepalings van hierdie gedeelte in die Wet blyk eenvoudig en ongekompliseerd te wees. In geval van 'n bewering van wangedrag teen die administrateur, kan die hof tussenbeide tree en die saak ondersoek ten einde 'n gepaste bevel oor die administrateur se optrede te maak. Myns insiens is so 'n benadering sinvol, alhoewel 'n ander liggaam moontlik die funksie van die hof in hierdie geval kan vervul.

6.3 AUSTRALIË

Administrateurs se aanspreeklikheid in Australië word grootliks deur die bepalings van die *Corporations Act* gereguleer.⁴⁶¹ Dit is ook interessant dat die nie-nakoming van die administrateur se plig tot goeie trou op strafregtelike sowel as sivilregtelike aanspreeklikheid kan uitloop.

Ingevolge artikel 181 van die wet moet 'n administrateur, as beampte van die maatskappy, sy magte en verpligtinge op so 'n wyse uitoefen dat hy in goeie trou en in die beste belang van die maatskappy optree.⁴⁶² Indien hy sy plig in hierdie verband versuim, sal die maatskappy hom vir skadevergoeding kan aanspreeklik hou.⁴⁶³ Artikel 182 bepaal dat die administrateur, as beampte van die maatskappy, nie sy posisie onbehoorlik mag gebruik om vir hom of iemand anders 'n voordeel of vir die maatskappy enige nadeel te bewerkstellig nie.⁴⁶⁴ In hierdie verband sal die

⁴⁵⁸ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(4)(a), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁵⁹ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(4)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁶⁰ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 75(4)(c), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

⁴⁶¹ *Corporations Act* 50/2001.

⁴⁶² *Corporations Act* 50/2001: art 181(1)(a).

⁴⁶³ *Corporations Act* 50/2001: art 181(2).

⁴⁶⁴ *Corporations Act* 50/2001: art 182(1)(a)-(b).

administrateur, na gelang van die geval, hetsy restitusie of skadevergoeding moet betaal.⁴⁶⁵

'n Administrateur van die maatskappy mag ook nie enige inligting wat hy in die uitvoering van sy pligte bekom, gebruik om vir homself 'n voordeel te bewerkstellig of die maatskappy skade te berokken nie.⁴⁶⁶ Ingevolge artikel 183(2) sal daar siviëlregtelik teen hom opgetree kan word.⁴⁶⁷ Artikel 184 bepaal voorts dat indien die administrateur sy posisie op 'n oneerlike of roekelose wyse gebruik om self voordeel te trek of die maatskappy skade te berokken, hy aan 'n misdryf skuldig sal wees.⁴⁶⁸

7. GEVOLGTREKKING EN SAMEVATTING

Uit die voorafgaande bespreking van die praktisyn se plig tot goeie trou blyk duidelik dat die beginsels van toepassing op direkteure nie sonder meer op die praktisyn toegepas kan word nie. Die wyse waarop sekere beginsels van vertrouwensverpligtinge voorheen op direkteure toegepas is, moet dus nou anders geïnterpreteer word ten einde die unieke posisie van die praktisyn in aanmerking te neem. Daarom is dit die beskouing in hierdie studie dat die wetgewer 'n ondeurdagte besluit geneem het om in artikel 140(3)(b) van die Wet die beginsels van toepassing op direkteure gelyk te stel met die beginsels wat op praktisyne betrekking het.

In hierdie hoofstuk is daar derhalwe gepoog om sin te gee aan die bepaling in artikel 140(3)(b) deur te oorweeg presies hoe die beginsels ten opsigte van direkteure se vertrouwenspligte op praktisyne toepassing sal vind, gedagtig aan die finansiële nood van die maatskappy.

Ten einde die verpligting tot goeie trou na te kom, behoort 'n troupligtige, en dus die praktisyn, eerlik en met integriteit op te tree, onafhanklik en onpartydig te wees, en versigtig met vertroulike inligting om te gaan. Voorts word daar van hom verwag om sy magte vir 'n behoorlike doel en in die troubegunstigdes se belang uit te oefen.

⁴⁶⁵ *Corporations Act* 50/2001: art 182(2); Austin 2006. http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/pages/SCO_austin/. Toegang verkry op 29/08/2012.

⁴⁶⁶ *Corporations Act* 50/2001: art 183(1)(a)-(b).

⁴⁶⁷ *Corporations Act* 50/2001: art 183(2).

⁴⁶⁸ *Corporations Act* 50/2001: art 184(2)(a)-(b).

Wat die eerlikheid en integriteit van die praktisyn betref, bevind die belanghebbendes hulle in 'n posisie van kwesbaarheid gedurende die reddingsverrigtinge van die maatskappy. Daarom is dit belangrik dat die praktisyn altyd eerlik en met integriteit teenoor hulle sal optree. In die meeste gevalle word daar reeds uit hoofde van sy lidmaatskap van 'n spesifieke professie van die praktisyn verwag om onkreukbare eerlikheid aan die dag te lê. Die integriteit en goeie karakter van die praktisyn kan moontlik daaruit blyk dat daar geen aksies weens wangedrag teen hom hangende is nie en dat hy nog nie uit sy professie geskors is nie. In hierdie verband word daar aanbeveel dat relevante professies 'n metode identifiseer waarop die Kommissie van enige skorsings van lede in kennis gestel kan word.

Eerlikheid impliseer ook dat die praktisyn openhartig en deursigtig moet wees in sy besluitneming, en dat hy nie enige inligting moet verberg of valse inligting moet weergee nie. Dít sal veral belangrik wees in sy vergaderings met die geaffekteerde persone. Die praktisyn moet hom daarvan weerhou om deur enige doen of late 'n skuldeiser, werknemer of aandeelhouer van die maatskappy te bedrieg. Die belang van eerlikheid en integriteit word ook sterk in die wetgewing en gedragskodes van sowel die Verenigde Koninkryk as Australië benadruk.

Die praktisyn behoort dus openhartig, eerlik en waarheidliewend te wees. Hierdie gedrag moet in sy optrede teenoor en kommunikasie met die belanghebbendes weerspieël word. Sodanige eerlikheid en openhartigheid sal moontlik ook die emosionele omstandighede wat gedurende die reddingsverrigtinge heers, kan neutraliseer. 'n Eerlike en deursigtige benadering tot redding sal daartoe bydra dat die belanghebbendes en die publiek vertrouwe in die reddingsproses ontwikkel, en sal ook tot beter samewerking gedurende die proses lei.

Ingevolge die bepalings van hoofstuk 6 van die Wet word daar vereis dat die praktisyn onafhanklik van die maatskappy en ander belanghebbendes moet wees en geen partydigheid in die uitvoering van sy verpligtinge moet toon nie. Hierdie onafhanklikheid sluit ook verwante persone in soos wat die Wet omskryf.

Die praktisyn se verhouding of verbintenis met die maatskappy en belanghebbendes moenie van so 'n aard wees dat dit 'n redelike en ingeligte derde party die afleiding sal laat maak dat die praktisyn nie onpartydig en objektief in die uitvoering van sy

verpligtinge kan wees nie. In hierdie verband word daar met die Australiese beginsel saamgestem, naamlik dat die praktisyn nie net feitelik onafhanklik moet wees nie, maar ook in sy optrede onafhanklikheid moet weerspieël.

Die bestaan van sekere verhoudings en verbintenisse by die praktisyn dien as 'n goeie aanduiding van 'n moontlike gebrek aan onafhanklikheid. Die gevaar van 'n gebrek aan onafhanklikheid is dat die praktisyn moontlik oorreed kan word om weens 'n spesifieke verbintenis met 'n rolspeler besluite te neem wat nie op 'n redelike en billike opweging van belange gegrond is nie. Die kodes van sowel die Verenigde Koninkryk as Australië is van groot nut in die identifisering van verhoudings wat gewoonlik 'n bedreiging vir die praktisyn se onafhanklikheid inhou. Enige professionele of persoonlike verhouding met die maatskappy; 'n direkteur, aandeelhouer(s), werknemers of besigheidsvennote van die maatskappy; maatskappye of entiteite wat deur die maatskappy beheer word; skuldeisers van die maatskappy, hetsy versekerd of onversekerd; skuldenaars van die maatskappy, of selfs familie van maatskappyamptenare is voorbeelde van verhoudings wat moontlik probleme in dié verband kan inhou. Dit is ook belangrik om daarop te let dat enige vyandigheid wat moontlik tussen die praktisyn en enige belanghebbende party bestaan, tot 'n moontlike gebrek aan onafhanklikheid kan lei. Dit is nie 'n *numerus clausus* van verhoudings nie, en dus sal elke geval van beweerde gebrek aan onafhanklikheid aan die hand van die heersende omstandighede oorweeg moet word.

Een van die probleemgebiede in verband met die onafhanklikheid van die praktisyn is die aanstellingsprosedure. Aangesien die praktisyn se aanstelling, na gelang van omstandighede, deur die direksie of die geaffekteerde persoon teweeggebring word, kan daar by die direksie of die geaffekteerde persone 'n verwagting ontstaan dat die praktisyn hulle belange sal vooropstel, aangesien hulle hom immers aangestel het. Daar kan selfs 'n situasie ontstaan waar hierdie persone, as "opdraggewers", glo dat hulle die praktisyn onbehoorlik kan beïnvloed. Daarom is dit van die allergrootste belang dat die praktisyn bewus is van sy verantwoordelikhede in hierdie verband. Daar rus 'n verpligting op die praktisyn om seker te maak dat hy nie enige beloftes maak aan die persone wat hom aangestel het nie, en dat hy dit duidelik stel dat hy in alle betrokke partye se belang moet optree. Daarbenewens sal die praktisyn in elke gegewe situasie eers moet ondersoek instel alvorens hy 'n aanstelling aanvaar.

Sodanige ondersoek sal redelike stappe behels om ingelig te word van enige moontlike verbintenis of belangebotsing met 'n betrokke party.

Die voorafkonsultasies wat in die praktyk tussen die praktisyn en die maatskappy of geaffekteerde persone plaasvind, hoef nie tot die diskwalifisering van daardie persoon as praktisyn aanleiding te gee nie. Die konsultasie maak in baie gevalle 'n noodsaaklike deel van die reddingsproses uit, veral in die lig van die streng tydsbeperkings. Dít impliseer dus dat nie alle kontak tussen die praktisyn en belanghebbende partye voor sy aanstelling tot 'n gebrek aan onafhanklikheid sal lei nie. Daar behoort egter perke gestel te word aan wat as aanvaarbare gesprekspunte gedurende die konsultasies beskou sal word. Indien die konsultasie tot wesenlike betrokkenheid by enige van die belanghebbende partye lei, sal die praktisyn nie meer as onafhanklik beskou word nie en derhalwe nie as praktisyn aangestel kan word nie. Die advies wat hy gedurende die voorafkonsultasie verleen, moet beperk wees tot die finansiële situasie en die solvensie van die maatskappy, sowel as die gevolge van moontlike insolvensie en enige alternatiewe vir insolvensie.

Die argument dat die openbaarmaking van enige verhoudings 'n oplossing in hierdie verband skep, is foutief. Alhoewel daar in Australië van die praktisyn verwag word om 'n verklaring van onafhanklikheid af te lê, stel die ARITA-kode dit duidelik dat die openbaarmaking nie die gevaar van moontlike partydigheid uitskakel nie. So ook bied die verklaring van onafhanklikheid wat die kommissie van die praktisyn vereis geen waarborg vir onpartydige en objektiewe optrede nie. Die verklaring moet derhalwe eerder beskou word as 'n openbaarmaking van daardie verhoudings wat nie 'n gevaar vir die praktisyn se onafhanklikheid inhou nie.

Dinamiese omstandighede kan ook veroorsaak dat 'n eens onafhanklike praktisyn nie meer onafhanklik is nie. Indien die omstandighede van die praktisyn dermate verander dat hy nie meer onafhanklik is nie, behoort dit vir hom moontlik te wees om sy amp te verlaat indien dit nodig is. In hierdie verband word daar aanbeveel dat die Wet gewysig word ten einde voorsiening te maak vir gevalle waar die praktisyn uit sy amp wil tree.

Laastens is dit ook belangrik dat die praktisyn se gedagtes onafhanklik sal wees en dat hy nie sal toelaat dat enige belanghebbendes hom onbehoorlik in die uitvoering van sy verpligtinge beïnvloed nie.

Die verpligting tot goeie trou vereis dat die praktisyn enige vertroulike inligting wat aan hom bekend word, as vertroulik hanteer. Die praktisyn moet 'n intensiewe ondersoek na die sake van die maatskappy loods en kan gedurende hierdie ondersoek vertroulike inligting oor die maatskappy en ander rolspelers bekom. Hy moet daarteen waak om, selfs onopsetlik, inligting bekend te maak aan persone met wie hy hegte persoonlike of professionele verhoudings het. Die praktisyn mag onder geen omstandighede die inligting wat aan hom bekend word, gebruik om vir hom of 'n verwante persoon 'n voordeel te bewerkstellig of 'n geleentheid van die maatskappy vir homself aan te gryp nie. Hierdie vereiste is veral relevant indien daar oorweeg word dat so 'n voordeel of geleentheid dikwels ten koste van die maatskappy geskied en dat, in die geval van 'n maatskappy in finansiële nood, die gewraakte gedrag katastrofiese gevolge kan inhou. Die wetgewer wil derhalwe verhoed dat die praktisyn vertroulike inligting wat hy in die uitoefening van sy pligte opdoen hetsy gebruik om met die maatskappy mee te ding of aan enige ander persone mededeel om hulle in staat te stel om met die maatskappy mee te ding.

Die praktisyn sal ook nie vervolging of aanspreeklikheid vryspring indien hy hom skuldig maak aan die aangaan van enige binnekennistransaksies ingevolge die *Securities Services Act* nie. Hy moet dus met ewe groot versigtigheid met inligting oor die sekuriteite van die maatskappy in nood omgaan.

Die praktisyn moet enige inligting wat hy redelikerwys glo vir die maatskappy tersaaklik is, aan die geaffekteerde persone openbaar om hulle in staat te stel om ingeligte besluite te neem. Regspraak interpreteer die begrip “tersaaklikheid” baie wyd, wat myns insiens impliseer dat die praktisyn eerder 'n ontersaaklike feit moet openbaar as wat hy moontlik nalaat om iets te openbaar wat die hof as tersaaklik sou kon beskou. Daarbenewens moet die praktisyn die inligting wat in die uitvoering van sy pligte aan hom bekend gemaak word, ook ná die voltooiing van die reddingsverrigtinge vertroulik hou.

Daar is egter ook 'n verpligting op die praktisyn, as amptenaar van die hof, om enige onwettige handeling aan die relevante gesag te rapporteer. Indien die praktisyn dus in die uitvoering van sy verpligtinge, soos gedurende sy ondersoek na die sake van die maatskappy, op enige inligting afkom wat op onwettige handeling dui, mag hy dit nie verberg of geheim hou nie.

Enige ongemagtigde gebruik van vertroulike inligting is dus 'n verbreking van die vertrouensverpligting tussen die praktisyn en die troubegunstigdes.

Die praktisyn se verpligting tot goeie trou sluit ook in dat hy sy magte vir 'n behoorlike doel moet aanwend. Ten einde hierdie verpligting na te kom, mag die praktisyn nie sy magte vir enige ander doel as die doel waarvoor dit aan hom toegeken is, aanwend nie. Die doelstellings wat die Wet vir die reddingsverrigtinge verskaf, is hier van belang. Hierdie doelstellings is hetsy om die maatskappy in nood te rehabiliteer of om 'n beter uitbetaling aan skuldeisers en/of aandeelhouers te bewerkstellig. Dít beteken dat hy sy magte in ooreenstemming met die doelstellings en die bepalings in die Wet en die regulasies ingevolge die Wet moet uitoefen, maar ook dat hy aan die geaffekteerde persone se instruksies ten aansien van die ondernemingsreddingsplan moet gehoor gee. In die Verenigde Koninkryk word daar van die administrateur verwag om 'n hiërargie van doelwitte na te jaag. Indien die administrateur allereers 'n alternatiewe doel najaag, word daar aanvaar dat hy sy pligte vir 'n onbehoorlike doel uitoefen. In Suid-Afrika word die skuldeisers se belange voldoende deur albei die doelstellings in die Wet beskerm, wat 'n hiërargiestelsel onnodig maak. Die hantering van die maatskappy se bates behoort ook die bereiking van 'n behoorlike doelwit te weerspieël. Die praktisyn behoort dus versigtig om te gaan met die vervreemding van bates, sodat hy nie so optree dat hy nié tot die bereiking van die doelwitte bydra nie.

'n Praktisyn wat in goeie trou optree, sal in die maatskappy sowel as die troubegunstiges se belang optree. Indien hy sy verpligtinge in die maatskappy se belang uitoefen, kan dit tot 'n suksesvolle redding lei, wat tog ook in die skuldeisers, werknemers, aandeelhouers en die gemeenskap se belang sal wees. Derhalwe hou hierdie verpligting in dat die praktisyn sy magte en pligte in die maatskappy se belang moet probeer uitoefen, maar daarteen moet waak om dit ten koste van die ander geaffekteerde persone te doen.

Die praktisyn mag nie enige wins maak as gevolg van sy posisie as troupligtige nie. Dit is ook bekend as die "no profit"-reël. Daarbenewens is die "no conflict"-reël op die praktisyn van toepassing, wat behels dat hy hom nie in 'n posisie mag plaas waar die troubegunstigdes se belange met sy eie in konflik kom nie.

Belangebotsings kan tot 'n gebrek aan onafhanklikheid en onpartydigheid by die praktisyn lei. Daarom bepaal die Wet dat indien 'n praktisyn of 'n verwante persoon 'n persoonlike finansiële belang by die sake van die maatskappy het, die praktisyn hierdie belange moet openbaar. Alhoewel die ideaal is dat 'n praktisyn geen persoonlike belang by die sake van die maatskappy moet hê nie, sal daar wel in die praktyk sulke gevalle voorkom. Praktisyns word soms uit die geledere van ervare besigheidslui aangestel, en dus is dit nie onmoontlik dat sy persoonlike of besigheidsbelange, of dié van iemand wat aan hom verwant is, op die een of ander wyse aan dié van die maatskappy in nood verbind kan wees nie. Hoewel die effektiwiteit van die openbaarmakingsbeginsel reeds hierbo in twyfel getrek is, moet daar dus hier toegegee word dat belangebotsings in sommige gevalle onvermydelik sal wees. In so 'n geval moet daar aan die volgende beginsels gehoor gegee word.

Wanneer 'n maatskappy of geaffekteerde persoon iemand nader om as praktisyn op te tree, moet daardie persoon eers redelike stappe doen om vas te stel of daar 'n moontlike belangebotsing tussen homself en die maatskappy of 'n geaffekteerde persoon bestaan. Indien die belangebotsing wesenlik is, behoort die praktisyn die aanstelling van die hand te wys. Waar die konflik egter nie wesenlik is nie en die praktisyn van mening is dat hy steeds onpartydig kan wees, behoort hy die geaffekteerde persone van die belangebotsing in te lig en hulle te versoek om toestemming te verleen dat hy steeds as praktisyn optree. Hy moet enige wesenlike inligting sowel as die algemene aard van die belang openbaar. Daar kan egter nie van die praktisyn verwag word om die vergadering te verlaat terwyl die geaffekteerde persone die aangeleentheid oorweeg nie. Die praktisyn behoort seker te maak dat bepaalde veiligheidsmaatreëls ingestel word om al die belanghebbendes te beskerm. Waar 'n belangebotsing ontstaan nadat die praktisyn aangestel is, behoort die geaffekteerde persone vir toestemming genader te word. Indien toestemming geweier word, behoort die praktisyn sy amp te ontruim. Soos reeds genoem is, maak die Wet egter nie voorsiening vir sodanige ontruiming nie.

'n Verdere, verbandhoudende kwelpunt is gevalle waar die praktisyn met die maatskappy kontrakkeer. Een van die algemeenste wyses waarop daar 'n botsing van belange tussen die praktisyn en die troubegunstigdes kan ontstaan, is wanneer hy in sy persoonlike hoedanigheid met die maatskappy of die geaffekteerde persone kontrakkeer. In so 'n geval tree hy inderwaarheid aan albei kante van die kontrak op.

Dit lei tot 'n baie sterk vermoede dat die praktisyn, as troupligtige, in sy eie belang opgetree het en nie in die troubegunstigdes s'n nie. Daarom behoort praktisyns hulle daarvan te weerhou om hetsy direk of indirek bates van die maatskappy te bekom. Die praktisyn mag ook nie wetend toelaat dat 'n familielid die bate bekom nie.

Wanneer die praktisyn of 'n verwante persoon 'n bate van die maatskappy aankoop, kan dit tot 'n gebrek aan objektiwiteit lei. Daar is 'n reeks faktore waaroor die praktisyn 'n invloed sal kan hê om vir homself of 'n verwante persoon gunstige omstandighede te skep. Dit sluit in die prys, bepalinge en voorwaardes, en selfs die administratiewe aspekte van die verkoop van die bate. Daarom bestaan daar drie reëls wat 'n troupligtige ten aansien van die aankoop van die troubegunstigde se bates moet nakom: i) Die troubegunstigde moet tot die transaksie toestem. ii) Die troupligtige moet alle wesentliche inligting aangaande die transaksie aan die begunstigde openbaar. iii) Die troupligtige moet die volle waarde van die bate betaal. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie reëls eweneens op die praktisyn van toepassing behoort te wees.

Die logiese gevolg is dat indien die praktisyn hom aan pligsversuim op grond van sy verpligting tot goeie trou skuldig maak, hy aanspreeklikheid in dié verband kan opdoen. Die grondslag vir die praktisyn se aanspreeklikheid in hierdie verband is nóg deliktueel nóg kontraktueel van aard, maar eerder *sui generis*. Daarom maak die Wet eerstens voorsiening vir die stel van sekerheid. In geval van pligsversuim sou die sekerheid op verskeie wyses aangewend kon word, hetsy vir restitusie of skadvergoeding. Die Kommissie sou die bedrag van die sekerheid kon vasstel wanneer daar om die lisensiëring en aanstelling van 'n praktisyn aansoek gedoen word. 'n Sinvolle voorstel in hierdie verband is dat die bedrag eers vasgestel word ná oorweging van die tipe maatskappy wat onder reddingsverrigtinge geplaas word. Dit verseker dat die grootte van die maatskappy en selfs die moeilikheidsgraad van die redding in aanmerking geneem word.

Daar behoort gewaak te word teen 'n interpretasie van die Wet wat die praktisyn se aanspreeklikheid op grond van 'n verbreking van sy plig tot goeie trou onderworpe maak aan die nakoming van sy sorgsaamheidsverpligting. 'n Ondersoek na die praktisyn se sorgsaamheidsverpligting sal dus nie tot aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van sy plig tot goeie trou kan aanleiding gee nie. Dit sal wel tot

aanspreeklikheid op grond van nalatigheid en die nie-nakoming van sy sorgsaamheidsplig aanleiding gee. Om hierdie rede word daar aanbeveel dat artikel 140(3)(c) herformuleer word ten einde moontlike verwarring in hierdie verband uit te skakel.

Aangesien hoofstuk 6 van die Wet geen bepalings oor die praktisyn se aanspreeklikheid vir pligsversuim op grond van die plig tot goeie trou bevat nie, is die aanspreeklikheidsbepalings in artikel 75, 76 en 77 van die Wet hier van toepassing. Die statutêre en gemeenregtelike aanspreeklikheidsbeginsels wat op direkteure van toepassing is, sal dus ook op die praktisyn van toepassing wees.

'n Ander belangrike aspek van die praktisyn se aanspreeklikheid handel oor wie die aksie teen hom sal instel in geval van pligsversuim. Enige van die troubegunstigdes sal *locus standi* hê om die hof om 'n remedie te nader.

Dit is dus duidelik dat die praktisyn se plig tot goeie trou unieke verantwoordelikhede en verpligtinge vir hom teweegbring. Alhoewel die beginsels van sy verpligting tot goeie trou in 'n groot mate ooreenstem met en soortgelyk is aan dié van die direkteure van die maatskappy, moet daar toegegee word dat die praktisyn se verpligting eiesoortig is en derhalwe ook eiesoortig hanteer moet word in gevalle van pligsversuim.

HOOFSTUK 4

SORG EN VAARDIGHEID

“Care and diligence bring luck.”¹

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 DOELSTELLING

Die doel van hierdie hoofstuk is om die beginsels van die praktisyn se plig tot sorg en vaardigheid uit te lig en te bestudeer. Daar sal gepoog word om duidelike riglyne vir die toepassing van die sakeoordeeltoets op die praktisyn se keuses te voorsien. Die omstrede kwalifikasie- en vaardigheidsvereistes van die praktisyn sal ook in hierdie hoofstuk ontleed word om groter duidelikheid in hierdie verband te verskaf.

1.2 WERKSWYSE

Die werkswyse in hierdie hoofstuk behels eerstens 'n ondersoek na die ontwikkeling van regsbeginsele rondom die direkteur se plig tot sorg en vaardigheid. Ten einde egter die praktisyn se verpligting tot sorg en vaardigheid te bestudeer, sal daar noodwendig eerstens 'n ondersoek na die toets vir nalatigheid en die toepassing daarvan op die praktisyn geloods word. Die invoeging van die sakeoordeeltoets as metode vir die hersiening van die plig tot sorg bring mee dat die effek van die toepassing daarvan op die praktisyn en in die noodomstandighede van die maatskappy ook ondersoek moet word. Aangesien die praktisyn se opleiding 'n rol speel in die oorweging of hy met die nodige sorg opgetree het, word die praktisyn se kwalifikasies, vaardighede en ervaring ook ontleed. Ook die vergoedingstruktuur van die praktisyn sowel as die omstrede punt van sekerheidstelling deur die praktisyn ontvang aandag. Die plig tot sorg en vaardigheid van die administrateur in die Verenigde Koninkryk en Australië word geraadpleeg, aangesien dit met die

¹ Thomas Fuller 1608–1661.

formulering van Suid-Afrikaanse regsbeginsels op die gebied kan help. Moontlike aanspreeklikheid sowel as ander gevolge van die praktisyn se nie-nakoming van sy plig tot sorg en vaardigheid sal ook ondersoek en geëvalueer word.

2. INLEIDING

“Practitioners must render, perform and maintain their Services with such a degree of skill, care and attention, efficiency and professional competence and of such a quality and standard considered to be necessary in the opinion of the Council, the Master and CIPC.”²

'n Praktisyn is verplig om sy magte en bevoegdhede met 'n sekere mate van sorg en vaardigheid uit te oefen.³ Die nie-nakoming van hierdie plig kan aanleiding gee tot aanspreeklikheid op grond van 'n onregmatige daad. Vir die doel van hierdie studie is die vraag egter watter mate van sorg en vaardigheid van die praktisyn in die uitvoering van sy verpligtinge verwag word.

Aangesien die sorgsaamheidsplig op die deliktereg, oftewel die Aquiliese aksie vir nalatigheid, gebaseer is, resorteer dit nie werklik onder vertrouensverpligtinge nie.⁴ In hierdie verband behoort gevra te word of die betrokke troupligtige met die nodige sorg opgetree het wat redelikerwys van iemand met dieselfde kennis, vaardigheid en ervaring en in dieselfde omstandighede verwag sou kon word.⁵

Soos reeds genoem is, behoort die plig tot sorg en vaardigheid nie werklik onder vertrouensverpligtinge te val nie.⁶ Tog is dit duidelik dat die trouplig en die plig tot sorg en vaardigheid in 'n redelike mate oorvleuel.⁷ Daar kan tog nie gemeen word dat 'n troupligtige wat nalatig optree, in die beste belang van die troubegunstigde optree nie.⁸ Tog, hoewel dit in Suid-Afrika geykte reg is dat die plig tot sorg en

² SARIPA 2014:par 5. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014.

³ De Wet en Van Wyk 1978: 660.

⁴ Naudé 1970:160; Cassim *et al.* 2012:555.

⁵ Naudé 1970:163; Cassim *et al.* 2012:555.

⁶ Cassim *et al.* 2012:507.

⁷ McLennan 2009:186.

⁸ *Howard v Herrigel* 1991 (2) SA 660 (A); Bekink 2008: 100-101. “The Appellate Division confirmed director’s duty to observe the utmost good faith towards the company and in doing so, to exercise reasonable care and skill.” Vgl McLennan 2009:186.

vaardigheid nie 'n vertrouensverpligting is nie,⁹ maar eerder op deliktuele grondslae berus,¹⁰ het die wetgewer in die Maatskappywet 71 van 2008 geen sodanige onderskeid in die bepalings rakende die direkteur se verpligtinge in artikels 75 tot 77, en spesifiek artikel 76, getref nie.¹¹ Daarom word die plig tot sorg steeds vir doeleindes van hierdie studie as een van die vernaamste vertrouensverpligtinge gereken.

Die bekende *Brazilian Rubber Plantations*-saak is belangrik in die oorweging van die plig tot sorg.¹² Hierdie saak handel hoofsaaklik oor die beweerde nie-nakoming van direkteur se vaardigheid- en sorgsaamheidspligte, maar behoort ook van groot hulp te wees in die vasstelling van beginsels van toepassing op die praktisyn wat 'n maatskappy in finansiële nood moet probeer red.

In 1906 is die lede van die Engelse publiek genooi om aandele in die Brasiliaanse Rubberplantasie-en-landgoedmaatskappy te bekom. Die aandeelkapitaal sou aangewend word om 'n rubberplantasie in Brasilië van 'n sindikaat aan te koop. 'n Prospektus is beskikbaar gestel waarvan die inligting op 'n verslag van 'n lid van die sindikaat, ene mnr Meiter, berus het. Die inligting wat mnr Meiter verskaf het, was egter in verskeie opsigte onwaar.¹³ Mnr Meiter het voorgegee dat die inligting in die verslag op sy persoonlike kennis en 'n inspeksie gegrond was. Die waarheid was egter dat alhoewel hy in Brasilië was, hy nie naby die plantasie was nie en dat hy in werklikheid op sy verbeelding staatgemaak het om die verslag in Londen op te stel.

⁹ Naudé 1970:154; McLennan 2009:186; Cassim *et al.* 2012:555.

¹⁰ *Du Plessis NO v Phelps* 1995 (4) SA 165 (C); 170; Kennedy-Good en Coetzee 2006b:281; Bekink 2008:101.

¹¹ 71/2008: art 75,76,77.

¹² *In Re Brazilian Rubber Plantations* 1911 1 Ch 425 ChD; Cassidy 2009: 384.

¹³ *In Re Brazilian Rubber Plantations* 1911 1 Ch 425 ChD. "But the prospectus contained the following more serious false statements about the property:—(1.) That the property contained 12,500 acres, whereas the real extent was about 2500; (2.) that there were on the property four well-built houses for officials and forty small houses for workpeople, whereas the buildings on the estate were in fact mere huts roughly put together, and there were none fit for the occupation of a European official; (3.) that there were on the estate 400,000 trees of the species *Hevea Brasiliensis*, from which Para rubber, the best-known quality, was made, and Manicouba, from which a second quality of rubber, Ceara, was made, all scientifically planted, and about 20,000 older Manicouba trees. As a fact there were no *Hevea Brasiliensis* trees on the estate at all, and none scientifically planted; there were a large number of Manicouba trees, for the most part wild, but not more than 50,000 were fit for tapping. (4.) That the access to the estate was by an easy slope, and it was intended to make a tramway to the railway, which would be easy, for the rails could be made of iron-wood, of which there was plenty on the estate. The fact was that the estate was only accessible by a difficult mountain path which could only be used by mules accustomed to the mountains; it was impossible to make a tramway, and the iron-wood was hard only in name and quite useless for any purpose except burning."

Die direkteure van die maatskappy het die verslag net so, sonder enige verdere ondersoek, aanvaar. Met verloop van tyd het die waarheid oor die plantasie egter aan die lig gekom, maar ook hieraan het die direkteure niks gedoen nie.

Twee jaar nadat die maatskappy gestig is, is dit by wyse van verpligte likwidasie gelikwideer en het die likwidateur besluit om aksie teen die direkteure in te stel op grond van wanpraktyk vir beweerde growwe nalatigheid.

Die maatskappy het vier direkteure gehad. Een was 'n baron sonder enige besigheidskennis. Hy het slegs tot die direkteurskap ingestem omdat hy geadviseer is dat hy sonder enige werklike verantwoordelikhede sou kon geld verdien. 'n Tweede direkteur was 'n afgetrede, algeheel dowe bankier. Die derde was 'n rubbermakelaar wie se uitsluitlike funksie was om die rubber te waardeer. Die vierde en laaste direkteur het ook geen besigheidskennis gehad nie, maar het ingewillig omdat hy die name van die ander direkteure gesien en hulle as goeie mense geag het.

Omdat die saak 'n vertrouensverhouding behels het, is dit deur die billikheidshof aangehoor. Regter Neville het bevind dat die direkteure nie skuldig was aan nalatigheid nie en derhalwe ook nie hul sorg- en vaardigheidsverpligtinge versuim het nie. Eerder as nalatig, het hulle volgens hom gewoon nie oor gesonde besigheidsoordeel beskik nie. Aangesien die direkteure volgens hul kennis en ervaring beoordeel moes word, kon daar dus volgens die regter duidelik nie in die omstandighede méér van hulle verwag word nie.

“A director's duty has been laid down as requiring him to act with such care as is reasonably to be expected from him, having regard to his knowledge and experience. He is, I think, not bound to bring any special qualifications to his office. He may undertake the management of a rubber company in complete ignorance of everything connected with rubber, without incurring responsibility for the mistakes which may result from such ignorance; while if he is acquainted with the rubber business he must give the company the advantage of his knowledge when transacting the company's business. He is not, I think, bound to take any definite part in the conduct of the company's business, but so far as he does undertake it he must use reasonable care in its despatch. Such reasonable care must, I think, be measured by the care an ordinary man might be expected to take in the same circumstances on his own behalf.”¹⁴

¹⁴ In Re Brazilian Rubber Plantations 1911 1 Ch 425 ChD: 437; Bekink 2008:95,97,98.

Regter Neville het verder bevestig dat solank die direkteur eerlik opgetree het, aanspreeklikheid nie behoort te volg nie, behalwe in geval van growwe nalatigheid.

Hierdie saak is uiters belangrik aangesien dit die gemeenregtelike toets neergelê het aan die hand waarvan troupligtiges, in dié geval direkteure, gemeet moet word om pligsversuim te bepaal.¹⁵ Veral van belang in hierdie toets is die subjektiewe sowel as die objektiewe inslag daarvan. Dit skep byvoorbeeld 'n vooroordeel ten gunste van onervare troupligtiges, terwyl dit meer van 'n ervare troupligtige vereis en terselfdertyd oorweeg wat van 'n redelike persoon in dieselfde omstandighede verwag sou word.

3. SORG EN VAARDIGHEID

3.1 SUID-AFRIKA

Wanneer 'n maatskappy in finansiële nood verkeer, is dit uiters belangrik dat die persoon wat as praktisyn aangestel word, nie roekeloos met die maatskappy se sake en bates omgaan of ondeurdagte besluite neem nie, aangesien sulke optrede deur 'n praktisyn noodwendig tot 'n onsuksesvolle reddingspoging sal lei.¹⁶ Daarom kan die hof op versoek van 'n geaffekteerde persoon of uit eie beweging die praktisyn uit sy amp onthef indien hy onbevoeg is om sy pligte uit te voer¹⁷ of versuim om die toepaslike mate van sorg in die uitvoering van sy pligte aan die dag te lê.¹⁸ Artikel 130(1)(b) van die Wet bepaal verder dat indien 'n geaffekteerde persoon die hof nader om die praktisyn se aanstelling ter syde te stel, die aansoek gegrond kan wees op die feit dat die praktisyn, gedagtig aan die maatskappy se omstandighede, nie oor die nodige vaardighede beskik nie.¹⁹

¹⁵ Farrar 1993-1994:5.

¹⁶ Dit is van belang om daarop te let dat hoofstuk 6 van die Wet geensins leiding oor die praktisyn se plig tot sorg en vaardigheid bied nie. Sien Meskin *et al.* 2014:18.14.3.

¹⁷ 71/2008: art 139(2)(a).

¹⁸ 71/2008: art 139(2)(b). *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

¹⁹ 71/2008: art 130(1)(b); Loubser 2010a:507; Jacobs 2012b:208. Die outeurs van Meskin *et al.* 2014 is van mening dat die verwyderingsgronde vervat in artikel 130 slegs op die praktisyn van 'n maatskappy onder vrywillige redding van toepassing is. Alhoewel hierdie argument wel korrek is, kan dit, myns insiens, nie in die gees van die Wet so geïnterpreteer word nie. Om hierdie rede word die beginsels onderliggend aan die verwyderingsgronde op die praktisyn toegepas ongeag wie hom aangestel het. Sien in hierdie verband Meskin *et al.* 2014:18.14.3.

Hierdie bepalings, tesame met die bepalings in artikel 138 en die regulasies ingevolge die Wet, bevestig dat die Maatskappywet van 2008 wel groter klem op die praktisyn se kennis en ondervinding plaas. Die Maatskappywet 61 van 1973 het nie juis die geregtelike bestuurder se kennis en ondervinding beklemtoon nie.²⁰ Die King III-verslag beaam dié siening en stel dit duidelik dat dit in alle rolspelers se belang is om 'n bekwame reddingspraktisyn te hê.²¹

Ook in die *Fisheries*-saak het regter Margo sekere beginsels oor die direkteur se plig tot sorg en vaardigheid geïdentifiseer.²² Een daarvan was die volgende:

*“The extent of a director’s duty of care and skill depends to a considerable degree on the nature of the company’s business and on any other particular obligation assumed or assigned to the specific director.”*²³

Hierdie stelling geld ook vir die praktisyn. Sy plig tot sorg en vaardigheid sal in 'n groot mate afhang van die heersende omstandighede van die maatskappy in nood, onder meer die omvang van die finansiële nood, en natuurlik ook die verpligtinge wat die Wet en die ondernemingsreddingsplan aan hom oplê. In die oorweging van die praktisyn se nakoming van die plig tot sorg en vaardigheid, is dit ook belangrik om in gedagte te hou dat die praktisyn in noodomstandighede werk, wat sy besluite en optrede sal beïnvloed.

3.1.1 DIE REDELIKE PRAKTISYN

Die Suid-Afrikaanse reg aanvaar dat direkteure in die uitvoering van hul verpligtinge met die nodige sorg, vaardigheid en noulettendheid moet optree.²⁴ Ingevolge die

²⁰ Jacobs 2012b:207-208. “Die feit dat daar geen bepalings aangaande kwalifikasievereistes, opleiding of ervaring van die geregtelike bestuurder in die wet vervat is nie, word beskou as een van die bydraende faktore tot die lae sukseskoers van geregtelike bestuur.”

²¹ King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding: 10.

²² *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 (4) SA 156 (W).

²³ *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 (4) SA 156 (W): 165; Kennedy-Good en Coetzee 2006b:280. Sien ook Bekink 2008:100,101. “... the court should also have regard to the business of the company, the role, function and powers of directors, and the company’s financial situation”. Sien verder Du Plessis 2010:264; Cassim *et al.* 2012:559; Henochsberg 2014:298(5).

²⁴ *In Re Brazilian Rubber Plantations* 1911 1 Ch 425 ChD; *Howard v Herrigel* 1991 (2) SA 660 (A); *Du Plessis NO v Phelps* 1995 (4) SA 165 (C); *Philotex (Pty) Ltd v Snyman* 1998 (2) SA 138 (SCA); Bekink 2008:95.

gemenerereg moes die direkteur met soveel sorg optree as wat van 'n redelike persoon in dieselfde omstandighede verwag sou word.²⁵ Die “redelike persoon”-toets het dus ook in die korporatiewe sfeer 'n rol te speel om vas te stel of 'n persoon in 'n bepaalde situasie gepas opgetree het.

Die benadering ingevolge artikel 76(3)(c) van die Wet toon ook 'n objektiewe sowel as 'n subjektiewe maatstaf²⁶ om die direkteur en dus ook die praktisyn se optrede te toets.²⁷ Die gemeenregtelike toets in hierdie verband is derhalwe ingevolge die Wet gekodifiseer.²⁸ Alvorens die implikasies van die toets oorweeg kan word, behoort daar egter eers op die bewoording daarvan in die Wet gelet te word.

Artikel 76(3)(c)(i) bepaal dat 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy, wanneer hy in daardie hoedanigheid optree, die bevoegdhede moet uitoefen en die funksies moet uitvoer van 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* met die mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid wat redelikerwys verwag kan word van 'n persoon wat dieselfde funksies as dié van daardie *ondernemingsreddingspraktisyn* met betrekking tot die maatskappy uitvoer.²⁹ Subartikel 1 van hierdie bepaling verwoord die objektiewe deel van die toets.³⁰ Die vraag is dus of 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede op dieselfde wyse sou opgetree het. Dit impliseer dat daar reeds 'n subjektiewe element in hierdie deel van die toets bestaan: Die toets verwys immers na 'n redelike praktisyn, en nie na 'n redelike persoon nie, en verder word die persoon in dieselfde unieke omstandighede geplaas.³¹ Volgens Naudé is die maatstaf vir 'n redelike persoon, die *bonus diligens paterfamilias*, in ieder geval nie sonder subjektiewe elemente nie, alhoewel dit meestal 'n objektiewe inslag het.³²

²⁵ *In Re Brazilian Rubber Plantations* 1911 1 Ch 425 ChD: 437; Bekink 2008:95; Cassidy 2009:383.

²⁶ Bekink 2008:111. “This seems to encompass a twofold test.” Sien ook Cassim *et al.* 2012:559. “The standard of care and skill prescribed by the section is not entirely objective.” Vgl Henochsberg 2014:295. “An objective test is therefore applied to determine what the reasonable director would have done in the same situation as well as a subjective test which take into account the general knowledge, skill and experience of the specific director.”

²⁷ 71/2008: art 76(3)(c).

²⁸ *Philotex (Pty) Ltd v Snyman* 1998 (2) SA 138 (SCA).

²⁹ 71/2008: art 76(3)(c)(i).

³⁰ Cassidy 2009: 385.

³¹ Naudé 1970:163; Bekink 2008:102; Cassim *et al.* 2012:559.

³² Naudé 1970:163; Bekink 2008:101,102; Du Plessis 2010:269. Sien ook *Philotex (Pty) Ltd v Snyman; Braitex (Pty) Ltd v Snyman* 1998 (2) SA 138 (SCA): 143. “The test for recklessness is objective insofar as the defendant’s actions are measured against the standard conduct of the notional reasonable person and it is subjective insofar as one has to postulate that notional being as belonging to the same groups or class as the defendant, moving in the same spheres and having the same knowledge or means to

Indien die direkteur se posisie in dié verband met dié van die praktisyn vergelyk word, blyk die volgende. Myns insiens dui die bepaling daarop dat daar 'n sekere standaard van optrede van 'n direkteur verwag word, welke standaard hoër is as vir die man op die straat. Hierdie stelling behoort gekwalifiseer te word aan die hand daarvan dat persone wat as direkteure aangestel word, nie oor enige spesiale kennis of kundigheid hoef te beskik nie.³³ Die hoër standaard van optrede is daarin geleë dat die direkteur in 'n posisie van vertrouwe teenoor die maatskappy staan en met 'n ander se eiendom handel, en daarom word daar van hom verwag om groter sorg aan die dag te lê. Daarteenoor word die praktisyn van 'n maatskappy juis aangestel as gevolg van sy kundigheid oor, en ervaring van, herstrukturering of redding. Die praktisyn wat aangestel word om die maatskappy te red, sal moontlik as 'n herstruktureringkundige beskou kan word vanweë sy ervaring en opleiding.³⁴ Die belangrikste oorweging in hierdie verband is dus dat indien die persoon 'n kundige is, hy met 'n redelike deskundige vergelyk moet kan word.³⁵ As deskundige, behoort 'n praktisyn dus in 'n sekere mate aan die toets van die redelike deskundige onderwerp te kan word. Aangesien die praktisyn ingevolge die regulasies verskillende mates van ervaring en opleiding kan hê, sal die subjektiewe elemente van die toets belangrik wees.

Subartikel 2 van artikel 76(3)(c) bevat die subjektiewe toets en bepaal dat 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy, wanneer hy in daardie hoedanigheid optree, 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* se bevoegdhede moet uitoefen en funksies moet uitvoer met die mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid wat redelikerwys verwag kan word van 'n persoon met daardie

knowledge." Sien verder Kennedy-Good en Coetzee 2006b:279. "The test therefore contains an objective element, the criterion of 'care', and a subjective element, 'skill', which varies from person to person."

³³ *In Re Brazilian Rubber Plantations* 1911 1 Ch 425 ChD; *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen*; *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 (4) SA 156 (W): 165-166; Kennedy-Good en Coetzee 2006b: 279; Bekink 2008:100; Cassidy 2009:383; Du Plessis 2010:265. Sien ook Henochsberg 2014:298(6).

³⁴ Cassidy 2009:385.

³⁵ Naudé 1970:155,163. Sien ook Kennedy-Good en Coetzee 2006b:282-283. "This general test for negligence may, however, be adapted in respect of directors as a director may be regarded as an 'expert'. If this is so, the court will have regard to the general level of skill exercised by that particular profession to which the director belongs and thus a higher standard of care may be required of a director." Vgl Cassim *et al.* 2012:559. "If the director has any special skill or is more experienced or knowledgeable, his or her conduct will be gauged or measured against this higher subjective standard." Sien verder Bradstreet 2010:209; Farrar 1993-1994:9.

ondernemingsreddingspraktisyn se algemene kennis, vaardigheid en ervaring.³⁶ In hierdie geval word die praktisyn se optrede met dié van 'n praktisyn met dieselfde vlak van kennis en ervaring vergelyk. Dit impliseer noodwendig 'n vooroordeel ten gunste van onervare troupligtiges, terwyl die toets méér van 'n ervare troupligtige vereis.³⁷ In die geval van die praktisyn, beteken dit dat die senior of ervare praktisyn, ingevolge regulasie 127 van die Wet³⁸ aan 'n hoër standaard van optrede as die junior praktisyn moet voldoen.³⁹ Ek stem in hierdie verband saam met Du Plessis dat die invoeging van die subjektiewe elemente van die toets sinvol was omdat dit toesien dat die spreekwoordelike appels met appels vergelyk word.⁴⁰ Die invoeging van die subjektiewe element was derhalwe nodig om die beginsels van billikheid en regverdigheid by die toets in te sluit.

Die vraag ontstaan nou oor watter maatstaf in watter omstandighede sal geld indien die praktisyn se optrede aan die hand van 'n objektiewe sowel as 'n subjektiewe maatstaf gemeet moet word. Daar word aan die hand gedoen dat die objektiewe maatstaf die belangrikste is. Die praktisyn behoort allereers die mate van sorg en vaardigheid aan die dag te lê wat van 'n redelike praktisyn verwag sou word.⁴¹ Tog is 'n maatstaf wat slegs objektief van aard is te streng en neem dit nie die persoon se unieke omstandighede in ag nie.⁴² Daarom behoort die subjektiewe maatstaf altyd as 'n tweede toets toegepas te word om die redelikheid van die optrede te bepaal.⁴³

³⁶ 71/2008: art 76(3)(c)(ii); Cassidy 2009:385.

³⁷ Naudé 1970:155. "Enersyds is direkteursaanstellings bloot op grond van prestige-waarde nie onbekend nie. Andersyds is daar die eensydige deskundige; van die hoogleraar in chemie op die direksie van 'n maatskappy in die chemiese bedryf kan swaarlik dieselfde oordeelsvermoë oor investering verwag word as van sy kollegas wat sakelui en bedryfsekonome is." Sien ook Bekink 2008:111. "... a director who therefore professes to have a higher degree of general knowledge and experience will be judged accordingly".

³⁸ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(3)-(5).

³⁹ Cassim *et al.* 2012:559. "... the more inexperienced he or she is, the less the level of care and skill expected of him or her, provided that he or she does at the very least exercise reasonable care and skill".

⁴⁰ Du Plessis 2010:270. "Then the court will also have to make a value judgment as to how other directors, with the general knowledge, skill and experience of that director (director whose conduct is scrutinised) (s 76(3)(c)(ii)), would have conducted themselves. Thus, the intention of the Legislature is simply to ensure that apples are compared with apples and, putting all the apples, as far as that is theoretically possible, in the same hypothetical situation comparable to the facts of the particular case."

⁴¹ Henochsberg 2014:295. "It would therefore appear that this duty has two elements, subjective and objective, with the objective standard being the minimum."

⁴² Naudé 1970:163; Bekink 2008:111.

⁴³ Bekink 2008:111.

Die implikasie hiervan vir die praktisyn is soos volg: i) Het hy in sy optrede dieselfde mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid aan die dag gelê as wat 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede sou doen? ii) Verorsaak sy persoonlike eienskappe en kwalifikasies dat hy aan 'n hoër standaard as slegs die redelike praktisyn moet voldoen?

3.1.2 DIE SAKEOORDEELTOETS

Die sogenaamde “business judgment rule”, oftewel die sakeoordeeltoets, het sy oorsprong in die Amerikaanse reg.⁴⁴ Dit is by die Suid-Afrikaanse reg ingesluit om 'n standaard van geregtelike hersiening vir die oorweging van direkteure se besluite en optrede daar te stel. Onderliggend aan die sakeoordeeltoets is die idee dat 'n direkteur nie vir die gevolge van sy besluite of sy optrede in 'n gegewe situasie aanspreeklik gehou behoort te word indien hy in goeie trou gehandel het en geglo het dat sy optrede in die maatskappy se belang sal wees nie.⁴⁵

Dit gebeur gereeld in die sakewêreld dat direkteure die maatskappy aan sekere berekende risiko's blootstel om 'n voordeel vir die maatskappy te bewerkstellig. Soms loop hierdie risiko's uit op nadeel vir die maatskappy. Die sakeoordeeltoets probeer voorkom dat die howe, sonder enige besigheidskennis en met die voordeel van nakennis, die direkteure se besluite in twyfel trek.⁴⁶

“It is a rule of restraint that prevents a court from interfering, with the benefit of hindsight, in honest and reasonable business decisions of the directors of the company.”⁴⁷

⁴⁴ Kennedy-Good en Coetzee 2006a:64; Cassim *et al.* 2012:563.

⁴⁵ Cieri *et al.* 1994:408. “The traditional business judgment rule is a judicially created ‘presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company’.” Sien ook Kennedy-Good en Coetzee 2006a:64.

⁴⁶ *Hogg v Cramphorn Ltd* 1967 Ch 304: 306. Sien ook Cieri *et al.* 1994:408. “As applied, the business judgment rule, which is a tool of judicial review rather than a standard of conduct, ordinarily prevents courts from second-guessing director actions.” Vgl Kennedy-Good en Coetzee 2006a:65-66. “Judges have legal qualifications and experience in the field of legal practice. They are ill-equipped to second-guess business decisions as economics and business practice is not the judge’s area of expertise. It is also argued that the judiciary will have the benefit of hindsight and this may lead to unwarranted scrutiny of the decision that was taken by the directors concerned.” Sien verder Bekink 2008:113. Cassim *et al.* 2012:524,565. “The business judgment rule protects the directors from the risk of ‘hindsight bias’.”

⁴⁷ Cassim *et al.* 2012:563.

Gemeenregtelik moes die direkteur sy diskresie onbelemmerd uitoefen. Hierdie gemeenregtelike vertrouensplig is verwant aan die sakeoordeeltoets, aangesien dit ook die direkteur teen onnodige inmenging deur die howe beskerm het.⁴⁸ Die beginsel is dat die direkteur in die beste posisie is om besluite oor die sake van die maatskappy te neem en dat die howe nie sonder meer daarby betrokke moet raak nie.⁴⁹

Die praktisyn kan hom natuurlik in 'n soortgelyke situasie bevind. Dit impliseer dat die praktisyn gedurende die reddingsverrigtinge as 'n noodmaatreël in die sake van die maatskappy kan ingryp om redding te bewerkstellig, maar dat daardie ingryping nie uitwerk nie en nadelige gevolge vir alle belanghebbendes het. Die vraag wat hier ontstaan, is of die praktisyn vir daardie nadelige gevolge aanspreeklik gehou kan word. Dit sal inderdaad maklik wees vir die hof of selfs belanghebbendes om uit te wys waar die praktisyn verkeerdelik opgetree en hoe daardie optrede tot die nadeel bygedra het, maar dit neem geensins al die relevante omstandighede en oorwegings van die praktisyn in ag nie.⁵⁰

Die enigste wyse om te kan vasstel of die direkteur en dus ook die praktisyn sy plig tot sorg en vaardigheid nagekom het, is om die sakeoordeeltoets op die gegewe feite toe te pas. Dié toets word in artikel 76(4) van die Wet vervat en bepaal dat 'n spesifieke *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy, met betrekking tot enige spesifieke saak wat in die uitoefening van sy bevoegdhede of die uitvoering van sy funksies kan ontstaan, sy plig nagekom het om in die maatskappy se belang en met sorg en vaardigheid op te tree indien hy aan sekere vereistes voldoen het.⁵¹ Die vereistes word vervolgens oorweeg en bespreek.

Die eerste vereiste waaraan die praktisyn moet voldoen, is dat hy redelike noulettende stappe moes gedoen het om oor die saak ingelig te word.⁵² Hierdie

⁴⁸ Cilliers *et al.* 2001:145.

⁴⁹ Cassim *et al.* 2012:524,565. "The directors of a company have more knowledge, time and expertise at their disposal to evaluate the best interest of the company than judges. The courts will not presume to act as a kind of supervisory board over directors' decisions that are honestly arrived at within the powers of their management." Sien ook *Hogg v Cramphorn Ltd* 1967 Ch 304: 306.

⁵⁰ Harmer 1997:152. Volgens Harmer behoort die hof se betrokkenheid by die proses beperk te word tot 'n fasiliterende en toesighoudende hoedanigheid.

⁵¹ 71/2008: art 76(4).

⁵² 71/2008: art 76(4)(a)(i).

vereiste impliseer dat die praktisyn eers inligting moet inwin voordat hy op enige wyse optree of 'n besluit oor iets neem.⁵³ Die Wet verwys na redelike stappe, wat beteken dat die “redelike praktisyn”-toets, wat hierbo bespreek is, toegepas sal word om vas te kan stel of die praktisyn se ondersoek na die omstandighede wel aan die vereiste van redelikheid voldoen het. Sou 'n redelike praktisyn dus dieselfde stappe in dieselfde omstandighede neem?⁵⁴ Dit is ook belangrik om in hierdie verband te noem dat 'n redelike praktisyn nie die inligting wat aan hom voorsien word blindelings sal volg nie, maar sy oordeel in die oorweging daarvan sal gebruik.⁵⁵ In hierdie verband kan daar verwys word na die optrede van die praktisyn in die *Kariba*-uitspraak:

“He never attempted to obtain an objective assessment of facts upon which he could make a proper assessment of prospects of success.”⁵⁶

Die tweede vereiste is dat die praktisyn geen wesenlike persoonlike finansiële belang by die onderwerp van die besluit moes hê nie, en geen redelike gronde moes gehad het om te weet dat enige verwante persoon 'n persoonlike finansiële belang by die saak gehad het nie.⁵⁷ Artikel 1 omskryf 'n persoonlike finansiële belang as 'n persoon se regstreekse wesenlike belang van 'n finansiële, monetêre of ekonomiese aard, of waaraan 'n monetêre waarde toegeskryf kan word.⁵⁸ Artikel 1 omskryf ook die woord “wesenlik” as so beduidend in die omstandighede van 'n bepaalde aangeleentheid dat dit van belang is in die bepaling van die aangeleentheid of 'n persoon se oordeel of besluitneming in die aangeleentheid redelik kan beïnvloed.⁵⁹ Die finansiële belang waarna artikel 75 en die sakeoordeeltoets verwys, moet dus beduidend wees; trouens, so beduidend dat dit die persoon se besluite in die

⁵³ Cassim *et al.* 2012:564.

⁵⁴ Cassidy 2009:399. “Thus there is a preferable objective approach to the duty to be informed under the South African business judgment rule.”

⁵⁵ *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 (4) SA 156 (W). “Obviously, a director exercising reasonable care would not accept information and advice blindly. He would accept it, and he would be entitled to rely on it, but he would give it due consideration and exercise his own judgment.” Sien ook Pretorius *et al.* 1999:282.

⁵⁶ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

⁵⁷ 71/2008: art 76(4)(a)(ii)(aa).

⁵⁸ 71/2008: art 1.

⁵⁹ 71/2008: art 1.

gegewe saak sal beïnvloed. 'n Meevallertjie van onbeduidende finansiële, monetêre of ekonomiese aard sal dus nie as 'n persoonlike finansiële belang beskou word nie.

Indien die praktisyn wel 'n persoonlike finansiële belang by 'n aangeleentheid het, is die derde vereiste van die sakeoordeeltoets dat hy aan die voorwaardes in verband daarmee ingevolge artikel 75⁶⁰ nakom.⁶¹ Artikel 75 vereis dat die praktisyn die geaffekteerde persone skriftelik van enige persoonlike finansiële belange inlig.⁶² Indien die praktisyn of 'n verwante persoon 'n persoonlike finansiële belang het by 'n saak wat voor 'n vergadering van enige geaffekteerde persone dien, moet hy die belang aan die geaffekteerde persone openbaar. Die praktisyn behoort redelike stappe te doen om vas te stel of enige persoon wat aan hom verwant is 'n moontlike belang by die saak het. Hy moet enige wesentliche inligting sowel as die algemene aard van die belang aan die geaffekteerde persone openbaar. Hoewel daar nie van die praktisyn verwag kan word om die vergadering te verlaat terwyl die geaffekteerde persone die aangeleentheid oorweeg nie, behoort hy 'n veiligheidsmaatreël te tref, soos om sy plig om die vergadering te lei aan 'n onafhanklike derde party te delegeer. Hy behoort hom ook daarvan te weerhou om enige opinie oor die aangeleentheid by die vergadering te opper.⁶³ Indien hy ná sy aanstelling 'n persoonlike finansiële belang verkry, moet hy die geaffekteerde persone daarvan verwittig.⁶⁴ Indien die praktisyn dus hierdie stappe gedoen het, voldoen hy aan dié vereiste van die sakeoordeeltoets.

Die vierde vereiste van die sakeoordeeltoets behels dat indien die praktisyn met betrekking tot 'n spesifieke saak 'n besluit geneem of gesteun het, hy rasionele gronde moes gehad het om te glo, en inderdaad geglo het, dat die besluit in die maatskappy en die belanghebbendes se beste belang was.⁶⁵ Hierdie vereiste handel oor die rasionaliteit van die praktisyn se besluit. Die toets vir rasionaliteit is objektief.⁶⁶ Indien 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede dus die gronde vir die besluit as irrasioneel sou beskou, word daar nie aan hierdie vereiste voldoen

⁶⁰ 71/2008: art 75.

⁶¹ 71/2008: art 76(4)(a)(ii)(bb).

⁶² 71/2008: art 75(4).

⁶³ 71/2008: art 75(5).

⁶⁴ 71/2008: art 75(6).

⁶⁵ 71/2008: art 76(4)(iii).

⁶⁶ Cassim *et al.* 2012:564.

nie.⁶⁷ Dit is kommerwekkend dat die toets op hierdie punt van die rasionaliteitstoets, en nie redelikheid nie, gebruik maak. Cassidy meen dat dit die maatstaf verswak deurdat 'n persoon 'n "onredelike" besluit kan neem, maar geen probleme sal ondervind solank die besluit net nie irrasioneel is nie.⁶⁸ Myns insiens behoort die rasionaliteitstoets nie as onafhanklik van die res van die sakeoordeeltoets beskou te word nie, maar eerder as 'n verdere element aan die hand waarvan die praktisyn se optrede gemeet kan word. Die redelikheid van sy optrede behoort dus as eerste oorweging en die rasionaliteit daarvan as tweede of verdere oorweging dien.

Met betrekking tot enige spesifieke saak wat in die uitoefening van sy bevoegdhede of die uitvoering van sy funksies ontstaan, is die praktisyn van 'n maatskappy in nood daarop geregtig om staat te maak op die dienste van regsadviseurs, rekenmeesters of ander professionele persone wat die maatskappy of 'n komitee aangestel het met betrekking tot sake wat vaardigheid of kundigheid behels wat die praktisyn redelikerwys as ter sake beskou.⁶⁹ Hierdie vereiste is baie belangrik. Aangesien sommige van die praktisyn se verpligtinge ingewikkeld is, sal daar gevalle wees waar hy hom op die advies van ander kundiges moet verlaat. Dit sal byvoorbeeld nie vreemd wees vir 'n praktisyn wat 'n rekeningkundige is om 'n prokureur te nader vir regsadvies oor die kontrakte van die maatskappy in nood nie. Die sakeoordeeltoets maak derhalwe voorsiening daarvoor dat die praktisyn op kundige advies kan staatmaak. Artikel 140 van die Wet bepaal ook dat die praktisyn adviseurs kan aanstel om hom behulpsaam te wees. In die saak *Murgatroyd v Van den Heever* is die uitgawes wat die praktisyn vir deskundige advies aangegaan het, bevraagteken.⁷⁰ Dié uitgawes het onderskeidelik R1 219 332,28, R428 414,74 en R272 523 beloop. Alhoewel die praktisyn ingevolge artikel 140(1) en (2) die bevoegdheid het om adviseurs aan te stel en om ingevolge artikel 143(1) en regulasie 128(3) die uitgawes wat hy in die uitoefening van sy pligte aangaan, terug te eis, het die respondente (likwidateurs) 'n probleem gehad om die eis uit te betaal. Hulle argument was dat die uitgawes nie redelikerwys noodsaaklik was vir die

⁶⁷ Cassim *et al.* 2012:564. "An objectively irrational decision is not protected by s 76(4)." Sien ook Cassidy 2009:400. Dit is egter belangrik om nie die begrip "redelikheid" met "rasionaliteit" te verwar nie.

⁶⁸ Cassidy 2009:400.

⁶⁹ 71/2008: art 76(4)(i)(aa), 76(5)(b).

⁷⁰ *Murgatroyd v Van Den Heever N.O.* (20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ).

praktisyn om sy funksies uit te voer of die redding te bewerkstellig nie.⁷¹ Die praktisyn se teenargument was dat hy die advies nodig gehad het omdat die maatskappy baie groot was, by meer as 50 projekte betrokke was en meer as 2 700 werknemers en 1 500 skuldeisers gehad het. In hierdie geval het die hof bevind dat die praktisyn wel daarop geregtig was om adviseurs aan te stel:

“His functions and duties are broad and require a variety of steps to be taken. The very nature of a practitioner’s powers implies that he may in appropriate circumstances appoint advisors, valuers, auctioneers, forensic accountants, lawyers and other experts or persons to assist him in the carrying out of his plenary functions.”⁷²

Dit bevestig dus dat die praktisyn die sakeoordeeltoets sal slaag indien hy hom op die kundigheid van enige van die bogenoemde adviseurs verlaat het.

Die sakeoordeeltoets neem dus duidelik die heersende omstandighede van die maatskappy in nood en, derhalwe, van die praktisyn in ag by die oorweging of hy sy plig tot sorg en vaardigheid nagekom het. Die argument dat die hof, soos in die geval van die direkteur, nie sommer met die praktisyn se besluite moet inmeng nie, kan moontlik ook hier van toepassing wees. Daar moet egter oorweeg word dat aangesien die praktisyn op geen ander wyse gereguleer word nie, die belanghebbende partye hulle tot die howe moet kan wend om die praktisyn se besluite te laat hersien.

3.1.3 KWALIFIKASIES EN EIENSKAPPE VAN 'N PRAKTISYN

Dit blyk duidelik uit bogenoemde bespreking dat die praktisyn se kwalifikasies, vaardighede en ervaring 'n groot rol in die toets vir nalatige of roekelose optrede sal speel.

⁷¹ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 128(3). “In addition to the remuneration determined in accordance with section 143(1) to (4), and this regulation a practitioner is entitled to be reimbursed for the actual cost of any disbursement made by the practitioner to the extent reasonably necessary to carry out the practitioner’s functions and facilitate the conduct of the company’s business rescue proceedings.”

⁷² *Murgatroyd v Van Den Heerver N.O.* (20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ).par 17. Sien ook <http://www.tma-sa.com/info-centre/articles/144-costs-of-business-rescue-practitioners-view.html>. Toegang verkry op 30/03/2015.

Die kwalifikasies van persone wat as reddingspraktisyns aangestel kan word, sowel as die vereistes waaraan hulle moet voldoen, was al voor die inwerkingtreding van die Wet 'n belangrike en omstrede kwessie.⁷³ Die Maatskappywet 61 van 1973 het nie juis enige bepalings oor die kwalifikasievereistes van geregtelike bestuurders bevat nie.⁷⁴ Die nuwe Maatskappywet plaas egter baie klem op die praktisyn se kwalifikasies, vaardighede en ervaring. Dit is duidelik te bespeur in die bepalings van hoofstuk 6 en die regulasies ingevolge die Wet.

Die regulasies maak voorsiening vir die indeling van maatskappye in klein, medium- en groot maatskappye, waarby maatskappye in staatsbesit ingesluit word.⁷⁵ Die regulasies bepaal voorts dat daar sekere groepe reddingspraktisyns, naamlik junior,⁷⁶ ervare⁷⁷ en senior praktisyns,⁷⁸ bestaan. Hierdie groepe praktisyns word verder by verskillende groottes maatskappye ingedeel om aan te dui watter tipe praktisyn mees geskik vir 'n spesifieke maatskappy sal wees. So byvoorbeeld maak die regulasies voorsiening daarvoor dat junior, ervare en senior praktisyns as reddingspraktisyns vir klein maatskappye aangestel kan word;⁷⁹ dat ervare en senior praktisyns as reddingspraktisyns vir 'n mediumgrootte maatskappy aangestel kan word en dat 'n junior praktisyn slegs as assistent mag optree,⁸⁰ en dat slegs 'n senior praktisyn as reddingspraktisyn vir 'n groot maatskappy of 'n maatskappy in

⁷³ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:53. "There is no doubt that the competency of BRPs is the most contentious issue within business rescue."

⁷⁴ 61/1973; Rajak en Henning 1999:264; Jacobs 2012b:207.

⁷⁵ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(2)(b).

⁷⁶ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(2)(c)(iii). "... means a person who is qualified to be appointed as a business rescue practitioner in terms of section 138(1) and who, immediately before being appointed as practitioner for a particular company, has either aa) not previously engaged in business turnaround practice before the effective date of the Act, or acted as a business rescue practitioner in terms of the Act; or bb) has actively engaged in business turnaround practice before the effective date of the Act, or as a business rescue practitioner in terms of the Act, for a combined period of less than five years".

⁷⁷ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(2)(c)(ii). "... being a person who is qualified to be appointed as business rescue practitioner in terms of section 138(1) and who, immediately before being appointed as practitioner for a particular company, has actively engaged in business turnaround practice before the effective date of the Act, or as a business rescue practitioner in terms of the Act, for a combined period of at least five years".

⁷⁸ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(2)(c)(i). "... means a person who is qualified to be appointed as business rescue practitioner in terms of section 138(1) and who, immediately before being appointed as practitioner for a particular company, has actively engaged in business turnaround practice before the effective date of the Act, or as a business rescue practitioner in terms of the Act, for a combined period of at least ten years".

⁷⁹ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(3)-(5).

⁸⁰ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(3)-(5).

staatsbesit aangestel kan word, terwyl junior en ervare praktisyns slegs as assistente mag optree.⁸¹

Die Wet plaas dus aansienlik meer klem op die ondervinding van die persoon wat as reddingspraktisyn aangestel word en probeer byvoorbeeld verhoed dat onervare, oftewel junior, praktisyns aangestel word om groot maatskappye te probeer red.

3.1.3.1 KWALIFIKASIES, VAARDIGHEDE EN ERVARING

Ingevolge artikel 130(b)(iii) kan 'n geaffekteerde persoon (voor die aanvaarding van die ondernemingsreddingsplan) aansoek doen om 'n bevel wat die aanstelling van die praktisyn ter syde stel op grond daarvan dat die praktisyn nie die nodige vaardighede vir die maatskappy se spesifieke omstandighede het nie.⁸² Dit impliseer dat indien die redding van 'n maatskappy in finansiële nood spesifieke vaardighede van 'n praktisyn vereis, die aan-/afwesigheid van daardie vaardighede 'n rol behoort te speel in die keuse en aanstelling van die praktisyn. Waar die aard van die redding byvoorbeeld 'n groter sakekennis van die praktisyn verlang, sal dit onwys wees om iemand uit die regsprofessie aan te stel, en andersom. Hierdie bepaling vereis derhalwe dat die grootte en ingewikkeldheid van die sake van die maatskappy in nood moet verband hou met die vereiste vaardighede van die spesifieke praktisyn.

Nóg 'n artikel wat hiermee verband hou, is artikel 139(2)(a), wat bepaal dat die hof op versoek van 'n geaffekteerde persoon óf uit eie beweging 'n praktisyn van sy amp kan onthef op grond daarvan dat hy onbevoeg is of versuim het om die pligte van 'n ondernemingsreddingspraktisyn van die spesifieke maatskappy uit te voer.⁸³ Hierdie artikel handel dus oor die verwydering van die praktisyn weens onbevoegdheid en beklemtoon derhalwe dat daar 'n sekere mate van kennis en moontlik deskundigheid

⁸¹ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(3)-(5); Jacobs 2012b:212.

Klein maatskappy (art 127(2)(b)(iii))	Medium maatskappy (art 127(2)(b)(ii))	Groot maatskappy of maatskappy in staatsbesit (art 127(2)(b)(i))
Junior praktisyns	Ervare praktisyns	Senior praktisyns
Ervare praktisyns	Senior praktisyns	Ervare praktisyns mag slegs assisteer
Senior praktisyns	Junior praktisyns mag slegs assisteer	Junior praktisyns mag slegs assisteer

⁸² 71/2008: art 130(1)(b)(iii).

⁸³ 71/2008: art 139(2)(a).

van die praktisyn verlang word. Dié klem op die bevoegdheid van die praktisyn ten spyte, verskaf die Wet geen duidelikheid oor wat presies daarmee bedoel word nie.⁸⁴

Die praktisyn se kwalifikasies en ervaring is van groot belang vir die suksesvolle redding van 'n maatskappy in nood. Derhalwe is dit belangrik om ondersoek in te stel na watter presiese kwalifikasies, vaardighede en ervaring die Wet van die praktisyn verwag. Ingevolge artikel 138 moet die persoon wat as praktisyn aangestel word 'n lid van goeie naam van die regs-, rekeningkundige of ondernemingsbestuurprofessie wees.⁸⁵ Lidmaatskap aan hierdie professies op sigself dui egter nie op 'n persoon se vermoë om die maatskappy te red nie, tensy die lidmaatskap as't ware van die persoon se vermoëns getuig.⁸⁶ Volgens Pretorius sal regspraktisyns en rekeningkundiges gewoonlik konsultasiewerk verrig en as onafhanklike buitelanders advies verskaf, en is hulle dus verwyderd van bestuurstake.⁸⁷ Die probleme van 'n maatskappy in finansiële nood is egter selde beperk tot finansiële of regskwessies en is dikwels juis bestuursverwant.⁸⁸ 'n Prokureur wat aan die prokureursprofessie behoort, beteken derhalwe nie dat hy noodwendig oor die vermoë beskik om die ingewikkelde take van praktisyn uit te voer nie. So 'n persoon se kennis val gewoonlik slegs binne 'n regsfeer, wat in isolasie waarskynlik nie tot 'n voordelige uitkoms vir die maatskappy in nood sal bydra nie.⁸⁹ Lidmaatskap van een van die genoemde professies waarborg dus nie dat 'n praktisyn oor die bevoegdheids beskik wat nodig sal wees om 'n redding te kan bewerkstellig nie.

⁸⁴ Pretorius 2014:3. "Here competency is implied through the description of incompetency conditions, but without specific details about the competency element." Vgl Meskin *et al.* 2014:18.14.3. "It is not clear from the provisions of section 139 what 'incompetence' by the business rescue practitioner amounts to, but no doubt this is something that the Court will decide by looking at all the facts and by judging each case on its own merits."

⁸⁵ 71/2008: art 138(1)(a).

⁸⁶ Bradstreet 2010:205. "A person qualified in terms of the Act may still lack the necessary skills or experience for the job." Sien ook Jacobs 2012b:209.

⁸⁷ Pretorius 2014:9.

⁸⁸ Pretorius 2014:9-10.

⁸⁹ Burdette 2004b:430; Pretorius 2014:5. "Say, for instance, a young insolvency lawyer wants to become a BRP. He has particular competencies such as legal qualification, insight into the Act, can undertake court procedures and filings, wants to represent the interests of the clients, is approachable and has negotiated before – he is a proficient lawyer. To navigate the rescue he must perform the tasks of feasibility analysis and viability analysis in order to analyse the turnaround situation and to determine a 'best' future position. At face value, his existing competencies do not match the competencies required; so on a list of required competencies he cannot show historical proof of many competencies."

Soos in die geval van die geregtelike bestuurder, is dit dus hier nodig om die vereiste vaardighede van die praktisyn uit sy verpligtinge af te lei.⁹⁰ Alhoewel die Wet nie hierdie vaardighede as 'n vereiste stel nie, word daar geïmpliseer dat die praktisyn oor goeie bestuursvaardighede behoort te beskik omdat hy die bestuur van die maatskappy moet oorneem.⁹¹ Aangesien die meeste van die praktisyn se verpligtinge met die bestuur van die sake van die maatskappy in nood verband hou, behoort die kwalifikasievereistes dus eerder op ondernemingsbestuur en kundigheid in 'n besigheidsfeer te fokus.⁹² Pretorius identifiseer in hierdie verband vyf hoofbestuurstake wat die praktisyn moet uitvoer, en lei dus ook vyf vaardighede of bevoegdhede af waarvoor die praktisyn moet beskik.⁹³ Alhoewel hierdie take en bevoegdhede 'n baie praktiese inslag het, help dit steeds 'n beter idee vorm van die vaardighede en bevoegdhede wat die praktisyn moet hê, des te meer omdat die Wet en die regulasies slegs vae verwysings hierna bevat.

Die take behels 'n haalbaarheidsanalise, 'n lewensvatbaarheidsanalise, die ontwikkeling van 'n reddingsplan, vergadering met die geaffekteerde persone, en die neem van beheer oor die bestuur van die maatskappy in nood.⁹⁴ Die haalbaarheidsanalise verwys na 'n ondersoek deur die praktisyn om te kan bepaal of daar 'n besigheid of onderneming is wat gered kan word.⁹⁵ Hy behoort te kan vasstel of al die elemente van 'n potensiële lewensvatbare besigheidsmodel bestaan. Hierdie elemente behels onder andere toekomstige aanvraag, hulpbronne en bates om 'n ekonomiese en winsgewende model te laat ontstaan, ensovoorts.⁹⁶ Om hierdie oordeel te kan maak, het die praktisyn byvoorbeeld insig en ervaring nodig. Indien die praktisyn ná die haalbaarheidsanalise vasgestel het dat daar wel 'n besigheid is

⁹⁰ Jacobs 2012b:211. Die vaardighede van die geregtelike bestuurder moes aan die hand van sy verpligtinge bepaal word as gevolg van die gebrek aan kwalifikasievereistes in die Maatskappywet 61 van 1973; Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:25.

⁹¹ 71/2008: art 140(1); Jacobs 2012b:211.

⁹² Burdette 2004b:430. "It is submitted that the criteria should rather be based on experience, qualifications and expertise within the sphere of business." Sien ook Bradstreet 2010:207. "It is submitted that managerial ability ought to be more prominent a requirement generally." Vgl Finch 2005:385. "The latter expertise can, in turn, be disaggregated into expertise regarding such matters as: reorganisation strategies; operations; marketing; product development and human resources." Sien verder Pretorius 2014:9-10.

⁹³ Pretorius 2014:1-15.

⁹⁴ Pretorius 2014:8-10.

⁹⁵ Pretorius 2014:8.

⁹⁶ Pretorius 2014:8.

om te red, bepaal die lewensvatbaarheidsanalise, synde die tweede taak,⁹⁷ of dit gered kan word. Dit sal afhang van die redes vir die nood, die tipe besigheidsmodel en die finansiële model van die besigheid. Hiervoor het die praktisyn kennis van finansiële state, kontantvloei, dataverifikasie sowel as redding nodig. Die ontwikkeling van die ondernemingsreddingsplan, die derde taak wat Pretorius uitwys,⁹⁸ is soortgelyk aan 'n besigheidsplan, wat benadruk dat die praktisyn oor 'n sekere mate van besigheidskennis moet beskik. Die laaste twee take behels die praktisyn se plig om met die geaffekteerde persone te vergader en beheer oor die bestuur van die maatskappy te neem.⁹⁹ Die plig om met die geaffekteerde persone te vergader is 'n baie belangrike deel van die proses en vereis dat die praktisyn moet kan kommunikeer, samewerking uitlok en kan onderhandel. Om beheer oor die bestuur van die maatskappy te neem vereis weer dat die praktisyn oor besigheidskennis sal beskik, sowel as kennis van bestuursvaardighede, bemarking, produksie en menslike hulpbronbestuur.

Die vyf bevoegdhede wat uit die voorafgaande hooftake afgelei kan word, is: i) die vermoë om sin te maak;¹⁰⁰ ii) die vermoë om samewerking uit te lok;¹⁰¹ iii) die vermoë om besluite te neem;¹⁰² iv) die vermoë om kennis te integreer,¹⁰³ en v) die vermoë om die redding te bestuur of te lei.¹⁰⁴

“Sense-making”, oftewel die vermoë om sin te maak, behels dat die praktisyn moet kan verstaan hoe sekere elemente, soos mense, dinge, prosesse en gebeure, van die reddingstaak inmeekaarpas. Indien die praktisyn verstaan hoe sekere goed saamgaan, sal hy ook moontlik kan voorspel watter uitwerking dit op mekaar sal hê en 'n voorspelling oor die uitkoms kan maak.¹⁰⁵ Indien hierdie bevoegdheid op reddingspogings toegepas word, impliseer dit dat die praktisyn insig sal hê in die redes vir of die oorsaak van die noodomstandighede en hoe dit met byvoorbeeld die aanvraag na produkte, kontantvloei, ensovoorts verband hou. Hy het hierdie bevoegdheid nodig om die haalbaarheid- sowel as die lewensvatbaarheidsanalise

⁹⁷ Pretorius 2014:9.

⁹⁸ Pretorius 2014:9.

⁹⁹ Pretorius 2014:9.

¹⁰⁰ Pretorius 2014:11. “Sense-making”. Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:25.

¹⁰¹ Pretorius 2014:12. “Collaboration”. Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:25.

¹⁰² Pretorius 2014: 12. “Decision making”. Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:25.

¹⁰³ Pretorius 2014: 12. “Integration”. Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:25.

¹⁰⁴ Pretorius 2014: 13. “Navigation”. Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:25.

¹⁰⁵ Pretorius 2014:11.

ten aansien van die maatskappy te verrig.¹⁰⁶ Die tweede bevoegdheid – “collaboration” of die vermoë om samewerking uit te lok – hang saam met die praktisyn se plig om in verskeie stadiums van die reddingsproses met die geaffekteerde persone en ander belanghebbendes te vergader. By hierdie vergaderings moet die praktisyn vertrouwe by hierdie persone kweek, wat tot hul samewerking sal lei. Hiervoor benodig die praktisyn die vermoë om met die betrokke persone te onderhandel en doeltreffend met hulle te kommunikeer.¹⁰⁷ Die vermoë om besluite te kan neem, synde die derde bevoegdheid, is voor die hand liggend en is nodig vir elke taak wat die praktisyn opgelê word.¹⁰⁸ Dit hou verband met die vermoë om ’n situasie te evalueer en op grond daarvan ’n oordeel te vel. Onderliggend aan hierdie bevoegdheid is ook die vermoë om probleme vinnig op te los.¹⁰⁹ Vierdens benodig die praktisyn die vermoë om kennis te integreer,¹¹⁰ wat verband hou met die vermoë om sin te maak, en behels dat die praktisyn al die elemente van ’n probleem moet kan bymekaarbring om met ’n oplossing of alternatiewe voorstel vorendag te kan kom. Hierdie bevoegdheid speel veral ’n belangrike rol in die ontwikkeling van ’n reddingsplan sowel as die uiteindelijke implementering daarvan. Die laaste bevoegdheid in die raamwerk is die vermoë om die redding te bestuur of te lei, oftewel “navigation”.¹¹¹ Volgens Pretorius is hierdie bevoegdheid eintlik ’n samevoeging van die ander vier en benadruk dit die argument dat die praktisyn oor ’n wye verskeidenheid bevoegdhede moet beskik om ’n suksesvolle redding te bewerkstellig. Die bestuur/leiding van die redding moet egter geskied op grond van kennis eie aan die reddingsproses.

Uit bostaande bespreking van die afgeleide bevoegdhede blyk duidelik dat die vermoëns wat van die praktisyn verwag word, nie werklik in die Wet of die regulasies ter sprake kom nie. Dít impliseer dat ’n persoon wat vir die eerste keer as reddingspraktisyn aangestel word, nie sal weet wat van hom verwag word of sal kan

¹⁰⁶ Pretorius 2014:11-12. “Underlying sense-making is the perceptual capacity to do the following: quickly identify crucial information; recognise patterns; analyse; encode new information; have an understanding of own cognition and performance; understand current knowledge; engage in offline processing; identify problems; and develop an enhanced ability to make rapid and accurate judgements without detailed analysis.”

¹⁰⁷ Pretorius 2014:12.

¹⁰⁸ Pretorius 2014:12.

¹⁰⁹ Pretorius 2014:12.

¹¹⁰ Pretorius 2014:12.

¹¹¹ Pretorius 2014:13.

beoordeel of hy bevoeg is om die redding te behartig nie. Dit kan daartoe lei dat onnodige tyd en geld uiteindelik verspil word om hom as praktisyn te verwyder.

Die regulasies ingevolge die Wet oor die ervaring van die praktisyn roer hierdie saak in 'n sekere mate aan. By die indeling van die praktisyns in die groepe van senior, ervare en junior praktisyns maak regulasie 127 melding van ondervinding van “business turnaround practice”, oftewel die praktyk van ondernemingsredding.¹¹² Die regulasie verskaf ook 'n definisie vir die praktyk van ondernemingsredding, naamlik aktiwiteite van 'n professionele aard waarby 'n persoon betrokke is en wat vergelykbaar is met die funksies van 'n praktisyn.¹¹³ Alhoewel nie baie persone met die inwerkingtreding van die Wet aan hierdie vereiste voldoen het nie, het die getal persone met formele ervaring op hierdie gebied aansienlik toegeneem sedert die inwerkingtreding van die Wet. 'n Bepaling wat die praktisyn se ervaring meer direk aanroer, is regulasie 126(4)(b). Ingevolge hierdie regulasie sal die Kommissie slegs 'n lisensie aan 'n reddingspraktisyn verskaf wat die Kommissie oortuig het dat sy onderrig en ervaring hom behoorlik toerus om sy funksies as ondernemingsreddingspraktisyn uit te voer.¹¹⁴ Die wyse waarop die praktisyn die Kommissie van sy onderrig en ervaring moet oortuig, kan gevind word in die stawende dokumente wat saam met die CoR 126_1-aansoek om aanstelling by die Kommissie ingehandig moet word. Dié stawende dokumente bestaan uit die volgende: 'n volledige curriculum vitae van die applikant, met volledige besonderhede van sy geskiedenis en relevante praktiese ervaring op die gebied van ondernemingsredding; gesertifiseerde afskrifte van die applikant se kwalifikasies; 'n motivering om die aansoek vir 'n spesifieke praktisynskategorie te staaf, welke motivering die applikant se ervaring om tot die spesifieke kategorie toegelaat te word, duidelik demonstreer, en laastens, volledige besonderhede van verwysings wat die applikant se aansoek sal kan staaf.¹¹⁵ Dít toon 'n duidelike klem op die vermoëns en die ervaring van die praktisyn.

¹¹² Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(2)(c).

¹¹³ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 127(2)(a). “business turnaround practice’ means activities of a professional nature engaged in before the effective date that are comparable to the functions of a business rescue practitioner in terms of the Act”.

¹¹⁴ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 126(4).

¹¹⁵ CIPC <http://www.cipc.co.za/index.php/manage-your-business/manage-your-company/private-company/changing-status-your-company/application-license-business-rescue-practitioner/>. Toegang verkry op 30/03/2015.

Die IRBA- sowel as die SAICA-gedragkode bevat voorskrifte oor die sorg wat hul lede in die uitvoering van hul pligte aan die dag moet lê. Volgens die kodes is dit 'n beginsel van professionele bevoegdheid en sorgsaamheid vir lede om 'n sekere vlak van professionele kennis en vaardigheid te handhaaf ten einde te verseker dat hul kliënte bekwame diens ontvang.¹¹⁶ Die kodes bepaal verder dat die handhawing van professionele bevoegdheid deurlopende bewustheid en begrip van al die relevante tegniese, professionele en besigheidsverwikkelinge behels, wat 'n persoon in staat stel om sy vermoëns binne die professionele omgewing te ontwikkel en te handhaaf.¹¹⁷ Die kodes beklemtoon dus nie net dat 'n persoon oor die korrekte kwalifikasies en vaardighede moet beskik om sy funksies uit te voer nie, maar ook dat die persoon hierdie kennis en vaardighede moet handhaaf, byvoorbeeld deur gereeld opleidingseminare by te woon of net op hoogte te bly van die jongste verwikkelinge op die gebied.

Die praktisyn behoort daarom ook voordat hy aangestel word oor die nodige kwalifikasies en vaardighede te beskik om hom in staat te stel om sy verpligtinge op die mees bekwame wyse na te kom. Hy behoort egter ook aandag daaraan te skenk om sy kennis en vaardighede voortdurend te ontwikkel en te handhaaf op die vereiste professionele vlak.

3.1.3.2 GOEIE PRAKTYKBESTUUR

Daar word aan die hand gedoen dat goeie praktykbestuur verband hou met die praktisyn se vertrouensverpligtinge. Dit beteken dat die praktisyn wat in goeie trou en met sorg optree ook altyd professioneel sal wees in sy doen en late met die sake en rolspelers van die maatskappy in nood.

Ingevolge die SARIPA-kode hou goeie praktykbestuur verband met die administrasie van die praktisyn se praktyk, byvoorbeeld dat die praktisyn sorgvuldig moet dagboek hou én boekhou.¹¹⁸ Aangesien die Wet vir verskeie tydlýne en sperdatums vir die

¹¹⁶ IRBA 2009:27 par 130.01(a); SAICA 2014:16 par 130.01(a).

¹¹⁷ IRBA 2009:27 par 130.03; SAICA 2014:16 par 130.03.

¹¹⁸ SARIPA 2014 :par 14.1. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. "Practitioners must keep proper books of account and records in respect of all the financial transactions relating to their services."

reddingsproses voorsiening maak, is dit van groot belang dat die praktisyn sy dagboek sorgvuldig byhou sodat hy so ver moontlik by die tydraamwerk kan hou. Die praktisyn moet byvoorbeeld binne tien sakedae na sy aanstelling die eerste vergaderings van skuldeisers en van werknemers belê.¹¹⁹ Binne 25 sakedae na sy aanstelling moet die praktisyn sy ondernemingsreddingsplan op die voorgeskrewe wyse publiseer.¹²⁰ Binne tien sakedae na die publikasie van die reddingsplan moet hy aan al die geaffekteerde persone kennis gee van die vergadering om die plan en die toekoms van die maatskappy te oorweeg.¹²¹ Vyf sakedae voor die vergadering moet hy die besonderhede daarvan aan al die geaffekteerde persone stuur.¹²² Dit is slegs 'n paar voorbeelde van die take wat met tyd verband hou. Alhoewel die Wet in sommige gevalle vir uitstel voorsiening maak, behoort die praktisyn nie die waarde van tyd in die reddingsproses uit die oog te verloor nie. Dit sal beslis in alle geaffekteerde persone se belang wees indien die reddingsproses nie lank en uitgerek word nie. Laasgenoemde is bevestig in die *Koen*-saak waar regter Binns-Ward dit gestel het dat indien die reddingsproses nie flink uitgevoer word nie, die kans op mislukking vergroot.¹²³ Juis daarom moet die praktisyn by die sperdatums en tydlyne probeer bly. Hierdie taak sal makliker wees as hy sorgvuldig dagboek hou.

Ook die administrasie van die praktisyn se praktyk behoort sorgvuldig te geskied, wat impliseer dat rekord- en boekhouding reg en bygewerk moet wees. Die besonderhede en ander dokumente wat met die maatskappy en al die geaffekteerde persone verband hou, moet sorgvuldig geliasseer word om dit weer maklik te kan opspoor. Dit beperk die kans dat 'n geaffekteerde persoon met die uitstuur van kennisgewings oor die hoof gesien kan word. Die praktisyn moet ook met groot omsigtigheid omgaan met die boekhou van enige geld of goedere wat hy moontlik in ontvangs geneem het, sowel as enige uitgawes wat hy aangegaan het. Hy behoort

¹¹⁹ 71/2008: art 147 en 148.

¹²⁰ 71/2008: art 150(5).

¹²¹ 71/2008: art 151(1).

¹²² 71/2008: art 151(2).

¹²³ Meskin *et al.* 2014: 18.2. *Koen v Wedgewood Village Golf and Country Estate (Pty) Ltd* 2012 (2) SA 378 (WCC):10. "It is axiomatic that business rescue proceedings, by their very nature, must be conducted with the maximum possible expedition. In most cases a failure to expeditiously implement rescue measures when a company is in financial distress will lessen or entirely negate the prospect of effective rescue." Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:35. "The prescribed timelines is generally perceived as 'not sensible' (mostly unattainable) but it is also acknowledged by subjects that they do understand them as time is one of the key determinants of a successful rescue."

ook boek te hou van die tyd wat hy aan die redding van die maatskappy bestee, aangesien dit belangrik is vir die vergoeding wat hy sal eis en ook die deursigtigheid van die vergoedingstruktuur sal bevorder.

Dit is voorts belangrik dat die praktisyn altyd tydig en openlik op enige korrespondensie van geaffekteerde persone reageer en akkurate inligting aan hulle voorsien.¹²⁴ Indien die geaffekteerde persone voel dat die praktisyn hul navrae en probleme spoedig hanteer, sal dit ook hul vertroue in die reddingsproses versterk. Laastens sal dit van waarde wees vir die praktisyn om boek te hou van die heersende omstandighede en die faktore wat hy in enige besluit in ag geneem het. Hierdie besonderhede kan later van belang wees indien iemand beweer dat die praktisyn nie sy verpligtinge nagekom het nie en die sakeoordeeltoets byvoorbeeld toegepas moet word.

Alhoewel dit as sinvol beskou word om voorbeelde van dokumente te hê om behulpsaam te wees met die opstel van die reddingsplan en ander verslae, moet die praktisyn in hierdie verband ook versigtig wees. Die praktisyn moet sekermaak dat hy 'n plan opstel wat spesifiek vir die maatskappy waarvoor hy as praktisyn aangestel is opstel en moet verder sorg dat hy nie irrelevante inligting in die dokument insluit nie.¹²⁵

Derhalwe lewer die bestuur van die praktisyn se praktyk onteenseglik 'n bydrae tot die doeltreffendheid van die reddingsproses, en dus ook tot groter sukses.

3.1.3.3 VERGOEDING EN SEKERHEID

Indien die praktisyn werklik in die troubegunstigdes se beste belang optree, sal dit weerspieël word in die vergoeding wat hy eis. Dit impliseer dat die praktisyn eerlik en sorgvuldig moet faktureer.

¹²⁴ SARIPA 2014 :par 14.4. http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. Toegang verkry op 13/10/2014. "The practitioner must within a reasonable time answer or appropriately respond to and deal with any correspondence or other communications which reasonably require a reply or any other response in a manner that is accurate, honest, open, clear and succinct."

¹²⁵ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:74. "During the research, plans presented to creditors were shown to the researcher where such plans were 'copied and pasted' from plans of other BRPs for other businesses without the details of such companies being removed."

In dié verband bepaal artikel 143 van die Wet dat die praktisyn geregtig is op vergoeding soos wat die Minister dit in die regulasies ingevolge die Wet uiteensit.¹²⁶ Die regulasies bepaal dat die maatskappy self of die hof die praktisyn se basiese vergoeding by sy aanstelling moet vasstel en dat dit beperk is tot sekere bedrae na gelang van die grootte van die maatskappy.¹²⁷ Vir 'n klein maatskappy mag die praktisyn se vergoeding nie R1 250,00 per uur oorskry nie, met 'n maksimum van R15 625,00 per dag.¹²⁸ Vir 'n mediummaatskappy mag die praktisyn se vergoeding nie R1 500,00 per uur oorskry nie, met 'n maksimum van R18 750,00 per dag.¹²⁹ Vir 'n groot maatskappy of 'n maatskappy in staatsbesit mag die praktisyn se vergoeding nie R2 000,00 per uur oorskry nie, met 'n maksimum van R25 000,00 per dag.¹³⁰

Bo en behalwe die bepalings in die regulasies, maak die Wet voorsiening vir die aangaan van 'n ooreenkoms tussen die praktisyn en die maatskappy vir die verkryging van verdere vergoeding.¹³¹ Die verdere vergoeding hou verband met sekere gebeurlikhede soos wat artikel 143(2) van die Wet dit beskryf.¹³² Die gebeurlikhede behels die aanvaarding van 'n ondernemingsreddingsplan binne 'n spesifieke tyd en die bereiking van enige moontlike resultaat met betrekking tot die reddingsprosedures.¹³³ Die ooreenkoms is slegs bindend vir die partye indien 'n meerderheid skuldeisers dit goedkeur, soos wat artikel 143(3) bepaal.¹³⁴ Om so gou moontlik 'n reddingsplan op te stel en toe te sien dat die vergadering dit aanvaar maak myns insiens egter reeds deel uit van die vertrouensverpligtinge van die praktisyn. Die vraag is dus of die praktisyn ekstra vergoed behoort te word vir iets wat buitendien van hom verwag word? In die reël behoort die praktisyn nie addisionele vergoeding te ontvang nie, maar in werklik uitsonderlike omstandighede kan 'n insentief aan hom toegestaan word.

Die IRBA- sowel as die SAICA-gedragskode verwys spesifiek na gebeurlikheidsfooie en noem dat sodanige vergoedingstruktuur moontlik 'n gevaar vir die kodes se

¹²⁶ 71/2008: art 143(1) en (6). Meskin *et al.* 2014:18.14.6.

¹²⁷ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 128(1).

¹²⁸ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 128(1)(a).

¹²⁹ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 128(1)(b).

¹³⁰ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 128(1)(c).

¹³¹ 71/2008: art 143(2).

¹³² 71/2008: art 143(2)(a)-(b).

¹³³ 71/2008: art 143(2)(a)-(b).

¹³⁴ 71/2008: art 143(3).

fundamentele beginsels kan inhou.¹³⁵ Volgens dié gedragskodes kan die gebruik van 'n gebeurlikheidsfooi-vergoedingstruktuur 'n selfbelanggevaar ten opsigte van objektiwiteit laat ontstaan. In die geval van die praktisyn, indien daar van hom verwag word om die redding so gou moontlik af te handel of die plan so gou moontlik op te stel, kan hy dalk nie die nodige objektiwiteit aan die dag lê om in alle geaffekteerde persone se belang op te tree nie. Indien die praktisyn sy take probeer aframmel om ekstra vergoed te kan word, kan dit dus tot 'n nie-nakoming van sy plig tot sorgsaamheid lei en ook sy onpartydigheid beïnvloed, aangesien hy meer besorgd is oor sy eie belange as oor dié van die troubegunstigdes. Luidens Pretorius se stand-van-sake-verslag is sommige skuldeisers, soos die banke, gekant teen gebeurlikheidsfooie aangesien hulle van mening is dat dit daartoe lei dat die praktisyns as't ware aan die redding vasklou waar daar nie meer 'n redelike vooruitsig op redding bestaan nie.¹³⁶

Daar word aan die hand gedoen dat die praktisyn, waar moontlik, eerder uurliks as daagliks behoort te eis volgens die werklike getal uur werk wat hy verrig het. In hierdie verband bepaal die IRBA-gedragskode dat die praktisyn behoorlik moet boekhou van die tyd wat hy aan die projek bestee.¹³⁷ Daar word verder voorgestel dat dieselfde beginsels van toepassing behoort te wees op die aangaan van uitgawes vir die reddingsaktiwiteite. Ingevolge regulasie 128(3) is die praktisyn daarop geregtig om vergoed te word vir enige uitgawes wat hy werklik aangaan en wat redelikerwys nodig was om die reddingsplan uit te voer.¹³⁸ Dit impliseer dat die praktisyn ook behoorlik moet boekhou van die uitgawes wat hy aangaan. Indien hy egter uitgawes aangaan wat nie redelikerwys nodig is nie, behoort hy dit self te dek.

Die praktisyn se vergoeding is 'n omstrede aangeleentheid. Sommige reken die koste verbonde aan die reddingsproses is buitensporig, veral indien die finansiële posisie van die maatskappy oorweeg word. Verder word kommer daaroor uitgespreek dat die praktisyn se rekening nie aan taksasie deur die hof onderworpe

¹³⁵ IRBA 2009:44 par 240.3; SAICA 2014:30 par 240.3

¹³⁶ Pretorius CIPC Draft Status Quo Report 2015:37. "Success fees are specifically opposed by some banks while BRPs consider it as cost effective (type of bootstrapping strategy) and motivational to the rescue in general. Banks suggest that success fees make BRPs to hold on to rescues where no reasonable prospect exists.

¹³⁷ IRBA 2009:44 par 240.2.

¹³⁸ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 128(3).

is nie.¹³⁹ Hierdie punt het in die *Oakdene*-saak ter sprake gekom.¹⁴⁰ Regter Claassen het hier vermeld dat daar geen onafhanklike beheer oor die koste van ondernemingsredding is nie omdat daar nie voorsiening gemaak word vir die taksasie van die praktisyn se fooie, koste en uitgawes nie.¹⁴¹ Daar word aan die hand gedoen dat die hof korrek was in die stelling dat daar in hierdie verband wysigings aan die Wet aangebring moet word. Daar bestaan geen rede waarom die praktisyn se rekening nie ook aan taksaksie deur die Meester onderwerp kan word nie. Henochsberg beaam ook dat daar voorsiening gemaak behoort te word vir die nagaan van die fooie wat die praktisyn eis, veral in daardie gevalle waar buitensporige fooie geëis word.¹⁴² Die teendeel is egter dat die reddingspoging groot risiko's vir die praktisyn en sy reputasie inhou, welke risiko's versoenbaar moet wees met sy vergoeding:

*"That remuneration should be commensurate with the qualifications of the insolvency representative and the tasks it is required to perform and should achieve a balance between risk and reward in order to attract appropriately qualified professionals."*¹⁴³

Dit is daarom belangrik dat daar tog 'n balans moet wees tussen die take wat die praktisyn verrig en die vergoeding wat hy daarvoor ontvang.¹⁴⁴

Sommige meen egter dat die probleme met die praktisyn se vergoedingstruktuur nie met die uurlikse of selfs daaglikse bedrae verband hou nie, maar eerder sy bevoegdheid om uitgawes aan te gaan.¹⁴⁵ Die kwessie rondom die uitgawes deur

¹³⁹ <http://www.tma-sa.com/info-centre/articles/144-costs-of-business-rescue-practitioners-view.html>. Toegang verkry op 30/03/2015. "In liquidation the answer to the question of incurring costs and expenses is easier, namely that the costs can be taxed and approved by the Master of the High Court." Meskin *et al.* 2014:18.14.6. "The courts have already expressed concern at the lack of control over the fees of the business rescue practitioner."

¹⁴⁰ *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2012(3) SA 273 (GSJ).

¹⁴¹ *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2012(3) SA 273 (GSJ): 290. "There is no provision for the taxation of the fees, costs and expenses of a business rescue practitioner, whereas a liquidator's costs are subject to taxation. There is, therefore, independent control over the costs of a liquidation, whereas there is currently none in the case of a business rescue procedure. This aspect may be for the legislature to consider when further amendments to the Act are proposed." Sien ook *Murgatroyd v Van Den Heerver N.O.*(20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ). "No provision is made in the Companies Act for the taxation of a business rescue practitioner's remuneration, disbursements and expenses."

¹⁴² Henochsberg 2014:499; Meskin *et al.* 2014:18.14.6.

¹⁴³ UNCITRAL 2005:181 item 53; Burdette 2004:433.

¹⁴⁴ Burdette 2004:433.

¹⁴⁵ <http://www.tma-sa.com/info-centre/articles/144-costs-of-business-rescue-practitioners-view.html>. Toegang verkry op 30/03/2015.

die praktisyn aangegaan is in die uitoefening van sy verpligtinge het onder die soeklig gekom in die saak van *Murgatroyd v Van den Heever*¹⁴⁶ Soos reeds genoem is, het dié saak gehandel oor 'n praktisyn wat adviseurs aangestel het om hom met die redding van die maatskappy te help en daarvoor uitgawes van onderskeidelik R1 219 332,28, R428 414,74 en R272 523 aangegaan het. Die likwidateurs van die maatskappy het as respondente opgetree en was van mening dat die uitgawes nie redelikerwys noodsaaklik was vir die praktisyn om sy funksies uit te voer of die redding te bewerkstellig nie.¹⁴⁷ Die praktisyn het egter volgehou dat hy nie kon staatmaak op die inligting wat die maatskappybestuur aan hom verskaf het nie, omdat die bestuur nie behoorlik gefunksioneer het nie. Om sy verpligtinge te kon uitvoer, moes meer akkurate inligting dus ingewin word; tog kon hy dit nie alleen doen nie omdat die maatskappy, Sanyati, baie groot was en by meer as 50 projekte betrokke was, oor meer as 2 700 werknemers beskik het en 1 500 skuldeisers gehad het. Die hof moes dus bepaal of die praktisyn die toets slaag wat hom geregtig sou maak op die terugbetaling van die uitgawes wat hy aangegaan het. Daarvoor moes daar aangetoon word dat die uitgawes deur die praktisyn redelikerwys noodsaaklik was om sy verpligtinge na te kom en om die maatskappy se reddingsverrigtinge te fasiliteer.¹⁴⁸ Vir die hof was dit derhalwe 'n feitevraag wat na gelang van die omstandighede van elke saak oorweeg moes word, gedagtig aan sekere faktore soos die grootte van die maatskappy, die funksionaliteit van die maatskappy se bestuur, die akkuraatheid van finansiële en rekeningkundige inligting en die graad van ingewikkeldheid van die praktisyn se taak.¹⁴⁹ Aangesien die praktisyn die noodsaaklikheid van die adviseurs kon aantoon, het die hof bevind dat die praktisyn geregtig was op die terugbetaling van die uitgawes.

Die kwessie in die *Murgatroyd*-saak was egter dat die uitgawes vir die aanstelling van die adviseurs voor die aanvaarding van die plan geskied het en daar dus geen

¹⁴⁶ *Murgatroyd v Van Den Heever N.O.*(20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ).

¹⁴⁷ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 128(3); *Murgatroyd v Van Den Heever N.O.*(20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ).

¹⁴⁸ Regulasies ingevolge die Maatskappywet 71/2008: reg 128(3); *Murgatroyd v Van Den Heever N.O.*(20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ): 21. Meskin *et al.* 2014:18.14.6.

¹⁴⁹ *Murgatroyd v Van Den Heever N.O.*(20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ):21.

geleentheid was om die geaffekteerde persone daarvoor in te lig nie.¹⁵⁰ Die geaffekteerde persone speel almal 'n unieke en belangrike rol in die reddingsproses en behoort minstens kennis te dra van die uitgawes wat die praktisyn aangaan. In hierdie verband word daar voorgestel dat die praktisyn in die ondernemingsplan volledige besonderhede vermeld van die probleme wat hy in sy ondersoek teëgekrom het.¹⁵¹ Indien hy dus nie op die data en inligting wat aan hom voorsien word, kan staatmaak nie en verdere hulp moes of sal moet inwin, behoort hy dit uitdruklik in afdeling A van die reddingsplan te vermeld.¹⁵² So 'n benadering tot die aanstelling van adviseurs sal die geaffekteerde persone die geleentheid bied om ook ingelig te wees en maak die proses en die rol van die praktisyn meer betroubaar en deursigtig.¹⁵³

Daarom sal 'n praktisyn wat sy vertrouensverpligtinge en sy plig tot sorg en vaardigheid nakom slegs uitgawes met betrekking tot die reddingsverrigtinge aangaan indien dit redelikerwys noodsaaklik is. Hy behoort egter toe te sien dat die diensverskaffers nie buitensporige pryse hef nie, maar dat hul tariewe markverwant is.¹⁵⁴ Hy is ook verplig om die geaffekteerde persone op hoogte te hou indien hy wel sy diskresie uitgeoefen het om sekere uitgawes aan te gaan.

Ten einde te verseker dat die praktisyn sy verpligtinge behoorlik nakom, maak artikel 130(1)(c) daarvoor voorsiening dat 'n geaffekteerde persoon te eniger tyd voor die aanvaarding van die reddingsplan by die hof kan aansoek doen om 'n bevel wat vereis dat die praktisyn sekerheid stel tot die bedrag en volgens die bepalings en voorwaardes wat die hof nodig ag om die maatskappy en geaffekteerde persone se

¹⁵⁰ *Murgatroyd v Van Den Heerver N.O.*(20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ). Sien ook <http://www.tma-sa.com/info-centre/articles/144-costs-of-business-rescue-practitioners-view.html>. Toegang verkry op 30/03/2015. "There are the normal participatory mechanisms in the Act but the writer believes that incurring of expenses in respect of experts to determine the actual situation is so fundamentally important that all affected parties must be kept abreast of what is happening."

¹⁵¹ <http://www.tma-sa.com/info-centre/articles/144-costs-of-business-rescue-practitioners-view.html>. Toegang verkry op 30/03/2015.

¹⁵² 71/2008: art 150(2); <http://www.tma-sa.com/info-centre/articles/144-costs-of-business-rescue-practitioners-view.html>. Toegang verkry op 30/03/2015.

¹⁵³ <http://www.tma-sa.com/info-centre/articles/144-costs-of-business-rescue-practitioners-view.html>. Toegang verkry op 30/03/2015. "A further benefit of the practitioner doing this is to make his position and the position of the company transparent and upfront to affected persons."

¹⁵⁴ *Murgatroyd v Van Den Heerver N.O.*(20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ):21.

belange te beveilig.¹⁵⁵ Die Wet maak dus nie in die reël voorsiening vir die verskaffing van sekuriteit deur die praktisyn nie. Die enigste geval waar daar van die praktisyn verwag kan word om sekerheid te stel, sal wees waar 'n geaffekteerde persoon daarop aandrang nadat die maatskappy die verrigtinge ingevolge artikel 129 aanhangig gemaak het.¹⁵⁶ Dat die Wet nie uitdruklik uit die staanspoor voorsiening maak vir die stel van sekuriteit nie is 'n drastiese afwyking van 'n verskanste beginsel in die Suid-Afrikaanse korporatiewe en insolvensiereg.¹⁵⁷ Myns insiens is die weglating van so 'n belangrike beginsel, naamlik die stel van sekuriteit, ondeurdag en kortsigtig, aangesien dit nie net die troubegunstigdes nie, maar ook die praktisyn beskerm. Die King III-verslag stel dit ook duidelik dat so 'n bepaling noodsaaklik is:

*"Not only is the provision of security by the practitioner not required initially in a voluntary business rescue proceeding, but it can never be asked for where the court has ordered a compulsory business rescue procedure. It is conceivable that an affected person will apply to court for the provision of security by the practitioner in each and every case when a company adopts a resolution for voluntary business rescue, and it is submitted that all practitioners should be required to furnish security for the full value of the assets of the company in which they have been appointed."*¹⁵⁸

Die UNCITRAL-gids bevestig ook die belang van sekuriteit en meld dat die verskaffing van sekuriteit deur die praktisyn vir die behoorlike uitvoering van sy pligte 'n manier is om aanspreeklikheid op grond van skade aan te roer.¹⁵⁹ Volgens dié gids kan die praktisyn op verskeie maniere sekuriteit stel: Hy kan dit by wyse van 'n verband gee of hy kan versekering uitneem om enige verlies of skade te dek.¹⁶⁰ Die gids meld verder dat verskeie lande se insolvensiereg die verskaffing van 'n verband

¹⁵⁵ 71/2008: art 130(1)(c).

¹⁵⁶ 71/2008: art 130(1)(c). Sien ook King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding:10. "The only circumstances in which a business rescue practitioner can be required to provide security for his or her proper administration of the business rescue procedure, is when a resolution has been adopted by a company's board for the voluntary commencement of a business rescue procedure and an affected person has applied to court for the provision of security." Vgl Loubser 2010a:508; Meskin *et al.* 2014:18.4.2.3 en 18.14.1.

¹⁵⁷ Loubser 2010a:508. "It is an entrenched principle of South African corporate and insolvency law that any provisional or final liquidator, judicial manager or trustee must provide security for the proper performance of their duties." Sien ook 61/1973: art 368,375,429 en 431; Insolvensiewet 24/1936: art 18,56.

¹⁵⁸ King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding:10.

¹⁵⁹ UNCITRAL 2005:184 item 62.

¹⁶⁰ UNCITRAL 2005:184 item 62. "One means of addressing the issue of liability for damages may be to require the insolvency representative to post a bond or take out insurance to cover loss of assets of the estate or possible damages payable as a result of a breach of its duties."

sowel as versekering vereis en dat die verskillende tipes sekuriteit dan vir verskillende tipes skade aangewend kan word.¹⁶¹ Daarteenoor vereis ander lande slegs die een of die ander.¹⁶² Die grootte van die verband is gewoonlik in verhouding tot die waarde van die bates van die betrokke boedel; in ander gevalle sal die bedrag van die verband of die versekeringsdekking deur die relevante professionele organisasie of liggaam óf selfs in die wetgewing self vasgestel word.¹⁶³

Die praktisyn word duidelik met omvangryke bevoegdhede en magte beklee. Dit volg dus dat daar 'n strengere mate van regulering moet wees en dat die stel van sekuriteit een manier is om sodanige strengere regulering te bewerkstellig.

3.2 DIE VERENIGDE KONINKRYK

3.2.1 PROFESSIONELE BEVOEGDHEID EN SORGSAMHEID

“The administrator of a company must perform his functions as quickly and efficiently as is reasonably practicable.”¹⁶⁴

Bostaande bepaling uit bylae B1 by die Verenigde Koninkryk se *Enterprise Act* vereis dat die administrateur sy take so gou en effektief moontlik uitvoer en hou verband met die plig om sy take met die nodige sorg te verrig. Outeurs reken dat hierdie verpligting soortgelyk is aan die plig tot sorgsaamheid wat ingevolge die gemenerereg op die administrateur van toepassing is.¹⁶⁵ Dit impliseer dat sommige van die beginsels van die plig tot sorgsaamheid wat ingevolge die gemenerereg op die administrateur van toepassing is, in paragraaf 4 vervat word. So byvoorbeeld kan die woord “efficiency”, of effektiwiteit, in die wet ook as gepas gekwalifiseerd en selfs koste-effektief geïnterpreteer word, welke beginsels albei by die gemeenregtelike plig tot sorgsaamheid ingesluit is.¹⁶⁶ Die administrateur het derhalwe 'n plig om

¹⁶¹ UNCITRAL 2005:184 item 62.

¹⁶² UNCITRAL 2005:184 item 62.

¹⁶³ UNCITRAL 2005:184 item 62.

¹⁶⁴ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 4, soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

¹⁶⁵ Armour en Mokal 2004:16; *Re Charnley Davies Ltd* 1990 BCC 605; Brupbacher 2005:127.

¹⁶⁶ Armour en Mokal 2004:16.

ingevolge die gemenerereg met sorg op te tree, sowel as die plig om ingevolge die Wet sy take so gou en effektief moontlik te verrig.¹⁶⁷

Professionele bevoegdheid en sorgsaamheid is een van die ses fundamentele beginsels in die etiese kode van toepassing op administrateurs. 'n Administrateur wat dus professioneel bevoeg is en met die nodige sorg optree, behoort 'n gepaste mate van begrip van die aard van die maatskappy se besigheid te kry om te kan verstaan hoe die besigheid funksioneer en wat presies van hom verwag word.¹⁶⁸ Die administrateur moet ook kennis inwin oor die industrie waarbinne die maatskappy funksioneer.¹⁶⁹ Die kode vereis dat hy oor die nodige ervaring beskik en moet gebruik maak van deskundiges indien hy dit nodig ag.¹⁷⁰

3.2.2 HERSIENING VAN DIE ADMINISTRATEUR SE BESLUIE

In die Verenigde Koninkryk kan skuldeisers of aandeelhouers van die maatskappy die hof nader indien hulle van mening is dat die administrateur nie sy verpligtinge so vinnig of effektief uitvoer as wat redelikerwys en prakties moontlik is nie,¹⁷¹ met ander woorde waar die administrateur moontlik nie met die nodige sorg of vaardigheid optree nie. Die hof het ingevolge paragraaf 74(4) 'n wye diskresie in dié verband en kan gelas dat die administrateur op 'n sekere wyse optree of hom van optrede weerhou.¹⁷² Die hof kan ook die administrateur se optrede reguleer of hom uit sy amp verwyder.¹⁷³

Indien die administrateur sy verpligtinge nakom deur onafhanklik of onpartydig te wees, en derhalwe sy diskresie onbelemmerd en met die nodige sorg uitoefen, is die vraag of die administrateur se besluite aan geregtelike hersiening onderwerp behoort te word?¹⁷⁴ In die geval van direkteure onder die Engelse reg geld die argument dat

¹⁶⁷ Brupbacher 2005:126-127.

¹⁶⁸ IPA 2012:10 par 37(b).

¹⁶⁹ IPA 2012:10 par 37(c).

¹⁷⁰ IPA 2012:10 par 37(d),(f).

¹⁷¹ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 74(2), soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*.

¹⁷² *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 74(4)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*.

¹⁷³ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 74(4)(a),(d), soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*.

¹⁷⁴ McCormack 2007:530. Die outeur haal 'n belangrike gedeelte uit Hansard van 29 Julie 2002 aan: "The administrator is the person on the ground who is best placed to judge whether or not a particular objective is reasonably practicable, in the light of his experience and professional judgement ... It will be for the administrator to reach a conclusion as to whether or not the objectives are reasonably

direkteure oor meer kennis, tyd en vaardigheid as die howe beskik om hul eie besluite te hersien.¹⁷⁵ Die howe sal dus nie sonder meer hierdie posisie oorneem nie.¹⁷⁶ Volg die howe egter dieselfde benadering tot administrateurs se besluite? Volgens Armour en Mokal gaan dit hier nie oor die howe se vermoë om administrateurs se besluite te hersien nie, maar eerder oor die koste-implikasies wat daarmee gepaardgaan.¹⁷⁷ Hulle voorsien egter wel 'n probleem met die onafhanklikheid van die administrateur se besluitnemingsproses vanweë die aanstellingsproses en is van mening dat geregtelike hersiening van administrateurs tog voordelig kan wees.¹⁷⁸

Engelse howe het nie altyd so geredelik tussenbeide getree wat die professionele, kommersiële besluite van bekwame administrateurs betref nie.¹⁷⁹ Hierdie posisie is deur die inwerkingtreding van die *Enterprise Act 2002* gewysig, wat nou daarvoor voorsiening maak dat skuldeisers en aandeelhouers die hof kan nader indien hulle voel dat die administrateur hulle posisie onredelik benadeel het.¹⁸⁰ Voorts is die administrateur natuurlik 'n beampte van die hof en het dit derhalwe sin dat die howe sy optrede in hersiening kan neem.¹⁸¹

In die praktyk gebeur dit egter gereeld dat die administrateur sekere besluite moet neem of handelingne moet verrig alvorens die vergadering van skuldeisers die optrede goedgekeur het,¹⁸² byvoorbeeld waar noodoptrede van die administrateur vereis word. Sommige skuldeisers kan dus voel dat die administrateur deur die realisering van sekere maatskappybates as noodoptrede, nie in hulle belang of met

practicable, taking into account all the circumstances of the particular case of which he or she is aware at the time."

¹⁷⁵ Armour en Mokal 2004:25. Sien ook Brupbacher 2005:129. "This is in line with the traditional caution of English courts about intervening in decisions made by the management of solvent companies." Vgl *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* 1974 AC 821 (PC); Pretorius *et al.* 1999:289-294.

¹⁷⁶ Cassim *et al.* 2012:524; *Carlen v Drury* 1812 35 All ER: 62. Sommige Engelse *academici* is egter van mening dat hierdie siening nie korrek is nie en dat die Engelse howe geleidelik besig is om 'n meer intensiewe stel standaard vir die beoordeling van direkteursbesluite te ontwikkel. Sien in dié verband Armour en Mokal 2004:25.

¹⁷⁷ Armour en Mokal 2004:25.

¹⁷⁸ Armour en Mokal 2004:25-26.

¹⁷⁹ Brupbacher 2005:129; McCormack 2007:530.

¹⁸⁰ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 74, soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002; Brupbacher 2005:129.

¹⁸¹ Brupbacher 2005:129. "Furthermore, administrators, unlike directors, are officers of the court and should therefore be subject to the fullest equity and to the standards of judicial review developed for public officials."

¹⁸² Armour en Mokal 2004:14.

die nodige sorg opgetree het nie,¹⁸³ of so opgetree het dat hulle belange onnodig skade ly.¹⁸⁴ Om die skuldeisers in hierdie gevalle te beskerm, bepaal paragraaf 63 en 68(2) van bylae B1 dat die administrateur hom tot die hof kan wend vir leiding oor die uitvoering van sy pligte, en dat hy aan die hof se leiding gebonde sal wees.¹⁸⁵ Indien dit enigsins moontlik is, moet die administrateur egter ook soveel moontlik skuldeisers raadpleeg alvorens hy enige besluite neem, aangesien dit juis in hul belang is wat hy die verpligting moet uitoefen.¹⁸⁶

Een van die gevalle waar die administrateur se besluite veral onder die soeklig kom, is in die keuse van die mees gepaste doelstelling in die hiërargie van doelstellings.¹⁸⁷ Paragrafe 3(3) en 3(4) noem dat die keuse van die doelstelling afhang van wat die administrateur “dink” die beste opsie in die omstandighede sal wees.¹⁸⁸ In hierdie verband sal die administrateur se besluit onderworpe wees aan die rasionaliteitstoets.¹⁸⁹ Ingevolge hierdie toets sal die administrateur se besluit bevraagteken word indien ’n redelike administrateur in dieselfde omstandighede anders sou optree.¹⁹⁰ Die hof sal die standaard van optrede bepaal deur die optrede van ander troupligtiges in regspraak te oorweeg.¹⁹¹ Een so ’n hofsaak wat leiding bied, is *Stannard v Fisons Pensions Trust Ltd*.¹⁹² In dié saak het die trustees van Fisons ’n verkeerde uitbetaling gemaak omdat hulle op verouderde inligting staatgemaak het.¹⁹³ Die beginsel wat in hierdie geval na vore getree het, is dat

¹⁸³ Armour en Mokal 2004:14; McCormack 2007:519.

¹⁸⁴ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(4)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002; *Re Charnley Davies Ltd* 1990 BCC 605.

¹⁸⁵ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 63,68(2), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002. Sien ook Armour en Mokal 2004:16-17. “Namely, the administrator must act in accordance with any decisions of the creditors’ meeting as to his proposals, and in the period before a creditors’ meeting has met, in accordance with any direction given by the court.”

¹⁸⁶ Mokal en Armour 2004:8; *Re Transbus International Ltd* 2004 EWHC 932: 13.

¹⁸⁷ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3, soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

¹⁸⁸ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 3(3)-3(4), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

¹⁸⁹ Armour en Mokal 2004:40. Sien Mokal en Armour 2004:4. “... the administrator must choose which objective to pursue *rationally*”. Vgl Brupbacher 2005:129.

¹⁹⁰ Armour en Mokal 2004:40. Sien ook Brupbacher 2005:129. “The standard employed is that of a ‘reasonable administrator’.”

¹⁹¹ Mokal en Armour 2004:4. “This is in line with the position of other fiduciaries, and it is submitted that the courts will draw on the case law providing substance to the rationality test in the context of other fiduciary relationships to flesh out the standard by which the administrator’s decision-making is to be judged.”

¹⁹² *Stannard v Fisons Pensions Trust Ltd* 1992 IRLR 27.

¹⁹³ *Stannard v Fisons Pensions Trust Ltd* 1992 IRLR 27; Mokal en Armour 2004:5-6.

indien 'n troupligtige met die nodige sorg optree, hy behoorlik oor die saak ingelig sal wees alvorens hy 'n besluit neem.¹⁹⁴

In die saak *Re Charnley Davies* is die verwagte standaard en maatstaf van sorg van 'n administrateur oorweeg.¹⁹⁵ Alhoewel hierdie saak voor die inwerkingtreding van die *Enterprise Act* plaasgevind het, is die beginsels daarvan steeds van belang. In dié saak teen die administrateur van 'n maatskappy is daar aangevoer dat hy sy plig tot sorgsaamheid versuim het deur nie met die nodige sorg op te tree om die beste prys vir die maatskappy se besigheid as lopende saak te kry nie. In die oorweging van die administrateur se optrede is die volgende gesê:

“An administrator must be a professional insolvency practitioner. A complaint that he has failed to take reasonable care in the sale of the company’s assets is, therefore, a complaint of professional negligence and in my judgment the established principles applicable to cases of professional negligence are equally applicable in such a case. It follows that the administrator is to be judged, not by the standards of the most meticulous and conscientious member of his profession but by those of an ordinary, skilled practitioner. In order to succeed the claimant must establish that the administrator has made an error which a reasonably skilled and careful insolvency practitioner would not have made.”¹⁹⁶

Die maatstaf vir die administrateur se optrede is dus klaarblyklik dié van 'n redelike administrateur. Dit beteken egter nie dat daar nie 'n mate van deskundigheid ook moet wees nie, aangesien die hof ook na die redelike vereiste vaardighede van 'n insolvensiepraktisyn verwys. Die administrateur behoort slegs so op te tree as wat 'n redelike praktisyn met redelike vaardighede in dieselfde omstandighede sou optree. Hier is daar dus ook sprake van 'n objektiewe sowel as 'n subjektiewe element in die toets vir sorgsaamheid.

Daarom is dit in die geval van die administrateur belangrik dat hy alle relevante inligting moet inwin en analiseer sodat hy nie in sy besluite enige skuldeisers se belange onnodig benadeel nie en die beste belange van die skuldeisers in die geheel in gedagte sal hou:

¹⁹⁴ Mokal en Armour 2004:5-6. “If the trustee has in accordance with his duty identified the relevant considerations and used all proper care and diligence in obtaining the relevant information and advice relating to those considerations, the trustee can be in no breach of duty ...”

¹⁹⁵ *Re Charnley Davies Ltd* 1990 BCC 605.

¹⁹⁶ *Re Charnley Davies Ltd* 1990 BCC 605: 618.

“So for example, not to take into account reasonably discoverable factors relevant to determining whether the continuation of the company as a going concern (by preserving for its benefit the specific skills and knowledge of the local market of its pre-distress shareholder-managers, say) would result in better expected returns for its creditors than if the company’s business were to be sold off to another company (with little knowledge of and enjoying no goodwill in market), would be to ignore considerations relevant to serving the creditors’ interests, and would thus constitute a breach of duty.”¹⁹⁷

In hierdie verband is die aanstelling van adviseurs en die inwinning van spesialiskennis ten einde behoorlik ingelig te wees ook belangrik. Uit die bespreking blyk dat dit soms vir die administrateur nodig sal wees om persone aan te stel om hom met die ontleding van die maatskappy se finansiële posisie of ander inligting te help. Indien die administrateur van plan is om op ander se advies of werk te steun, behoort hy eers te evalueer of dit geregverdig is om dit in die bepaalde omstandighede te doen.¹⁹⁸ Sekere faktore sal ook van belang wees in so ’n evaluering. Die administrateur moet die reputasie en die kundigheid van die persone oorweeg, die hulpbronne wat beskikbaar is, sowel as enige relevante professionele en etiese standaarde waaraan daar voldoen behoort te word.¹⁹⁹ Dit impliseer dat die administrateur nie na willekeur persone kan aanstel indien dit nie noodsaaklik is nie. Hy behoort dus met sorg te evalueer of dit in die beste belang van die maatskappy en skuldeisers sal wees. Verder word daar geïmpliseer dat die administrateur van persone moet gebruik maak wat bevoeg is om die werk te doen of die advies te verskaf. Die persone moet dus oor die gepaste kwalifikasies, vaardighede en ervaring beskik wat ingevolge professionele standaarde van hulle verwag word. Die administrateur behoort ook daarteen te waak om van persone gebruik te maak wat weens etiese oorwegings nie geskik is nie, wat impliseer dat hy nie van iemand moet gebruik maak met wie hy ’n professionele of persoonlike verbintenis het nie.²⁰⁰

Die vergoeding wat aan hierdie adviseurs of diensverskaffers betaal word, moet met die waarde van hulle werk verband hou.²⁰¹ Dit beteken dat die vergoeding redelik moet wees vir die omstandighede, en nie buitensporig nie.

¹⁹⁷ Mokal en Armour 2004:6.

¹⁹⁸ IPA 2012:12 par 53.

¹⁹⁹ IPA 2012:12 par 53.

²⁰⁰ IPA 2012:12 par 54.

²⁰¹ IPA 2012:12 par 53.

3.2.3 OPLEIDING EN ERVARING

Ingevolge die etiese kode behoort die administrateur slegs die aanstelling te aanvaar indien hy oor voldoende kundigheid beskik.²⁰² Dié kundigheid sluit in dat hy gepaste opleiding moet hê, oor tegniese kennis moet beskik, sowel as kennis van die maatskappy én die besigheid wat die maatskappy bedryf.²⁰³

Die opdoen en handhawing van professionele bevoegdheid vereis dat die administrateur voortdurend bewus is van enige relevante tegniese en professionele ontwikkelinge.²⁰⁴ Dit sluit in enige ontwikkeling in insolvensiewetgewing,²⁰⁵ insolvensiepraktyk,²⁰⁶ die regulasies en reëls van die regulerende liggaam, onder andere enige vereistes rakende professionele ontwikkeling,²⁰⁷ die riglyne van die regulerende liggaam, en enige tegniese kwessies wat in die profesie bespreek word.²⁰⁸

Die argument dat die administrateur die bestuur van die maatskappy moet kan oorneem en derhalwe oor die nodige bestuursvaardighede moet beskik, is ook in die Verenigde Koninkryk van belang. In dié verband spreek McCormack kommer uit oor die aanstelling van rekeningkundiges en selfs insolvensiepraktisyns, wie se take meer met finansiële ontleding en litigasie as met bestuur te make het.²⁰⁹

3.2.4 PRAKTYKBESTUUR

'n Administrateur wat sy take met die nodige mate van sorgsaamheid verrig, sal seker maak dat die wyse waarop hy sy praktyk bestuur daardie sorg weerspieël. Hier word sorg en noulettende rekordhouding aan mekaar gelykgestel.

²⁰² IPA 2012:10 par 38.

²⁰³ IPA 2012:10 par 38.

²⁰⁴ IPA 2012:10 par 39.

²⁰⁵ IPA 2012:10 par 39(a).

²⁰⁶ IPA 2012:10 par 39(b).

²⁰⁷ IPA 2012:10 par 39(c).

²⁰⁸ IPA 2012:10 par 39(d)-(e).

²⁰⁹ McCormack 2007:528. "This begs the question whether the services of an accountant or insolvency practitioner are appropriate to this end. Specialized professionals whose main role is financial analysis of corporate performance or even legal counselling and litigation hardly seem the most worthy candidates for these managerial tasks."

Aangesien die administrateur moontlik in die toekoms sy besluite en keuses moet verdedig, is dit belangrik om noukeurig rekord te hou van omstandighede wat gedurende die besluit geheers het, sowel as enige faktore wat hy in die besluitnemingsproses oorweeg het.²¹⁰ In die *Re Charnley Davies* – saak het die hof ook bevestig dat die administrateur se sorgvuldige rekordhouding van groot hulp was vir sy saak:

*“In addition, of course, I had the advantage of Mr Richmond’s own evidence, his clear and consistent explanations of his conduct, and his vigorous, convincing, and occasionally derisive refutations off all suggestions that he should have acted otherwise than he did.”*²¹¹

Indien die administrateur se besluite in twyfel getrek word, sal hy nie net die redes vir sy besluit moet verskaf nie, maar die redes en sy gedagtes daaromtrent moet verduidelik. Dit is dus van die uiterste belang dat die administrateur rekord hou van al die feite en faktore wat hy oorweeg het, sowel as die beredenering van daardie feite en faktore om tot ’n uiteindelijke besluit te kon kom.²¹²

3.3 AUSTRALIË

3.3.1 SORGSAAMHEID EN NOULETTENDHEID

*“Voluntary administrators, in the words of the Harmer committee, should be ‘efficient’, ‘expeditious’ and ‘impartial’ in the discharge of their tasks.”*²¹³

Aangesien die administrateur van ’n maatskappy in Australië ’n maatskappyverteenvoerder is en ook as maatskappybeampte beskou word, geld die beginsels rakende sorgsaamheid en noulettendheid wat op ander amptenare van toepassing is, ook vir hulle.²¹⁴

²¹⁰ IPA 2012:15 par 74-75.

²¹¹ *Re Charnley Davies Ltd* 1990 BCC 605: 617.

²¹² Mokal en Armour 2004:8. “The administrator must not only make his decisions rationally, then, he must also account for his ‘thinking’. He must explain the facts, factors and considerations which, in his view, make his decision the appropriate one under the governing legislation.”

²¹³ Glover en Duns 2001:138.

²¹⁴ *Corporations Act* 50/2001: art 9; Anderson 2004:247.

Ingevolge artikel 180(1) van die *Corporations Act* moet 'n administrateur as maatskappybeampte sy magte uitoefen en sy pligte nakom met die mate van sorg en noulettendheid wat van 'n redelike persoon in dieselfde hoedanigheid as maatskappybeampte, in dieselfde amp en met dieselfde verantwoordelikhede verwag kan word.²¹⁵ Dus is die toets van die redelike persoon ook hier van toepassing. Die toets word egter gekwalifiseer deur vir objektiewe sowel as subjektiewe elemente voorsiening te maak. Nie net word daar oorweeg of 'n redelike persoon in dieselfde omstandighede anders sou optree nie,²¹⁶ maar daardie persoon se verantwoordelikhede en amp word ook oorweeg.²¹⁷ So 'n tweeledige benadering tot die toets van die redelike persoon stem dus ooreen met die gebruik in Suid-Afrika sowel as in die Verenigde Koninkryk en met aanvaarde gemeenregtelike beginsels in dié verband.

Die opleiding en kwalifikasies word geïmpliseer in die tweede gedeelte van die toets, naamlik dat die redelike persoon dieselfde amp en verantwoordelikhede in die maatskappy moet hê.²¹⁸ Indien daar dus sekere kwalifikasies en ervaring van 'n persoon in daardie posisie verwag word, sal dieselfde kwalifikasies en ervaring op die redelike persoon van toepassing wees. Soos die volgende bespreking sal toon, word daar wel in dié geval van 'n administrateur verwag om oor sekere kwalifikasies en bevoegdhede te beskik. Derhalwe sal die toets vir die administrateur se optrede die toets van die redelike administrateur wees.

3.3.2 HERSIENING VAN DIE ADMINISTRATEUR SE BESLUIE

Die *Corporations Act* bevat ook 'n sakeoordeeltoets of -reël vir die hersiening van maatskappybeamptes se sakebesluite.²¹⁹ 'n Sakebesluit word ingevolge die Wet omskryf as enige besluit oor die keuse van optrede met betrekking tot die werking van die maatskappy.²²⁰

²¹⁵ *Corporations Act* 50/2001: art 180(1)(a)-(b); Cassidy 2009:390.

²¹⁶ *Corporations Act* 50/2001: art 180(1)(a).

²¹⁷ *Corporations Act* 50/2001: art 180(1)(b).

²¹⁸ Farrar 1993-1994:6; Finch 1992:203.

²¹⁹ *Corporations Act* 50/2001: art 180(2).

²²⁰ *Corporations Act* 50/2001: art 180(3). “[B]usiness judgment means any decision to take or not to take action in respect of a matter relevant to the business operations of the corporation.”

'n Beampte van die maatskappy, en derhalwe ook die administrateur, het sy plig tot sorg en noulettendheid ingevolge artikel 180(1) nagekom indien hy aan die vereistes van die sakeoordeelreël in artikel 180(2) voldoen.²²¹ Ingevolge dié vereistes het 'n administrateur sy verpligting met betrekking tot die neem van 'n besluit nagekom indien die oordeel of besluit in goeie trou en vir 'n behoorlike doel was;²²² hy nie enige wesenlike persoonlike belang by die saak het waaroor die oordeel gemaak is nie;²²³ hy homself op hoogte van die saak gebring het so ver hy as redelikerwys gepas beskou het,²²⁴ en hy rasideel geglo het dat die besluit in die maatskappy se belang is.²²⁵ Daar is derhalwe ook 'n vermenging van die plig tot goeie trou en die sakeoordeelreël. Die reël impliseer dat die administrateur sal moet bewys dat hy met eerlikheid en integriteit opgetree het; dat hy onafhanklik en onpartydig was, en nie deur enige persoon beïnvloed is om 'n besluit te neem nie.²²⁶ Die administrateur moet ook behoorlik oor 'n saak ingelig wees alvorens hy enige besluite daarvoor neem. Dit is egter belangrik dat die wet hierdie vereiste kwalifiseer deur te bepaal dat die administrateur sal besluit indien hy voldoende ingelig is,²²⁷ wat weereens op die administrateur se groot mate van diskresie en mag dui.

Die administrateur se oortuiging dat die besluit in die maatskappy se belang is, sal as rasideel beskou word tensy geen redelike persoon in dieselfde posisie dieselfde sou glo nie.²²⁸ In hierdie verband is dit belangrik om die algemene beginsels in artikel 182(2) so te interpreteer dat dit op administrateurs van toepassing kan wees. Alhoewel die artikel na die belang van die maatskappy verwys, sal daar aanvaar word dat dit vir die doeleindes van administrasie na die belang van die skuldeisers van die maatskappy verwys.²²⁹

²²¹ *Corporations Act 50/2001*: art 180(1) en 180(2).

²²² *Corporations Act 50/2001*: art 180(2)(a).

²²³ *Corporations Act 50/2001*: art 180(2)(b).

²²⁴ *Corporations Act 50/2001*: art 180(2)(c).

²²⁵ *Corporations Act 50/2001*: art 180(2)(d).

²²⁶ Sien hfst 3 in hierdie verband.

²²⁷ Cassidy 2009:403.

²²⁸ *Corporations Act 50/2001*: art 180(2). "The director's or officer's belief that the judgment is in the best interests of the corporation is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold."

²²⁹ Anderson 2004:247. "It is necessary though to read these in the context of the later provisions relating specifically to administrators. For example, it will be necessary to interpret the obligation to discharge their duties in the best interests of the corporation, as largely being directed at the interests of the creditors."

Artikel 447A bepaal dat die hof die bevoegdheid het om enige bevel te maak wat dit as gepas beskou oor hoe deel 5.3A van die wet met betrekking tot enige maatskappy sal funksioneer.²³⁰ Dit impliseer dat die hof ook bevele oor die administrateur kan maak. Alhoewel artikel 447D ook bepaal dat die administrateur van 'n maatskappy die hof om leiding kan nader oor enige aangeleentheid wat met die uitoefening van sy magte en verpligtinge verband hou,²³¹ beteken dit nie dat die hof die administrateur se diskresie aan bande sal lê nie. Dit is egter moontlik vir persone wat glo dat die administrateur die sake van die maatskappy so hanteer dat dit hulle belange onnodig benadeel, die hof om hulp kan nader. Indien die hof oortuig is dat die administrateur die maatskappy se besigheid, bates of sake tot nadeel van die belange van sommige of al die maatskappy se skuldeisers of aandeelhouders bestuur,²³² of tot nadeel van die belange van die skuldeisers of aandeelhouders opgetree het of versuim het om op te tree, kan die hof 'n bevel uitreik wat dit as regverdig beskou.²³³

In die konteks van administrasie, behels die doel van die sakeoordeelreël ook dat die besluite wat die administrateur in die uitvoering van sy pligte neem, nie sonder meer deur die hof bevraagteken sal word nie:

*"It is in this regard that the powers of the administrator are considered paramount. The High Court recognises the importance of the voluntary administrator's control in maintaining decision-making efficiency of the corporate insolvency process such that, his or her discretionary powers are not to be usurped by the courts."*²³⁴

Dit is bevestig in die saak van *Patrick Stevedores Operations No 2 Pty Ltd v Maritime Union of Australia*.²³⁵ Hier het die hof van eerste instansie die administrateur se diskresie om die maatskappy se werknemers te ontslaan, bevraagteken en gevolglik beveel dat die werknemers se kontrakte in stand gehou

²³⁰ Corporations Act 50/2001: art 447A(1).

²³¹ Corporations Act 50/2001: art 447D(1).

²³² Corporations Act 50/2001: art 447E(1)(a).

²³³ Corporations Act 50/2001: art 447E(1)(b).

²³⁴ Dickfos en Anderson 2008:19.

²³⁵ *Patrick Stevedores Operations No 2 Pty Ltd v Maritime Union of Australia* 1998 195 CLR 1; Cassim *et al.* 2012:524.

word.²³⁶ Die saak is op appèl geneem en die hof se inmenging in die administrateur se besluite was een van die punte wat aandag geniet het.

Die appèlhof het aangevoer dat een van die grootste probleme met die hof *a quo* se bevel was dat dit die diskresie wat die *Corporations Act* aan die administrateur verleen het, weggeneem het.²³⁷ Die hof het die administrateur ontnem van die bevoegdheid om, met oorweging van al die relevante omstandighede, besluite te neem.²³⁸ Dit is juis die administrateur wat belangrike besluite soos dié oor werknemers moet neem, en nie die hof nie.²³⁹ Die diskresionêre magte is met 'n rede aan die administrateur verleen, aangesien die mag om besluite te neem waardevolle tyd en koste bespaar.²⁴⁰

Daar word aan die hand gedoen dat die hof slegs 'n oorsigtelike rol het ten aansien van die uitoefening van die administrateur se magte en verpligtinge.²⁴¹

3.3.3 OPLEIDING EN ERVARING

Ingevolge artikel 448B van die *Corporations Act* mag slegs geregistreerde likwidateurs as administrateurs aangestel word.²⁴²

Die rede hiervoor hou verband met die behoefte aan onafhanklike likwidateurs.²⁴³ Die aard van die administrasieprosedure is vrywillig, en om dus te verseker dat die maatskappy dit nie misbruik nie, is dit noodsaaklik dat die administrateur onafhanklik is en kan toesien dat administrasie slegs in gepaste omstandighede gebruik word.²⁴⁴ Die kwalifikasievereistes waaraan die likwidateur moet voldoen, is 'n drie jaar lange

²³⁶ *Patrick Stevedores Operations No 2 Pty Ltd v Maritime Union of Australia* (1998) 195 CLR 1: 3.

²³⁷ *Corporations Act* 50/2001. Sien *Patrick Stevedores Operations No 2 Pty Ltd v Maritime Union of Australia* (1998) 195 CLR 1: 40 par 53-54. "But it is a very different thing to fetter the discretion of the administrators (and of the creditors) in the exercise of the powers they possess under the *Corporations Law*. It is for the administrators and the creditors (including the majority creditors, the employees) to take decisions about continued trading."

²³⁸ *Patrick Stevedores Operations No 2 Pty Ltd v Maritime Union of Australia* (1998) 195 CLR 1: 41.

²³⁹ *Patrick Stevedores Operations No 2 Pty Ltd v Maritime Union of Australia* (1998) 195 CLR 1: 41. "Decisions of that kind are for the administrators to make, not the Court. They are to be made having regards to all the circumstances known at the time." Sien ook Dickfos en Anderson 2008:24.

²⁴⁰ Dickfos en Anderson 2008:24.

²⁴¹ Anderson 2004:246.

²⁴² *Corporations Act* 50/2001: art 448B; Glover en Duns 2001:138; Anderson 2004:242.

²⁴³ Anderson 2004:242.

²⁴⁴ Anderson 2004:242.

rekeningkundekursus sowel as 'n twee jaar lange kursus in kommersiële reg, ervaring van die likwidasië van maatskappye, die vermoë om die take van die likwidateur uit te oefen en, laastens, om 'n geskikte en gepaste persoon te wees.²⁴⁵ Myns insiens dui hierdie kwalifikasievereistes geensins op die vermoë om die redding van 'n maatskappy te fasiliteer nie. Dít hou natuurlik ook verband met die argument dat die aard van 'n likwidateur se werk nie gepas is vir die tipe take wat die administrateur moet doen nie.²⁴⁶ Die probleem is daarin geleë dat reddingspraktisyns 'n plig het om die maatskappy en sy besigheid in stand te hou en te probeer red. Daarteenoor is die likwidateur verplig om sake te beëindig en die maatskappy se bates so gou moontlik te verkoop.²⁴⁷ Die Australiese Insolvensiereghervormingswetsontwerp van 2013 toon egter 'n verandering in die benadering tot die kwalifikasievereistes en registrasie van likwidateurs en administrateurs, wat moontlik hierdie probleem kan oplos.²⁴⁸

Wat die opleiding en ervaring van die administrateur betref, benadruk die ARITA-kode die belang van 'n bevoegde administrateur. Administrasie is 'n ingewikkelde proses wat rekeningkunde, besigheid en die reg behels.²⁴⁹ Dit is dus baie belangrik dat die persoon wat as administrateur aangestel word oor die nodige vaardighede beskik om die kompleksiteite van die reddingsomstandighede te hanteer.²⁵⁰ Die Kommissie vir Handelspraktyke het reeds in 1992 te kenne gegee dat 'n goeie administrateur oor bestuursvaardighede, onderhandelingsvaardighede, regsvaardighede sowel as gesonde besigheidsoordeel behoort te beskik.²⁵¹

Die bevoegdheid van die administrateur is 'n belangrike hoeksteen vir die behoorlike uitvoering van die administrasieproses.²⁵² Alvorens 'n administrateur die aanstelling aanvaar, behoort hy seker te wees dat hy oor die nodige kundigheid en bevoegdheid beskik om die administrasie te behartig.²⁵³ Tog behoort hy nie net ten tyde van sy aanstelling bevoeg te wees nie, maar hy moet deurentyd sy kennis en

²⁴⁵ Dickfos 2014:26.

²⁴⁶ Lamprecht 2008:192; Kloppers 1999:424; Bradstreet 2010:207; Jacobs 2012b:207.

²⁴⁷ Jacobs 2012b:207.

²⁴⁸ Dickfos 2014:33.

²⁴⁹ ARITA 2014:8.

²⁵⁰ ARITA 2014:8.

²⁵¹ Dickfos 2014:33.

²⁵² ARITA 2014:64.

²⁵³ ARITA 2014:94.

vaardighede ontwikkel en handhaaf.²⁵⁴ Daarom bepaal beginsel 9 van die kode dat administrateurs hulle professionele bevoegdheid in insolvensiepraktyk moet handhaaf.²⁵⁵ Die handhawing van kennis en vaardighede kan aan die hand van voortgesette professionele ontwikkeling geskied.²⁵⁶ Dit beteken dat die administrateur deur die bywoning van seminare en werksinkels op hoogte kan bly van enige relevante tegniese, professionele en besigheidsontwikkelinge.²⁵⁷

Die kode laat ook die inwinning van spesialiskennis toe indien die administrateur van mening is dat die kennis van 'n deskundige vir die administrasieproses van waarde sal wees.²⁵⁸

3.3.4 GOEIE PRAKTYKBESTUUR

Goeie praktykbestuur geniet baie aandag in die ARITA-kode. Deur die invoeging van verskeie beginsels oor praktykbestuur, erken die kode dat dit 'n baie belangrike deel uitmaak van die doeltreffendheid en sukses van die administrasie of insolvensieproses.

Effektiewe kommunikasie, tydigheid en goeie rekordhouding word alles as elemente van goeie praktykbestuur beskou.

Ingevolge beginsel 4 van die kode moet die administrateur verseker dat alle korrespondensie, onder meer verslae, akkuraat is en dat dit nie enige vals of misleidende stellings bevat nie.²⁵⁹ Die administrateur behoort ook nie tegniese of hoogdrawende taal te gebruik nie.²⁶⁰ Hy behoort te besef dat die skuldeisers en ander rolspelers nie noodwendig gemaklik is met insolvensie of regsterminologie wat die administrateur dalk daagliks gebruik nie.²⁶¹ Indien die administrateur die nodige sorg aan die dag lê in sy kommunikasie met die rolspelers, sal dit hul vertrouwe in die

²⁵⁴ ARITA 2014:64.

²⁵⁵ ARITA 2014:64. "Members must maintain professional competency in the practice of insolvency."

²⁵⁶ ARITA 2014:64.

²⁵⁷ ARITA 2014:64.

²⁵⁸ ARITA 2014:64.

²⁵⁹ ARITA 2014:52-53.

²⁶⁰ ARITA 2014:52-53.

²⁶¹ ARITA 2014:53.

proses versterk, wat weer tot beter samewerking kan lei.²⁶² So byvoorbeeld kan tydige reaksies op skuldeisers se navrae vyandigheid help ontlont.²⁶³

Beginsel 5 van die kode verwag dat administrateurs hul verpligtinge op 'n tydige wyse sal uitvoer.²⁶⁴ As gevolg van die onmiddellike uitwerking van die maatskappy se administrasie op skuldeisers en ander rolspelers se regte en belange, moet die administrateur sy pligte ter beskerming van daardie belange so gou moontlik uitvoer.²⁶⁵ Dit is dus uiters belangrik dat die administrasieproses op 'n spoedige wyse bestuur word so ver dit kommersieel en prakties moontlik is.²⁶⁶ Deur tydig op te tree, kan die administrateur sekere risiko's verminder, koste bespaar en negatiewe emosies in verband met die proses beperk.²⁶⁷ Dit hou beslis verband met die uitoefening van die administrateur se magte en bevoegdhede in goeie trou en in belang van die maatskappy en die skuldeisers. Deur op 'n tydige wyse beheer oor die bestuur en die bates van die maatskappy te neem, kan die administrateur byvoorbeeld die risiko van die vervreemding van bates verminder.²⁶⁸

Die administrasieproses, en dus ook die take van die administrateur, gaan boonop dikwels gepaard met sperdatums en vasgestelde tydlyne vir gebeure. Indien die administrateur versuim om aan die sperdatums gehoor te gee, kan dit verskeie negatiewe gevolge hê. Hy sal moontlik om uitstel moet aansoek doen, wat beteken dat verdere onkoste aangegaan sal word.²⁶⁹ Die kode stel dit ook duidelik dat die administrateur moontlik persoonlik aanspreeklik gehou kan word indien hy nie by die voorgeskrewe spertye hou nie.²⁷⁰ 'n Verdere gevolg is dat die indruk by die rolspelers gewek kan word dat die administrateur nie bevoeg is om die administrasie te hanteer of die maatskappy te bestuur nie, wat hulle vertrouwe in die proses kan laat verloor.²⁷¹ Indien 'n administrateur om uitstel aansoek doen, sal sekere faktore oorweeg word om te bepaal of hy geregtig is op vergoeding vir dié aansoek. As die

²⁶² ARITA 2014:52. "Principle 4: Members must take care to communicate with affected parties in a manner that is accurate, honest, open, clear, succinct and timely in order to ensure their effective understanding of the processes, and their rights and obligations."

²⁶³ ARITA 2014:52-53.

²⁶⁴ ARITA 2014:56.

²⁶⁵ ARITA 2014:56.

²⁶⁶ ARITA 2014:56.

²⁶⁷ ARITA 2014:56.

²⁶⁸ ARITA 2014:56.

²⁶⁹ ARITA 2014:57.

²⁷⁰ ARITA 2014:57.

²⁷¹ ARITA 2014:57.

rede vir die aansoek om uitstel met die administrateur se eie nalatigheid verband hou, sal hy nie vergoeding kan eis nie.²⁷²

'n Verdere oorweging wat met goeie praktykbestuur verband hou, is die nakoming van vereistes en verpligtinge ingevolge die administrasieproses. In Australië word die administrasieproses streng gereguleer. Dit is derhalwe baie belangrik dat die administrateur die vereistes en verpligtinge ingevolge wetgewing, sy vertrouenspligte en die ARITA-kode nakom.²⁷³ Om dit te verseker, stel die kode voor dat die administrateur beleide en sisteme instel om hom hiermee te help.²⁷⁴ Nie-nakoming kan lei tot 'n gebrek aan vertroue in die administrasieproses sowel as in die administrateur.²⁷⁵ So 'n gebrek aan vertroue kan moontlik die hele reddingsproses kelder.

Die bestuur van die administrateur se praktyk hou beslis verband met die mate van sorg wat hy in die uitvoering van sy pligte aan die dag lê. Goeie praktykbestuur met effektiewe kommunikasie, goeie rekordhouding en die voldoening aan vereistes is dus 'n aanduiding dat die administrateur met die nodige sorg opgetree het.

3.3.5 VERGOEDING EN UITGAWES

*"Whatever the task, whether it be simple or difficult, an administrator is not expected to act gratuitously."*²⁷⁶

Die administrateur in administrasie is geregtig op vergoeding en het 'n verhaalsreg vir enige uitgawes wat hy redelikerwys aangaan.

Ingevolge artikel 449E kan die administrateur se vergoeding vasgestel word deur i) 'n ooreenkoms tussen die administrateur en die komitee van skuldeisers;²⁷⁷ ii) 'n besluit deur die skuldeisers van die maatskappy,²⁷⁸ of iii) indien daar geen

²⁷² ARITA 2014:57.

²⁷³ ARITA 2014:96.

²⁷⁴ ARITA 2014:96.

²⁷⁵ ARITA 2014:96.

²⁷⁶ *Re Korda; in the matter of Stockford Ltd* (2004) 140 FCR 424: 428.

²⁷⁷ *Corporations Act* 50/2001: art 449E(1)(a) en 449E(1A)(a).

²⁷⁸ *Corporations Act* 50/2001: art 449E(1)(b) en 449E(1A)(b).

ooreenkoms of besluit is nie, die hof.²⁷⁹ Die wet maak verder daarvoor voorsiening dat 'n belanghebbende persoon die hof kan nader om die vergoeding van die administrateur te heroorweeg.²⁸⁰ So byvoorbeeld kan 'n aandeelhouer of 'n skuldeiser die hof versoek om die vergoeding te verlaag, terwyl die administrateur self ook 'n aansoek kan bring om sy vergoeding te verhoog.²⁸¹ Dit is derhalwe duidelik dat die skuldeisers en aandeelhouders 'n groot rol te speel het in die vasstelling van die administrateur se vergoeding en dat hulle ook die mag het om dit te bevraagteken.

Volgens beginsel 10 van die ARITA-kode is die administrateur slegs geregtig op vergoeding vir noodsaaklike werk wat behoorlik verrig is.²⁸² Noodsaaklike werk beteken werk wat met die administrasie verband hou en wat in die uitvoering van die vereiste pligte en magte ingevolge die wet of die kode verrig is.²⁸³ Voorbeelde van noodsaaklike werk sluit in verslagdoening aan skuldeisers, 'n ondersoek na die optrede van direkteure, en die hersamestelling van finansiële state.²⁸⁴ Tog is die administrateur wel geregtig op vergoeding vir sy werk selfs al het die werk geen positiewe resultate opgelewer nie.²⁸⁵ Die resultate is nie van belang indien die administrateur kan bewys dat hy die nodige professionele oordeel aan die dag gelê het nie.²⁸⁶ Die toets van die redelike administrateur sal dus ook in hierdie verband 'n rol speel. Die kode vereis verder dat die werk behoorlik verrig moes wees. Indien die werk van 'n swak gehalte is en oorgedoen moet word, of nie behoorlik gedoen is nie, mag die administrateur nie vergoeding daarvoor eis nie.²⁸⁷ Indien die administrateur 'n vergadering van skuldeisers belê, maar nie aan die statutêre voorskrifte oor vergaderings gehoor gee nie, en die vergadering gevolglik nie kan plaasvind nie, mag hy nie daarvoor vergoed word nie.²⁸⁸ Hierdie bepaling in die kode beklemtoon die belang van die administrateur se plig tot sorg. Die administrateur kan moontlik sy vergoeding verbeur indien hy nie sy praktyk goed bestuur en toesien dat hy en sy personeel by die reëls van die administrasieproses hou nie.

²⁷⁹ *Corporations Act 50/2001*: art 449E(1)(c) en 449E(1A)(c).

²⁸⁰ *Corporations Act 50/2001*: art 449E(2).

²⁸¹ *Corporations Act 50/2001*: art 449E(2)(a)-(b).

²⁸² ARITA 2014:65; Dickfos 2014:38.

²⁸³ ARITA 2014:65.

²⁸⁴ ARITA 2014:65.

²⁸⁵ ARITA 2014:65.

²⁸⁶ ARITA 2014:65.

²⁸⁷ ARITA 2014:66.

²⁸⁸ ARITA 2014:66.

In dié verband vereis die kode dat daar behoorlik boekgehou word van al die administrateur se werk.²⁸⁹ Die tyd wat hy aan elke taak bestee, behoort ook noukeurig aangeteken te word.²⁹⁰

Ten einde die skuldeisers in 'n posisie te plaas om die gepaste vergoeding vir die administrateur te bepaal, vereis die wet dat die administrateur 'n verslag voorberei.²⁹¹ Die verslag moet die inligting weergee wat die skuldeisers in staat sal stel om 'n ingeligte besluit oor die vergoeding te neem. In die verslag moet die administrateur 'n opsomming verskaf van die groot take wat hy sal moet verrig en die koste wat met die uitvoering van die groot take verband hou.²⁹² Die administrateur is derhalwe verplig om hierdie verslag met die nodige goeie trou en sorg op te stel. Beginsel 11 van die kode bepaal dat hy die skuldeisers van voldoende betekenisvolle en duidelike inligting moet voorsien om hulle in staat te stel om te besluit of die vergoeding redelik is.²⁹³ Daarom mag hy ook nie oneerlik wees of onjuiste of misleidende inligting weergee nie. Indien wel, sal die goedkeuring van die vergoeding ongeldig wees.²⁹⁴

Die redelikheid van die administrateur se vergoeding kan van verskeie faktore afhang.²⁹⁵ Een daarvan is of die omvang van die werk wat die administrateur verrig het redelikerwys nodig was,²⁹⁶ met ander woorde of die administrateur meer werk gedoen het as wat die omstandighede van hom vereis het, en of hy dus vir onnodige werk vergoed wil word. Nóg 'n faktor wat die hof behoort te oorweeg, is die kwaliteit van die administrateur se werk,²⁹⁷ wat beslis verband hou met die sorg wat die administrateur aan die dag gelê het. Indien die administrateur met die aanvaarding van sy aanstelling as administrateur 'n groter risiko aanvaar het as wat gewoonlik die

²⁸⁹ ARITA 2014:66.

²⁹⁰ ARITA 2014:75.

²⁹¹ *Corporations Act 50/2001*: art 449E(5).

²⁹² *Corporations Act 50/2001*: art 449E(5).

²⁹³ Dickfos 2014:38. Sien ook ARITA 2014:75,90. "The information provided to creditors must be: Sufficient – be in enough detail for the purposes for which it is prepared and in the context of the work done in the Administration; Meaningful – be presented in a way that allows creditors to understand what was done and why it was done; Clear – use non-technical terms so that what is being claimed is readily understandable; Relevant – limited to what is needed; and Concise."

²⁹⁴ *Re Korda; in the matter of Stockford Ltd* (2004) 140 FCR 424.

²⁹⁵ *Corporations Act 50/2001*: art 449E(4).

²⁹⁶ *Corporations Act 50/2001*: art 449E(4)(a).

²⁹⁷ *Corporations Act 50/2001*: art 449E(4)(d).

geval sou wees, behoort dit beloon te word.²⁹⁸ Dit impliseer dat sekere administrateurs, weens die risiko's verbonde aan sekere administrasiegevalle, die administrasie van die hand wys. Indien die administrateur egter die aanstelling ten spyte van die risiko's aanvaar, behoort dit in sy guns te tel wat vergoeding betref.

Die kwessie van gebeurlikheidsfooie geniet ook aandag in die ARITA-kode. Volgens die kode moet die administrateur hom daarvan weerhou om vergoeding te eis op grond van sekere gebeurlikhede wat daartoe aanleiding kan gee dat 'n belangebotsing ontstaan of sy onafhanklikheid bevraagteken word.²⁹⁹ Hierdie stelling berus op die volgende beginsels: i) Geen addisionele vergoeding of aansporing behoort aangebied te word vir werk wat die administrateur buitendien moet verrig nie. ii) 'n Gebeurlikheidsfooistruktuur kan die administrateur se onafhanklikheid en objektiwiteit beïnvloed. iii) Die ooreenkoms oor gebeurlikheidsfooie mag nie strydig wees met die administrateur se vertrouensverpligtinge nie.³⁰⁰ Hierdie bepalinge in die kode stem ooreen met die argument dat 'n praktisyn wat in goeie trou en met die nodige sorg optree in ieder geval sal seker maak dat hy die take wat van hom verwag word so goed en vinnig moontlik afhandel, aangesien dit in sy troubegunstigdes se belang is.

Wat betref die uitgawes wat die administrateur in die uitvoer van sy verpligtinge aangaan, bepaal die kode dat hy slegs uitgawes mag verhaal indien die aangaan daarvan noodsaaklik en behoorlik was.³⁰¹ Die toets van die redelike persoon sal aangewend word om vas te stel of 'n redelike persoon met dieselfde mate van sorg en vaardigheid dieselfde uitgawes sou aangaan.³⁰² Sy professionele oordeel sal weereens hier 'n rol speel en sal derhalwe ook gemeet word aan die hand van die vereistes van die sakeoordeeltoets. Die aangaan van uitgawes is van groot belang, aangesien dit nie, soos vergoeding, onderworpe is aan die skuldeisers se goedkeuring nie. Dit is ook waarom daar 'n onderskeid tussen vergoeding en uitgawes getref behoort te word.³⁰³

²⁹⁸ *Corporations Act 50/2001*: art 449E(4)(g).

²⁹⁹ ARITA 2014:77.

³⁰⁰ ARITA 2014:77.

³⁰¹ ARITA 2014:69.

³⁰² ARITA 2014:69.

³⁰³ ARITA 2014:69.

Een van die mees omstrede uitgawes wat die administrateur kan aangaan, is professionele uitgawes. Dit kom voor wanneer die administrateur van eksterne professionele dienste gebruik maak.³⁰⁴ Sulke uitgawes kan soms groot wees, en omdat die skuldeisers dit nie eers goedkeur nie, kan dit vir die administrateur problematies wees om dié groot uitgawe te verduidelik. Indien daar egter aan die volgende twee vereistes voldoen word, behoort die aangaan van die uitgawe nie 'n probleem te wees nie. Die eerste vereiste is dat die uitgawe vir professionele dienste moet wees wat met spesifieke administrasietake verband hou. Tweedens moet die fooie behoorlik aangegaan word deur konsultante wat die administrateur aangestel het, maar wat onafhanklik van hom is.³⁰⁵

Dit is egter belangrik dat die administrateur die besluit om van die eksterne professionele dienste gebruik te maak, met die nodige mate van sorg hanteer. Dit impliseer dat hy gesonde professionele en besigheidsoordeel aan die dag moet lê. Die faktore wat hy in hierdie besluitnemingsproses behoort te oorweeg, is die kundigheid van die persoon, die kwaliteit van die werk wat hy verrig, die tyd wat met die aanstelling sal gepaardgaan, en of die fooi wat die persoon eis redelik en gepas is.³⁰⁶ Die kode vereis dat elke sodanige aanstelling aan die hand van die skuldeisers se belange en die administrateur se vertrouenspligte geskied.³⁰⁷

Die administrateur behoort noulettend rekord te hou van die redes vir sy besluit en die faktore wat hy oorweeg het. Alhoewel hy nie die skuldeisers se toestemming nodig het nie, is hulle daarop geregtig om ingelig te wees oor die uitgawe en die besluitnemingsproses ten einde dit beter te kan verstaan.³⁰⁸

³⁰⁴ ARITA 2014:73.

³⁰⁵ ARITA 2014:73.

³⁰⁶ ARITA 2014:73.

³⁰⁷ ARITA 2014:73. "Practitioners must assess each engagement of a professional service provider in terms of the interests of creditors and their fiduciary responsibilities."

³⁰⁸ ARITA 2014:73.

4. AANSPREEKLIKHEID

4.1 SUID-AFRIKA

Ingevolge artikel 140(3)(b) van die Wet het die praktisyn die verantwoordelikhede, pligte en aanspreeklikhede van 'n direkteur van die maatskappy, soos wat artikel 75 tot 77 dit uiteensit.³⁰⁹ Daarom moet die direkteure se aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van die plig tot sorg en vaardigheid ook ingevolge die relevante artikels van die Wet oorweeg en op die praktisyn toegepas word.

4.1.1 AANSPREEKLIKHEID INGEVOLGE HOOFSTUK 6 VAN DIE WET

Die bepalings in hoofstuk 6 oor die aanspreeklikheid van praktisyne in gevalle waar hulle hul plig tot sorg en vaardigheid versuim, is min.

Ingevolge artikel 140(3)(c)(ii) kan die praktisyn gedurende die maatskappy se ondernemingsreddingsverrigtinge ooreenkomstig enige relevante wetsbepaling aanspreeklik gehou word vir die gevolge van enige doen of late wat op growwe nalatigheid in die uitoefening van sy bevoegdheid en die uitvoering van sy funksies neerkom.³¹⁰ Dit blyk dus asof die Wet in hierdie artikel bepaal dat die praktisyn slegs aanspreeklik sal wees in gevalle van growwe nalatigheid.³¹¹

4.1.2 AANSPREEKLIKHEID INGEVOLGE ARTIKEL 75 TOT 77 VAN DIE WET

In die bespreking van die sakeoordeeltoets is reeds genoem dat die bepalings van artikel 76(4) gebruik sal word om die praktisyn se optrede te hersien by die vraag na sy behoorlike nakoming van sy plig tot sorg en vaardigheid.³¹² Indien die praktisyn egter nie aan die vereistes van die sakeoordeeltoets voldoen nie, word daar aanvaar dat hy nie met die nodige mate van sorg en vaardigheid opgetree het nie, en kan hy op grond van pligsversuim aanspreeklik gehou word. Die toets van die redelike

³⁰⁹ 71/2008: art 140(3)(b).

³¹⁰ 71/2008: art 140(3)(c)(ii).

³¹¹ *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015): 38. "In this case, the practitioner's grossly improper conduct was deliberate; he should therefore pay the appellant's costs..."

³¹² 71/2008: art 76(4).

praktisyn tesame met die sakeoordeeltoets kan derhalwe tot die aanspreeklikheid van die praktisyn lei.

Aanspreeklikheid vir versuim van die plig tot nodige sorg en vaardigheid word ingevolge artikel 77(2)(b) van die Wet gereguleer. Hierdie artikel bepaal dat 'n *ondernemingsreddingspraktisyn* van 'n maatskappy aanspreeklik gehou sal kan word in ooreenstemming met die gemeenregtelike beginsels van delik vir enige verlies of skade wat die maatskappy ly of koste wat die maatskappy aangaan as gevolg van enige versuim deur die *ondernemingsreddingspraktisyn* om sy plig tot sorg en vaardigheid na te kom.³¹³ Dit impliseer dat die gemeenregtelike reëls oor aanspreeklikheid vir nalatigheid hier van toepassing sal wees. In hierdie verband word daar derhalwe gelet op die beginsels van die deliktereg. Om met 'n deliktuele aksie teen die praktisyn te slaag, sal die elemente van 'n delik bewys moet word.³¹⁴ Dieselfde beginsels wat vir direkteure se deliktuele aanspreeklikheid ontwikkel en toegepas is, sal sonder veel aanpassing op die praktisyn toegepas kan word.

Indien 'n direkteur ingevolge artikel 77(2)(b) vir 'n pligsversuim op grond van artikel 77(3)(c) aangespreek word, sal die maatskappy so 'n aksie moet instel, aangesien die direkteur hierdie verpligtinge aan die maatskappy verskuldig is.³¹⁵ In die geval van die praktisyn, sal enige geaffekteerde persoon daarop geregtig wees om 'n aksie vir 'n gebrek aan sorg en vaardigheid teen hom in te stel, aangesien die praktisyn sy vertrouenspligtinge aan al hierdie persone verskuldig is. So 'n interpretasie van hierdie artikel stem ooreen met die bepalings van hoofstuk 6 van die Wet.

Selfs in gevalle waar daar bevind word dat die praktisyn nie sy verpligtinge nagekom het nie, kan hy aanspreeklikheid kwytskeld word. Soos in die geval van versuim van die plig tot goeie trou, is die bepalings van artikel 77(9)(a) van die Wet ook hiër

³¹³ 71/2008: art 77(2)(b)(i).

³¹⁴ Naudé 1970:161-166. Sien ook Kennedy-Good en Coetzee 2006b:281-283. "The first of these is that of conduct, which may be in the form of a positive act or an omission. The second requirement, wrongfulness, entails that an act is unlawful if it is done in breach of a legal duty and results in infringement of another individual's interests. Wrongfulness consists of a twofold investigation. Firstly, it must be established that an interest has been infringed. Secondly, it must be determined whether such prejudice occurred in an unreasonable manner taking into account the *boni mores* of the community ... The third delictual requirement is fault ... Causation, which comprises factual and legal causation, is the fourth requirement that must be present ... The last requirement is that of damage, which is the diminution, as a result of a damage-causing event, in the utility of a patrimonial or personal interest."

³¹⁵ 71/2008: art 76(3)(c),77(2)(b)(i); Cassim *et al.* 2012:584.

ter sprake.³¹⁶ Hierdie artikel bepaal dat die hof in enige verrigtinge teen 'n *ondernemingsreddingspraktisyn*, buiten vir opsetlike wangedrag of opsetlike vertrouensbreuk, sodanige *ondernemingsreddingspraktisyn* hetsy ten volle of gedeeltelik kan vrystel van enige aanspreeklikheid wat in hierdie artikel uiteengesit word, op enige voorwaardes wat die hof as regverdig beskou, indien dit vir die hof lyk of die *ondernemingsreddingspraktisyn* aanspreeklik is of kan wees, maar eerlik en redelik opgetree het.³¹⁷ As alternatief, kan die hof met inagneming van al die omstandighede van die saak, ook dié wat met die aanstelling van die *ondernemingsreddingspraktisyn* verband hou, dit as billik beskou om die *ondernemingsreddingspraktisyn* te verskoon.³¹⁸ Daarom is eerlikheid en redelikheid die twee vereistes wat hier van belang is om met artikel 77(9)(a) te slaag.

Hierdie studie het al vroeër na die subjektiwiteit van eerlikheid verwys.³¹⁹ Nietemin sal dit belangrik wees dat die praktisyn die hof probeer oortuig dat hy nie bedrieglik opgetree het nie. In die saak van *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* is bevind dat die vereiste van "eerlikheid" inhou dat die hof nie die direkteur van bedrieglike handeling kan verskoon nie.³²⁰ Hierdie beginsel sal ook op die praktisyn van toepassing wees. Indien getuienis dus daarop dui dat die praktisyn misleidend en bedrieglik met betrekking tot 'n spesifieke saak opgetree het, sal hy hom nie tot hierdie artikel kan wend nie. Aangesien die tweede vereiste vir kwytskelding ingevolge artikel 77(9)(a) "redelikheid" is,³²¹ ontstaan die vraag of die praktisyn steeds op die artikel kan staatmaak indien hy nalatig opgetree het. Nalatigheid word immers aan die hand van 'n redelikeheidsmaatstaf gemeet. In die Engelse saak van *PNC Telecom plc v Thomas* is bevind dat 'n direkteur redelik kon optree selfs waar hy nalatig opgetree het.³²² In hierdie saak het die direkteur, sonder om bedrieglik op te tree, hom in 'n posisie geplaas waar sy pligte en belange in stryd was met die maatskappy s'n.³²³ Hy is ingevolge die toets vir nalatigheid skuldig bevind aan pligsversuim omdat hy nie opgetree het soos wat redelikerwys van iemand in sy

³¹⁶ 71/2008: art 77(9).

³¹⁷ 71/2008: art 77(9)(a); Henochsberg 2014:304.

³¹⁸ 71/2008: art 77(9)(b).

³¹⁹ Sien par 3.1.1, hfst 3.

³²⁰ *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 (3) SA 71 (T) 107; Henochsberg 2014:305; Kennedy-Good en Coetzee 2006b:284; Cassidy 2009:380; Cassim *et al.* 2012: 579.

³²¹ 71/2008: art 77(9)(a).

³²² *PNC Telecom plc v Thomas* [2008] BCLC 95 (ChD).

³²³ *PNC Telecom plc v Thomas* [2008] BCLC 95 (ChD); Cassim *et al.* 2012:579-580.

posisie vermag kon word nie.³²⁴ Myns insiens is sodanige benadering absurd. Dit is onlogies om te bevind dat 'n persoon op grond van 'n redelikheidstoets sy plig versuim het, maar om hom dan op grond van dieselfde toets aanspreeklikheid vir die versuim kwyt te skeld. Indien die praktisyn dus nalatig opgetree het, behoort hy, ten spyte van sy eerlikheid, nie aan hierdie bepaling te kan voldoen nie.

Hierdie bepaling en die strekking daarvan bly egter onduidelik en verg diepgaande ondersoek na die invloed daarvan op die aanspreeklikheid van direkteure en dus ook praktisyns.

Artikel 77(9)(b) handel oor kwytstelling in gevalle waar die hof uit die omstandighede bepaal dat dit billik is om die persoon aanspreeklikheid kwyt te skeld.³²⁵ Daar bestaan ook nie duidelikheid oor watter faktore hiertoe sal lei nie. Subartikel (b) sal egter wel toegepas kan word in gevalle van nalatige optrede deur die praktisyn.³²⁶ Die omstandighede en die oorwegings hiervoor behoort uitsonderlik en buitengewoon te wees om 'n kwytstelling te bewerkstellig. Tog is dit moeilik om sulke omstandighede te voorsien, en die hof sal dus die omstandighede en die billikheid daarvan van saak tot saak moet vasstel.

4.1.3 KONFLIK TUSSEN BEPALINGS VAN HOOFSTUK 6 EN ARTIKEL 76 EN 77

Daar bestaan dus duidelik konflik tussen die bepalings oor aanspreeklikheid in hoofstuk 6 en die bepalings in artikel 76 en 77 van die Wet. Ingevolge hoofstuk 6 van die Wet sal die praktisyn slegs aanspreeklik gehou kan word indien hy growwe nalatigheid openbaar.³²⁷ Ingevolge die bepalings van artikel 76 en 77 sal 'n praktisyn slegs vir nalatigheid aanspreeklik gehou kan word.³²⁸ Dit blyk dus dat die praktisyn aan twee verskillende standaarde van sorg gemeet sal word.

Daar word aan die hand gedoen dat dit die bedoeling van die wetgewer was om die standaard in hoofstuk 6 te laat geld. Dit beteken dat die praktisyn se aanspreeklikheid vir nalatige optrede aan die hand van die bepalings oor

³²⁴ *PNC Telecom plc v Thomas* [2008] BCLC 95 (ChD); Cassim *et al.* 2012:579-580.

³²⁵ 71/2008: art 77(9)(b).

³²⁶ Cassidy 2009:380.

³²⁷ 71/2008: art 140(3)(c)(ii).

³²⁸ 71/2008: art 76, 77.

ondernemingsreddingsverrigtinge in die Wet bepaal sal word, en nie volgens die bepalings in artikel 76 en 77 nie. Dit bring ook mee dat die standaard van optrede wat van die praktisyn verwag word, laer is as wat van direkteure verwag word.

Die verskil in betekenis tussen nalatigheid en growwe nalatigheid is in die saak van *Fisheries Development Corporation of SA Ltd* oorweeg.³²⁹ Daar is hier uitgelig dat growwe nalatigheid na iets meer as gewone nalatigheid verwys en dat die begrip inderwaarheid aan roekeloosheid gelykgestel kan word.³³⁰ In die saak word dit gestel dat roekeloosheid iets tussen gewone nalatigheid en oneerlikheid is.³³¹ By die oorweging van 'n persoon se optrede om vas te stel of dit roekeloos of grof nalatig was, sal al die omstandighede sowel as al die redelike faktore van die persoon se optrede in aanmerking geneem moet word. Hierdie elemente sal telkens verskil, en dus kan daar nie 'n standaardmaatstaf vir growwe nalatigheid vasgestel word nie en sal dit ook van saak tot saak bepaal moet word.³³²

Die praktisyn van die maatskappy in nood sal derhalwe eers roekeloos moet wees alvorens hy aanspreeklik gehou sal kan word vir die nie-nakoming van sy plig tot sorg en vaardigheid. Indien die omstandighede van die maatskappy oorweeg word, naamlik dat die maatskappy reeds in finansiële nood verkeer en daar 'n risiko van ondergang bestaan, en dat verskeie belanghebbendes se belange benadeel kan word, maak dit nie sin om die praktisyn inderwaarheid van nalatigheid te verskoon nie. Intendeel, daar behoort eerder 'n hoër as 'n laer standaard van optrede van die praktisyn verwag te word as dié van die direkteur. Soos reeds hierbo genoem is, behoort die toets van die redelike praktisyn aangewend te word om nalatigheid te bepaal.³³³ Bradstreet voer tereg aan dat indien die praktisyn aan 'n laer maatstaf

³²⁹ *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 (4) SA 156 (W).

³³⁰ *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 (4) SA 156 (W): 169.

³³¹ *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 (4) SA 156 (W): 170. "... recklessness is a concept to be placed somewhere between mere carelessness and dishonesty".

³³² *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 (4) SA 156 (W): 170.

³³³ Sien par 3.1.1 hierbo. Bradstreet 2010:209.

gemeet word, dit tot die onnodige aangaan van risiko's in die reddingsverrigtinge kan lei.³³⁴

Die UNCITRAL-gids kan in dié verband van hulp wees:

*"One approach may be to require the insolvency representative to observe a standard no more stringent than would be expected to apply to the debtor in undertaking its normal business activities in a state of solvency, that of a prudent person in that position. Some States, however, may require a higher standard of prudence in such a case because the insolvency representative is not dealing with its own assets, but with assets belonging to another person. A different formulation is one based upon an expectation that the insolvency representative act in good faith for proper purposes."*³³⁵

Hieruit kan afgelei word dat die gids minstens 'n standaard soortgelyk aan dié van die direkteure van die maatskappy verwag, maar dat daar wel 'n voorkeur bestaan vir 'n standaard van optrede wat strenger is as dié van die direkteure. Om dus met die internasionale beginsels op die gebied te strook, word daar voorgestel dat die Wet gewysig word om te bepaal dat die praktisyn se optrede gemeet sal word aan die hand van die optrede wat redelikerwys verwag sou kon word van iemand in dieselfde hoedanigheid en in dieselfde omstandighede, met inagneming van daardie spesifieke praktisyn se kwalifikasies en ervaring.

4.2 VERENIGDE KONINKRYK

Die standaard waarvolgens die administrateur se optrede gemeet sal word om aanspreeklikheid te bepaal, is dié van 'n redelike administrateur in dieselfde omstandighede. Ingevolge paragraaf 74(4) het die hof wye diskresie in dié verband en kan gelas dat die administrateur op 'n sekere wyse optree of hom van optrede weerhou.³³⁶ Die hof kan ook die administrateur se optrede reguleer of hom uit sy

³³⁴ Bradstreet 2010:209. "It is submitted that, although the standard applied to directors is probably high enough, there does not seem to be any reason to have a threshold as high as gross negligence for any conduct falling outside that associated with the functions of a director. A lower threshold would remove any temptation on the part of the business rescue practitioner to take a 'cowboy' approach to rescuing a business in any area where he may not be subject to the restrictions placed on directors - perhaps the benchmark should be the ordinary, skilled insolvency practitioner."

³³⁵ UNCITRAL 2005:184 item 61.

³³⁶ *Insolvency Act 1986*: bylae B1 par 74(4)(b), soos gewysig deur die *Enterprise Act 2002*.

amp verwyder,³³⁷ sowel as enige ander bevel maak wat die hof as redelik en billik beskou.

4.3 AUSTRALIË

Soortgelyk aan die posisie in die Verenigde Koninkryk, word die standaard van die administrateur se optrede gemeet aan die hand van 'n redelike administrateur in dieselfde omstandighede. Die *Corporations Act* bevat egter aanspreeklikheidsklousules wat handel oor die nie-nakoming van die plig tot sorg en vaardigheid, wat op die administrateur van toepassing sal wees.³³⁸ Hierdie bepalings verwys spesifiek na sivielregtelike aanspreeklikheid wat die administrateur dalk by pligsversuim kan opdoen.

5. GEVOLGTREKKING EN SAMEVATTING

In hierdie hoofstuk is daar ondersoek ingestel na die praktisyn se verpligting tot sorg en vaardigheid gedurende die reddingsverrigtinge van die maatskappy in nood. Daar is veral oorweeg hoe die beginsels van die direkteur se plig tot sorg en vaardigheid op praktisyns toegepas kan word, gedagtig aan die noodomstandighede van die maatskappy. Aangesien die plig tot sorg en vaardigheid met noulettendheid, kwalifikasies, ervaring en bevoegdheid verband hou, is hierdie eienskappe van die praktisyn ook geanaliseer.

Soos reeds vroeër genoem is, behoort die plig tot sorg en vaardigheid nie werklik onder vertrouenspligte ingedeel te word nie, maar dit is duidelik dat daar 'n redelike mate van oorvleueling tussen die trouplig en die plig tot sorg en vaardigheid bestaan. Alhoewel dit dus in Suid-Afrika geykte reg is dat die plig tot sorg en vaardigheid nie 'n vertrouensplig is nie, maar eerder op deliktuele grondslae berus, het die wetgewer in die Maatskappywet 71 van 2008 geen sodanige onderskeid in die bepalings oor die direkteur se verpligtinge in artikel 75 tot 77, en spesifiek artikel 76, getref nie.

³³⁷ *Insolvency Act* 1986: bylae B1 par 74(4)(a),(d), soos gewysig deur die *Enterprise Act* 2002.

³³⁸ *Corporations Act* 50/2001: art 180.

Daarom word die plig tot sorg en vaardigheid wel onder die praktisyn se vertrouenspligte bespreek.

By die oorweging van 'n persoon se plig tot sorg en vaardigheid speel die toets vir nalatigheid, naamlik die toets van die redelike persoon, 'n belangrike rol. In hierdie hoofstuk word daar egter tot die gevolgtrekking gekom dat die toets in die geval van die praktisyn aangepas sal moet word. Dit is byvoorbeeld belangrik om in gedagte te hou dat die praktisyn in noodomstandighede funksioneer, wat 'n uitwerking op sy besluite en sy optrede sal hê. Derhalwe behoort hierdie omstandighede in gedagte gehou te word by die oorweging van die praktisyn se nakoming van die plig tot sorg en vaardigheid.

Die bepalings in artikel 76(3)(c) is oorweeg en die objektiewe sowel as subjektiewe aard van die maatstaf vir die oorweging van die praktisyn se optrede is ontleed. Daar is ook opgemerk dat die maatstaf in die Verenigde Koninkryk sowel as Australië ook 'n objektiewe en subjektiewe element bevat. Artikel 76(3)(c)(i) bepaal dat die praktisyn se optrede gemeet sal word aan die hand van die sorg, vaardigheid en noulettendheid wat redelikerwys van iemand met dieselfde funksies verwag kan word. Sou 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede dus dieselfde opgetree het? Indien die maatstaf 'n redelike praktisyn is, beteken dit dat daar 'n hoër standaard van optrede van 'n praktisyn as van slegs 'n redelike persoon verwag word. Alhoewel daar nie enige spesiale kennis of kundigheid van 'n maatskappy se direkteure verwag word nie, word die praktisyn van 'n maatskappy juis aangestel weens sy kundigheid en ervaring met betrekking tot herstrukturering of redding. Die praktisyn wat aangestel word om die maatskappy se redding te bewerkstellig, sal moontlik as 'n herstruktureringkundige beskou kan word vanweë sy ervaring en opleiding. Indien die persoon dus 'n kundige is, sal hy gemeet word aan die hand van 'n redelike deskundige. Aangesien die praktisyns ingevolge die regulasies egter verskillende grade van ervaring en opleiding kan hê, sal die subjektiewe elemente van die toets van belang wees, wat dan ook ingevolge artikel 76(3)(c)(ii) op die praktisyn toegepas word. In hierdie geval word die praktisyn se optrede aan die hand van 'n praktisyn met dieselfde vlak van kennis en ervaring gemeet. Dit impliseer noodwendig dat daar 'n vooroordeel ten gunste van onervare troupligtiges geskep word, terwyl die toets méér van 'n ervare troupligtige vereis. In die geval van die praktisyn, beteken dit dat die senior of ervare praktisyn, aldus regulasie 127

ingevolge die Wet, aan 'n hoër standaard van optrede as die junior praktisyn onderworpe sal wees. In dié verband blyk dit geregverdig te wees om meer van 'n ervare praktisyn as 'n junior praktisyn te verwag. Die invoeging van die subjektiewe element is dus nodig om die beginsels van billikheid en regverdigheid by die toets in te sluit.

Die Wet bepaal dus dat die objektiewe sowel as die subjektiewe maatstaf gebruik sal word om die praktisyn se optrede te meet. Watter maatstaf moet egter in watter omstandighede toegepas word? Die objektiewe maatstaf bly myns insiens die belangrikste, maar is te streng, omdat dit geen unieke eienskappe of omstandighede in ag neem nie. Daarom word die objektiewe maatstaf as eerste toets en die subjektiewe maatstaf as tweede toets toegepas. Die implikasie hiervan vir die praktisyn is: i) Het hy in sy optrede dieselfde mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid aan die dag gelê as wat 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede sou doen? ii) Verorsaak sy persoonlike eienskappe en kwalifikasies dat hy aan die hand van 'n hoër standaard as slegs die redelike praktisyn gemeet moet word?

Die sakeoordeeltoets sal ook van belang wees wanneer die optrede van die praktisyn en enige vraag na die behoorlike uitoefening van sy plig tot sorg en vaardigheid oorweeg word. Dié toets is bedoel as 'n metode om besluite te hersien en probeer voorkom dat die howe, sonder enige besigheidskennis en met die voordeel van nakennis, praktisyns se besluite in twyfel trek. Die praktisyn het dus sy plig tot sorg en vaardigheid nagekom indien hy aan die vereistes van die sakeoordeeltoets voldoen het. Die belang van die sakeoordeeltoets is dat dit die heersende omstandighede van die maatskappy in nood én die praktisyn ten tyde van die besluit in ag neem wanneer daar oorweeg word of hy sy verpligtinge nagekom het of nie. Die argument dat die hof, soos in die geval van die direkteur, nie sommer met besluite moet inmeng nie, geld ook hier. Tog, aangesien die praktisyn op geen ander wyse gereguleer word nie, is dit nodig dat belanghebbende partye hulle tot die howe moet kan wend om die praktisyn se besluite te heroorweeg. In Suid-Afrika, soos in die Verenigde Koninkryk, is die praktisyn ook 'n beampte van die hof en maak dit dus ook in dié verband sin dat die howe sy optrede kan hersien. Die praktisyn word egter om 'n rede met wye diskresie bekleed, naamlik omdat besluitnemingsmagte waardevolle tyd en koste bespaar. Selfs in gevalle waar die

praktisyn die hof om leiding nader, impliseer dit nie dat die hof die praktisyn se diskresie aan bande kan lê nie. Dié benadering stem ooreen met die Australiese regsbeginsels op hierdie gebied.

Dit het duidelik uit die bespreking en ontleding van die maatstaf vir sorgsaamheid geblyk dat die praktisyn se kwalifikasies, vaardighede en ervaring 'n groot rol speel. Daarom was die kwalifikasies van persone wat as reddingspraktisyns aangestel kan word, sowel as die vereistes waaraan hulle moet voldoen, al voor die inwerkingtreding van die Wet 'n belangrike en omstrede besprekingspunt. Die Maatskappywet 61 van 1973 het nie juis enige bepalinge bevat oor die kwalifikasievereistes van die persone wat as geregtelike bestuurders aangestel kon word nie. Die Maatskappywet 71 van 2008 plaas egter baie klem op praktisyns se kwalifikasies, vaardighede en ervaring. Dit blyk duidelik uit die bepalinge van hoofstuk 6 en die regulasies ingevolge die Wet.

Alhoewel die kwalifikasievereistes in die Wet op die belang van kennis van die reg, besigheid en rekeningkunde dui, behels die vereiste vaardighede en vermoëns om die redding te kan fasiliteer méér as slegs kennis op hierdie drie velde. Hierdie vaardighede en vermoëns behels goeie bestuursvaardighede, kennis van redding, insig en gesonde besigheidsoordeel, en die vermoë om effektief te kommunikeer en te onderhandel. Dit stem ook ooreen met afgeleide vaardighede wat in Australië as belangrik beskou word. Die bespreking van die afgeleide bevoegdhede toon duidelik dat die vereiste vermoëns van die praktisyn nie werklik in die Wet of die regulasies aangeroer word nie. Dit beteken dat iemand wat vir die eerste keer as reddingspraktisyn aangestel word, nie sal weet wat van hom verwag word of sal kan beoordeel of hy bevoeg is om die redding te behartig nie. Dit lei ook tot 'n ander belangrike oorweging, naamlik dat die praktisyn nie 'n aanstelling as praktisyn behoort te aanvaar indien hy nie oor die nodige kennis en vaardighede beskik wat die redding van hom sal vereis nie. Indien hy nie kan beoordeel of hy oor die bevoegdheid beskik nie, kan dit onnodige vermorsing van tyd en geld veroorsaak om hom later as praktisyn te verwyder. Opleiding vir praktisyns om hierdie praktiese eienskappe te ontwikkel, behoort as deel van die lisensiëringsproses oorweeg te word.

'n Praktisyn wat met die nodige sorg en vaardigheid optree, sal ook sy vlak van professionele kennis en vaardigheid handhaaf om te verseker dat sy troubegunstigdes bekwame diens ontvang. Die handhawing van professionele bevoegdheid behels 'n deurlopende bewustheid en begrip van alle relevante tegniese, professionele en besigheidsverwikkelinge en stel die praktisyn in staat om sy vermoëns binne die professionele omgewing te ontwikkel en te handhaaf. Die handhawing van professionele vaardighede tree ook duidelik na vore in die etiese kodes van die Verenigde Koninkryk en Australië, waar die belang van voortgesette professionele ontwikkeling heelwat aandag geniet.

Die Wet lê verder baie klem op die waarde van ervaring by die praktisyn. In hierdie verband deel die regulasies ingevolge die Wet die praktisyns volgens hulle ervaring in groepe in. Die wetgewer het dus besef dat die ervaring van 'n spesifieke praktisyn hom meer geskik vir sekere aanstellings kan maak. So byvoorbeeld sal daar nie van 'n junior en onervare praktisyn verwag word om die redding van 'n groot maatskappy te bewerkstellig nie.

Daar word ook aan die hand gedoen dat goeie praktykbestuur met die praktisyn se vertrouenspligte verband hou. Die praktisyn wat in goeie trou en met sorg optree, sal altyd professioneel optree in sy doen en late met die sake en rolspelers van die maatskappy in nood. Goeie praktykbestuur behels dat die administrasie van die praktisyn so moet geskied dat dit hom in staat stel en help om sy verpligtinge, onder meer sy vertrouenspligte, effektief na te kom. In Australië word die doeltreffendheid van die reddingsproses direk verbind aan die sorgvuldige en noulettende bestuur van die administrateur se praktyk. Om byvoorbeeld sorgvuldig van tydlyne en sperdatums boek te hou, sal die praktisyn help verseker dat die redding nie lank uitgerek word nie. Indien hy ook by die voorgeskrewe sperdatums hou, sal dit die geaffekteerde persone se vertroue in die proses en sy vermoëns versterk, en negatiewe emosies in verband met die proses beperk. Die moontlike negatiewe gevolge van versuim om by die sperdatums te hou is legio. In Australië kan 'n administrateur persoonlik aanspreeklik gehou word indien hy nie by die voorgeskrewe spertye hou nie. In dié verband word daar aanbeveel dat die regulerende liggaam maatreëls instel om dít te voorkom. Boetes kan moontlik 'n sinvolle oplossing wees om traagheid te ontmoedig.

Sorgvuldige rekord- en boekhouding is van groot belang. Dokumente wat met die maatskappy of die eise en besonderhede van geaffekteerde persone verband hou, behoort behoorlik geliasseer te word. Aangesien die heersende omstandighede en inligting tot beskikking van die praktisyn 'n rol speel in of hy sy plig tot sorg behoorlik nagekom het of nie, is dit baie belangrik dat hy rekord hou van alle feite en faktore wat hy in enige besluit in ag neem. Dit kan hom goed te pas kom indien die hof ooit die sakeoordeeltoets op sy besluite moet toepas. Sorgvuldige boekhouding van inkomste en uitgawes is van ewe veel waarde, aangesien dit die deursigtigheid van die proses kan bevorder. Vir vergoedingsdoeleindes behoort die praktisyn sorgvuldig boek te hou van die tyd wat hy aan die redding bestee.

Dit is belangrik dat die praktisyn altyd tydig en openlik op enige korrespondensie van geaffekteerde persone reageer, en aan hulle akkurate inligting voorsien. Indien die geaffekteerde persone voel dat die praktisyn hul navrae en probleme flink hanteer, sal dit ook hulle vertroue in die reddingsproses versterk. Die bestuur van die praktisyn se praktyk lewer beslis 'n bydrae tot die doeltreffendheid van die reddingsproses en kan derhalwe ook groter sukses help verseker.

Indien die praktisyn werklik in die beste belange van die troubegunstigdes en met die nodige sorg optree, sal dit weerspieël word in die vergoeding wat hy eis. Die praktisyn moet dus eerlik en sorgvuldig wees in hoe hy faktureer. Die praktisyn se vergoeding word deur die regulasies ingevolge die Wet vasgestel. Dit is belangrik om in gedagte te hou dat praktisyne ingewikkelde take moet verrig en dikwels self 'n risiko neem deur die aanstelling as praktisyn te aanvaar. Daarom is 'n praktisyn geregtig op vergoeding wat dié ingewikkeldheid en risiko's uitbalanseer. Ten spyte hiervan, behoort die praktisyn egter steeds sorgvuldig boek te hou van die tyd wat hy werklik aan die redding bestee en moet dus eerder uurliks as daagliks eis. Die gehalte van die praktisyn se werk behoort 'n rol te speel in die vergoeding wat hy eis. Indien die praktisyn weens sy eie sorgeloosheid of gebrek aan noulettendheid werk moet herhaal, kan hy nie vir daardie tyd vergoeding eis nie.

Bo en behalwe die bepalings in die regulasies, maak die Wet voorsiening vir die aangaan van 'n ooreenkoms tussen die praktisyn en die maatskappy om verdere vergoeding in verband met sekere gebeurlikhede te verkry. Dié gebeurlikhede hou verband met die aanvaarding van 'n ondernemingsreddingsplan binne 'n bepaalde

tyd en die bereiking van enige moontlike resultaat met betrekking tot die reddingsproses. Die praktisyn se vertrouenspligte vereis egter reeds van hom om hierdie take so spoedig en goed moontlik te verrig, waaroor hy ook reeds vergoed word. Gebeurlikheidsfooie vergoed die praktisyn dus vir optrede wat buitendien van hom verwag word – 'n siening wat die Australiese kode ook beaam. In die reël behoort daar derhalwe nie addisionele vergoeding aan die praktisyn betaal te word nie, hoewel hy moontlik in werklik uitsonderlike omstandighede 'n insentief kan ontvang. In Australië word 'n gebeurlikheidsfooistruktuur veroordeel, aangesien dit tot moontlike belangebotsings en 'n gebrek aan onafhanklikheid by die administrateur kan lei.

Ten spyte daarvan dat die praktisyn op vergoeding geregtig is, bly dit 'n omstrede aangeleentheid. Sommige reken dat die koste verbonde aan die reddingsproses buitensporig is, gedagtig aan die finansiële posisie van die maatskappy en veral in die lig daarvan dat die praktisyn se rekening nie aan taksasie deur die hof onderworpe is nie. Daar is tans geen onafhanklike beheer oor die koste van ondernemingsredding nie, omdat daar nie voorsiening gemaak word vir die taksasie van die praktisyn se fooie, koste en uitgawes nie. In dié verband word wysigings aan die Wet aanbeveel. Daar bestaan geen rede waarom die praktisyn se rekening nie aan taksasie deur die Meester onderwerp kan word nie. 'n Alternatief sal wees om, soos in Australië, te bepaal dat die praktisyn se vergoeding by wyse van 'n ooreenkoms tussen hom en die geaffekteerde persone vasgestel kan word. Sodoende word die persone wat gewoonlik die meeste kommer oor die praktisyn se vergoeding uitspreek, by die bepaling daarvan betrek. Hiervoor kan daar van die praktisyn verwag word om 'n voorlegging te maak oor die take wat hy voorsien, en die ingewikkeldheid daarvan.

Benewens vergoeding, is die praktisyn ook geregtig op terugbetaling van uitgawes wat hy aangegaan het. Dit is egter onderworpe daaraan dat die uitgawes redelikerwys noodsaaklik was om sy verpligtinge na te kom en om die maatskappy se reddingsverrigtinge te fasiliteer. Een van die meer omstrede uitgawes wat die praktisyn kan aangaan, is die aanstelling van professionele persone om hom as adviseurs of deskundiges van hulp te voorsien. Hierdie uitgawe sal ook aan die hand van die genoemde vereiste gemeet word, naamlik of dit redelikerwys noodsaaklik was om sy verpligtinge as praktisyn na te kom. Onlangse regspraak het aangevoer

dat dit 'n feitevraag is wat na gelang van die omstandighede van elke saak oorweeg behoort te word, met inagneming van sekere faktore, soos die grootte van die maatskappy, die funksionaliteit van die maatskappy se bestuur, die akkuraatheid van finansiële en rekeningkundige inligting, en die graad van ingewikkeldheid van die praktisyn se taak. Wat hierdie tipe uitgawe problematies maak, is dat dit gewoonlik groot is en nie deur die geaffekteerde persone goedgekeur word nie. By die oorweging van die aangaan van hierdie uitgawe is dit belangrik dat die praktisyn sy besluit neem met sy vertrouenspligte en die geaffekteerde persone se belange in gedagte. Alle relevante faktore moes in aanmerking geneem gewees het om tot die besluit te kom. Die praktisyn moet dus volledige besonderhede van die probleme wat hy gedurende sy ondersoek teëkom, en die behoefte aan deskundige advies, in die ondernemingsreddingsplan vermeld. So 'n benadering tot die aanstelling van adviseurs sal die geaffekteerde persone 'n geleentheid bied om ook oor die aangeleentheid ingelig te word en maak die proses en die rol van die praktisyn meer betroubaar en deursigtig. Die deskundiges wat hy aanstel, moet egter aan die nodige professionele en etiese standaarde voldoen. Dit beteken dat hulle oor die nodige kwalifikasies en vaardighede moet beskik en onafhanklik van die praktisyn, maatskappy en die geaffekteerde persone moet wees. Hy behoort verder toe te sien dat die diensverskaffers nie buitensporige pryse hef nie, maar dat hul pryse markverwant is.

Om te verseker dat die praktisyn sy verpligtinge, ook sy plig tot sorg en vaardigheid, behoorlik nakom, behoort hy in alle reddingsverrigtinge sekerheid te stel. Aangesien hy met omvangryke magte en bevoegdhede bekleed word, is so 'n vereiste nie buitensporig nie. Die Wet maak egter in die reël nie voorsiening vir sekuriteitstelling deur die praktisyn nie. Slegs 'n geaffekteerde persoon kan die hof versoek om te gelas dat die praktisyn sekerheid stel, en ook slegs in geval van 'n maatskappybesluit om met redding te begin. 'n Praktisyn wat gedurende 'n verpligte redding aangestel word, hoef dus nie sekuriteit te verskaf nie. Die Wet se versuim om uitdruklik uit die staanspoor vir die stel van sekuriteit voorsiening te maak, is 'n drastiese afwyking van 'n verskanste beginsel in die Suid-Afrikaanse korporatiewe en insolvensiereg. Die weglating van hierdie belangrike beginsel is ondeurdag en kortsigtig, aangesien dit nie net die troubegunstigdes nie, maar ook die praktisyn

beskerm. Daarom word 'n wysiging van die Wet in hierdie verband aanbeveel. Die praktisyn behoort in elke redding sekerheid te stel.

Wat betref die maatstaf vir die praktisyn se aanspreeklikheid vir nie-nakoming van sy plig tot sorg en vaardigheid, blyk daar groot onduidelikheid te heers. Ingevolge artikel 77 van die Wet behoort die praktisyn aanspreeklik gehou te kan word vir verlies of skade wat uit sy nalatigheid spruit. Daarteenoor bepaal hoofstuk 6 van die Wet dat die praktisyn slegs in geval van growwe nalatigheid aanspreeklik gehou sal kan word. Wat die praktisyn se aanspreeklikheid vir nalatige optrede betref, was die wetgewer se bedoeling myns insiens om die bepalinge oor ondernemingsreddingsverrigtinge in die Wet te laat geld. Die bepalinge in hoofstuk 6 meet egter die praktisyn aan die hand van 'n laer standaard van optrede. Gedagtig aan die omstandighede van die maatskappy in nood en die belange van die geaffekteerde persone, is dit nie logies om 'n benadering tot aanspreeklikheid te hê wat die praktisyn van nalatigheid verskoon nie. Die benadering is ook nie in pas met die internasionale riglyne wat eerder 'n strengere standaard of maatstaf vir optrede aanbeveel nie. Daarom word daar voorgestel dat die Wet gewysig word om te bepaal dat die praktisyn se optrede gemeet sal word aan die hand van wat redelikerwys van iemand in dieselfde hoedanigheid in dieselfde omstandighede verwag sou word, met inagneming van die kwalifikasies en ervaring van daardie spesifieke praktisyn. Die praktisyn se optrede behoort dus aan die hand van 'n redelike praktisyn gemeet te word.

HOOFSTUK 5

GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

Die rol van die ondernemingsreddingspraktisyn in die reddingsverrigtinge van die maatskappy ingevolge die Maatskappywet 71 van 2008 is onmiskenbaar. Die praktisyn is een van dié belangrikste rolspelers in die reddingsproses en is 'n sleutelfiguur in die sukses van die ondernemingsredding.

Die magte en bevoegdhede van die persoon wat as praktisyn aangestel word, sowel as die kwalifikasies wat van hom verwag word, is omstrede juis omdat hy die hoeksteen van die reddingsproses uitmaak. Daarom het die wetgewer dit goedgevind om in artikel 140(3)(b) van die Wet te bepaal dat die reddingspraktisyn vir die duur van die verrigtinge dieselfde verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid as die direkteure van die maatskappy het, soos wat artikel 75 tot 77 dit uiteensit. Hierdie artikels bevat die kwasi-gekodifiseerde vertrouenspligte van direkteure, wat die wetgewer dan ook op die praktisyn van toepassing wil maak. Artikel 77 bepaal dat die praktisyn ook ingevolge die gemenerereg vir gemeenregtelike pligsversuim aanspreeklik gehou kan word. Derhalwe word die vertrouenspligte van direkteure in sowel die Wet as die gemenerereg op die praktisyn toegepas.

Die probleem met die bepaling in artikel 140(3) is egter dat die bestuursomstandighede te veel van mekaar verskil. In die maatskappy se noodomstandighede is daar groter druk, meer risiko's, groter regs-kwessies en minder tyd en geld as in solvente omstandighede. Om dus te bepaal dat die praktisyn aan dieselfde verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid onderworpe is, is 'n onbillike veralgemening van die praktisyn se posisie. Daarom word daar in hierdie studie aan die hand gedoen dat direkteure se vertrouenspligte nie sonder meer op die praktisyn toegepas kan word nie, maar dat elke verpligting ingevolge die Wet en die gemenerereg 'n unieke plig op die praktisyn plaas. Die presiese aard en omvang van hierdie unieke verpligtinge moes derhalwe vasgestel word.

Die doel van hierdie navorsing was om die praktisyn se vertrouens- en sorgsaamheidsverpligtinge te identifiseer en te ontleed om sodoende sekerheid in dié verband te bring. Die vasgestelde beginsels van die vertrouenspligtinge wat voorheen op direkteure toegepas is, is oorweeg en daar is besluit dat dié beginsels anders geïnterpreteer moes word om die praktisyn se unieke posisie in aanmerking te neem.

Die eerste belangrike oorweging ten aansien van die praktisyn se posisie hou verband met die bestuursbenadering wat gedurende die reddingsverrigtinge geld. Suid-Afrika maak gebruik van die gemengde bestuursbenadering. Dít beteken dat daar nie van 'n "skuldenaar in besit"- óf die bestuursvervangingsbenadering gebruik gemaak word nie. Die ondernemingsreddingsverrigtinge volgensvervat in hoofstuk 6 van die Wet behou die direksie as deel van die bestuur, maar plaas hulle onder die gesag van die praktisyn, wat in werklikheid volle bestuursbeheer oor die maatskappy het.

Die keuse van bestuursbenadering beïnvloed die uitoefening van vertrouensverpligtinge. Die Suid-Afrikaanse bestuursbenadering het 'n unieke posisie ten opsigte van die uitoefening van vertrouensverpligtinge teweeggebring. Ingevolge die Wet word die direksie, wat steeds deel van die bestuur uitmaak, deur artikel 137(2)(d) van hul statutêre vertrouensverpligtinge ingevolge artikel 76 en 77 onthef, terwyl artikel 140(3) van die Wet bepaal dat die verpligtinge ingevolge artikel 75, 76 en 77 op die praktisyn oorgaan. Dit impliseer derhalwe dat die praktisyn die direkteure se vertrouensverpligtinge oorneem, maar – soos reeds hierbo genoem is – beteken dit geensins dat die aard en omvang daarvan dieselfde as die direkteure s'n is nie.

Die aard en omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge is vasgestel deur die bevoegdhede en funksies te oorweeg wat die Wet aan hom oplê. Die praktisyn word met wye magte en bevoegdhede bekleed, wat hom 'n uiters hoë mate van diskresie oor die sake van die maatskappy gee. Hierdie diskresie kan 'n beduidende invloed op die geaffekteerde persone se belange hê. Daarom bevind die belanghebbende partye in die ondernemingsreddingsverrigtinge hulle gewis in 'n kwesbare posisie, met die praktisyn wat die bevoegdheid het om oor hulle lot te beslis. Daar behoort dus heelwat vertrouens tussen die praktisyn en die

belanghebbendes te wees, en kan daar tot geen ander gevolgtrekking gekom word as dat die praktisyn beslis 'n troupligtige is nie.

Nadat daar vasgestel is dat die praktisyn 'n troupligtige is, het 'n aantal vrae oor sy vertrouenspligte ontstaan: i) Wat is die aard van die praktisyn se vertrouensverpligtinge? ii) Aan wie is die praktisyn trou verskuldig? iii) Wat behels die verpligting van goeie trou en hoe is dit op die praktisyn van toepassing? iv) Wat behels die verpligting van sorg en hoe is dit op die praktisyn van toepassing? v) Hoe doeltreffend sal 'n moontlike gedragskode vir die regulering van praktisyne wees? Hierdie kernvrae is derhalwe aan die hand van bestaande beginsels van vertrouensverpligtinge beantwoord.

Wat is die aard van die praktisyn se vertrouensverpligtinge? Die aard van die praktisyn se vertrouensverpligtinge is na my mening uniek, aangesien sy posisie verskil van alle ander, gevestigde of uitgekristalliseerde vertrouensverhoudinge, soos die trustee in die eng sin, die gevolmagtigde verteenwoordiger of selfs die direkteur van 'n maatskappy. Daarom is dit ook nie moontlik om die aard van sy verhouding met ander vertrouensverhoudinge gelyk te stel nie. Die praktisyn het eiesoortige verpligtinge en oogmerke, werk volgens unieke reëls, en bevind hom in unieke omstandighede met betrekking tot die maatskappy. Die aard van die praktisyn se vertrouensverpligtinge is dus *sui generis*.

Aan wie is die praktisyn trou verskuldig? Die praktisyn is sy vertrouensverpligtinge aan alle geaffekteerde persone verskuldig, en nie slegs aan die maatskappy of die skuldeisers nie. As gevolg van die meer inklusiewe benadering wat die Wet beoog, is dit duidelik dat al die rolspelers se belange beskerming behoort te geniet. Dit sal egter onmoontlik wees vir die praktisyn om te alle tye in almal se belang op te tree. In die uitvoering van sy verpligtinge moet die praktisyn daarom noodwendig deurgaans die belange van alle partye opweeg. Die skuldeisers staan in 'n magposisie ten opsigte van die reddingsverrigtinge en indien die praktisyn nie na hulle belange omsien nie, kan hulle dalk die reddingspoging kelder. Die rede vir dié magposisie is dat die skuldeisers die enigste belanghebbendes is wat 'n stem oor die ondernemingsreddingsplan kan uitbring. Die praktisyn is dus sy verpligtinge aan die volgende persone en in die volgende volgorde verskuldig: i) die skuldeisers, ii)

die werknemers, iii) die aandeelhouders, en iv) die gemeenskap waarbinne die maatskappy funksioneer terwyl hy as 'n amptenaar van die hof optree.

Die volgorde waarin die geaffekteerde persone se belange beskerming behoort te geniet, word bepaal aan die hand van die beskerming wat die Wet aan hulle verleen. Indien die Wet meer regte aan 'n geaffekteerde persoon toeken, behoort dit die beskerming van daardie persoon se belange te beïnvloed. 'n Verdere oorwegingspunt is die belang van die sogenaamde invloedfaktore op die beskerming van die geaffekteerde persone. Die praktisyn moet derhalwe daarop let om invloedryke rolspelers se belange te oorweeg. Daar sal dus omstandighede wees waarin die praktisyn een groep belanghebbendes se belange ten koste van 'n ander s'n sal moet beskerm na gelang van die doel van die reddingsverrigtinge. Hierdie opweging van belange deur die praktisyn behoort billik en regverdig te geskied, en kan die praktisyn in 'n netelige posisie plaas. Die omstandighede gedurende reddingsverrigtinge skep 'n plofbare situasie met komplekse elemente, soos rolspelers se kompeterende belange. Die praktisyn verkeer daarom onder groot druk om te verseker dat die belanghebbende partye en algemene publiek die reddingsproses as regverdig, billik, deursigtig en betroubaar kan beskou.

Nadat die aard en omvang van die praktisyn se vertrouensverpligtinge vasgestel is, moes sy verpligtinge geïdentifiseer en ontleed word. Die praktisyn is verplig om sy bevoegdhede en funksies in goeie trou en vir 'n behoorlike doel uit te oefen. In die uitoefening van sy bevoegdhede en funksies moet die praktisyn in die maatskappy en die geaffekteerde persone se beste belang optree. Laastens moet hy met die mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid optree wat redelikerwys van iemand in dieselfde posisie verwag kan word, met inagneming van sy kennis, vaardigheid en ervaring.

Wat behels die verpligting tot goeie trou en hoe is dit op die praktisyn van toepassing? Die praktisyn kom sy plig tot goeie trou na indien hy eerlik en met integriteit optree, onafhanklik en onpartydig van die maatskappy en ander belanghebbendes is, en versigtig met vertroulike inligting omgaan. Hy moet ook sy magte vir 'n behoorlike doel en in die beste belange van die troubegunstigdes uitoefen.

Uit hoofde van sy lidmaatskap van 'n spesifieke profesie word daar in die meeste gevalle reeds van die praktisyn verwag om onkreukbare eerlikheid aan die dag te lê. Die praktisyn se integriteit en goeie karakter kan moontlik daaruit blyk dat daar geen hangende aksies vir wangedrag teen hom is nie en dat hy nog nie uit sy profesie geskors is nie. In hierdie verband word daar aanbeveel dat die relevante profesies 'n metode identifiseer om die Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele Eiendom van enige skorsings van lede in kennis te stel. Op hierdie manier kan die Kommissie op 'n lys van geskorste persone nagaan of aansoekers om lisensies as eerlik en onkreukbaar beskou kan word.

Omdat die geaffekteerde persone kwesbaar is gedurende die reddingsverrigtinge van die maatskappy en in 'n sekere mate uitgelewer is aan die genade van die praktisyn, is dit belangrik dat die praktisyn altyd eerlik is met die troubegunstigdes, en met integriteit teenoor hulle optree. Die besluite wat hy neem, sal immers 'n daadwerklike invloed op hulle belange hê, hulle behoort hom minstens op sy woord te kan neem. Eerlikheid impliseer verder dat die praktisyn openhartig en deursigtig moet wees in sy besluitneming en dat hy nie enige inligting moet verberg of valse inligting moet weergee nie. Dít sal veral belangrik wees gedurende sy vergaderings met die geaffekteerde persone. Die praktisyn moet hom daarvan weerhou om deur enige doen of late 'n skuldeiser, werknemer of aandeelhouer van die maatskappy te bedrieg. Eerlikheid en openhartigheid by die praktisyn kan ook moontlik enige negatiewe emosies gedurende die reddingsverrigtinge neutraliseer. 'n Eerlike en deursigtige benadering tot redding sal die troubegunstigdes en die publiek vertrou in die reddingsproses help ontwikkel en tot beter samewerking gedurende die proses lei. Die eerlikheid en integriteit van die praktisyn het dus duidelik 'n beduidende invloed op die sukses van die reddingsverrigtinge.

Die bepalings van hoofstuk 6 van die Wet en die beginsels van die plig tot goeie trou vereis dat die praktisyn onafhanklik van die maatskappy en ander belanghebbendes moet wees en geen partydigheid in die uitvoering van sy verpligtinge sal toon nie. Hierdie onafhanklikheid sluit ook verwante persone in, soos wat die Wet omskryf. Die praktisyn se verhouding of verbintenis met die maatskappy en belanghebbendes moenie van so aard wees dat 'n redelike en ingeligte derde party die afleiding sal kan maak dat die praktisyn nie sy verpligtinge onpartydig en objektief sal kan uitvoer nie. In hierdie verband word die Australiese beginsel ondersteun, naamlik dat die

praktisyn nie net feitelik onafhanklik moet wees nie, maar ook in sy optrede onafhanklikheid moet weerspieël. Die gevaar van 'n gebrek aan onafhanklikheid is dat 'n spesifieke verbintenis met 'n rolspeler die praktisyn besluite kan laat neem wat nie op 'n redelike en billike opweging van belange gegrond is nie.

Die bestaan van sekere verhoudings en verbintenisse by die praktisyn is egter 'n goeie aanwyser van 'n moontlike gebrek aan onafhanklikheid. Dit sluit in enige professionele of persoonlike verhouding met die maatskappy; 'n direkteur van die maatskappy; aandeelhouer(s) van die maatskappy; werknemers van die maatskappy; besigheidsvennote van die maatskappy; maatskappye of entiteite wat deur die maatskappy beheer word; skuldeisers van die maatskappy, hetsy versekerd of onversekerd; skuldenaars van die maatskappy, of selfs familie van die beamptes van die maatskappy. Dit is egter nie 'n *numerus clausus* van verhoudings nie en elke geval van 'n beweerde gebrek aan onafhanklikheid sal dus aan die hand van die heersende omstandighede oorweeg moet word.

Die grootste struikelblok met betrekking tot die onafhanklikheid van die praktisyn is die aanstellingsproses. Aangesien óf die direksie óf die geaffekteerde persone die praktisyn aanstel, na gelang van omstandighede, kan daar by die direksie of die geaffekteerde persone 'n verwagting ontstaan dat die praktisyn hulle belange sal vooropstel aangesien hulle hom aangestel het. Daar kan selfs 'n situasie ontstaan waar hierdie persone, synde die "opdraggewers", glo dat hulle die praktisyn onbehoorlik kan beïnvloed. Dit is derhalwe van die allergrootste belang dat die praktisyn bewus is van sy verantwoordelikhede in hierdie verband. Die praktisyn behoort nie enige beloftes te maak aan die persone wat hom aangestel het nie en moet dit duidelik stel dat hy in al die geaffekteerde persone se belang moet optree. Die onafhanklikheidsplig plaas ook 'n las op die praktisyn om elke gegewe situasie te ondersoek alvorens hy 'n aanstelling aanvaar. So 'n ondersoek sal redelike stappe behels om enige moontlike verbintenis of belangebotsing met 'n betrokke party te bepaal. Die ondersteuning van die regbank word egter in hierdie verband benodig en daar word 'n beroep op die howe gedoen om nie 'n *laissez faire*-houding in te neem waar die onafhanklikheid van 'n praktisyn betwis word nie.

Die argument dat die openbaarmaking van die bestaan van enige sodanige verhoudings 'n oplossing bied, is foutief. So 'n openbaarmaking is geensins 'n

waarborg vir onpartydige en objektiewe optrede nie. Die verklaring wat die Kommissie van die praktisyn verwag, moet dus eerder beskou word as 'n openbaarmaking van daardie verhoudings wat nie 'n gevaar vir die praktisyn se onafhanklikheid inhou nie.

In die praktyk geskied daar in die meeste gevalle voorafkonsultasies tussen die praktisyn en die maatskappy of geaffekteerde persone. Hierdie konsultasies kan ook die indruk van 'n gebrek aan onafhanklikheid en onpartydigheid by die praktisyn wek. Die voorafkonsultasies hoef egter nie tot die diskwalifisering van daardie persoon as praktisyn te lei nie en maak inderwaarheid in baie gevalle 'n noodsaaklike deel van die reddingsproses uit, veral in die lig van die streng tydsbeperkings wat van toepassing is. Dus sal nie alle kontak tussen die praktisyn en belanghebbende partye voor die praktisyn se aanstelling 'n gebrek aan onafhanklikheid tot gevolg hê nie. Daar behoort egter perke gestel te word aan wat as aanvaarbare besprekings gedurende konsultasies beskou sal word. Indien die konsultasie tot wesenlike betrokkenheid by enige van die belanghebbende partye lei, sal die praktisyn nie meer onafhanklik wees nie en dus nie as praktisyn aangestel kan word nie. Die advies wat hy in die voorafkonsultasie verleen, moet beperk wees tot die finansiële situasie van die maatskappy, die solvensie van die maatskappy, die gevolge van moontlike insolvensie, en enige alternatiewe vir insolvensie. Dit is ook sinvol dat die praktisyn die aard en omvang van die besprekings gedurende die voorafkonsultasie in die openbaarmakingsverklaring uiteensit. Dit sal tot beter deursigtigheid lei en sal aantygings van 'n gebrek aan onafhanklikheid help voorkom.

Indien die praktisyn se omstandighede later dermate verander dat hy nie meer onafhanklik is nie, behoort dit ook vir hom moontlik te wees om sy amp te verlaat indien dit nodig is. In hierdie verband word daar aanbeveel dat die Wet gewysig word om voorsiening te maak vir gevalle waar die praktisyn uit sy amp moet tree.

Die verpligting tot goeie trou vereis verder dat die praktisyn enige vertroulike inligting wat aan hom bekend word, as vertroulik sal hanteer. Die praktisyn moet 'n intensiewe ondersoek na die sake van die maatskappy loods, wat hom sekere vertroulike inligting oor die maatskappy en ander rolspelers kan laat bekom. Onder geen omstandighede mag die praktisyn hierdie inligting gebruik om vir hom of 'n verwante persoon 'n voordeel te bewerkstellig of om 'n geleentheid van die

maatskappy vir homself aan te gryp nie. Hierdie vereiste is veral belangrik gedagtig daaraan dat so 'n voordeel of geleentheid dikwels ten koste van die maatskappy geskied en, in die geval van 'n maatskappy in finansiële nood, katastrofiese gevolge kan hê. Die wetgewer wil derhalwe verhoed dat die praktisyn vertroulike inligting wat hy in die uitoefening van sy pligte bekom, gebruik om self met die maatskappy mee te ding of aan enige ander persoon beskikbaar stel om met die maatskappy mee te ding. Die praktisyn sal nie vervolging of aanspreeklikheid vryspring indien hy hom aan enige binnekennistransaksies ingevolge die *Securities Services Act* skuldig maak nie. Hy moet dus alle inligting oor die sekuriteite van die maatskappy in nood uiters versigtig hanteer. Ook na afloop van die reddingsverrigtinge moet die praktisyn die inligting wat in die uitvoering van sy pligte aan hom bekend gemaak is, vertroulik hou.

Die praktisyn moet inligting wat hy redelikerwys glo vir die maatskappy ter sake is, aan die geaffekteerde persone openbaar om hulle in staat te stel om ingeligte besluite te kan neem. Regspraak interpreteer die begrip “tersaaklikheid” baie wyd, wat myns insiens impliseer dat die praktisyn eerder 'n ontersaaklike feit moet openbaar as wat hy moontlik nalaat om iets te openbaar wat die hof as tersaaklik sou beskou. Tog word die praktisyn onder andere weens sy kennis van besigheid aangestel en bestaan die moontlikheid dus dat hy op 'n professionele vlak aan 'n ander maatskappy verwant kan wees. In hierdie geval geld dieselfde beginsels wat vir veelvuldige direkteurskappe geld, naamlik dat die praktisyn weens sy regs- en etiese verpligting teenoor die ander maatskappy nie enige inligting met 'n invloed op die maatskappy in nood mag bekend maak nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat die omstandighede van sodanige geval deurslaggewend sal wees. Dit beteken dat indien die verwantskap met die ander maatskappy die praktisyn se objektiwiteit sal beïnvloed, hy nie die aanstelling moet aanvaar nie. Indien die verwantskap nie wesenlik is nie, kan dit gewoon in die verklaring openbaar word. Die ongemagtigde gebruik van vertroulike inligting is dus 'n verbreking van die vertrouensplig tussen die praktisyn en die troubegunstigdes.

As amptenaar van die hof, moet die praktisyn enige onwettige handeling waarvan hy bewus word, aan die relevante gesag rapporteer. Indien die praktisyn byvoorbeeld in sy ondersoek na die sake van die maatskappy op enige inligting afkom wat op onwettige handeling dui, mag hy dit nie verberg of geheim hou nie.

Hy behoort dus, as beampte van die hof, in die belang van regspleging op te tree en toe te sien dat geregtigheid met betrekking tot die reddingsverrigtinge geskied.

Die praktisyn se verpligting tot goeie trou sluit ook in dat hy sy magte vir 'n behoorlike doel moet aanwend. Ten einde hierdie verpligting na te kom mag die praktisyn nie sy magte vir enige ander doel gebruik as die doel waarvoor die magte aan hom toegeken is nie. Hier is die doelstellings van die reddingsverrigtinge volgens die Wet van belang. Hierdie doelstellings is om hetsy die maatskappy in nood te rehabiliteer of om 'n beter uitbetaling aan skuldeisers en/of aandeelhouders te bewerkstellig. Dít beteken dat die praktisyn sy magte ooreenkomstig die doelstellings en bepalinge in die Wet en die regulasies moet uitoefen, maar ook dat hy die geaffekteerde persone se aanwysings vervat in die ondernemingsreddingsplan moet gehoorsaam. Die hantering van die maatskappy se bates behoort ook die bereiking van 'n behoorlike doel te weerspieël. Die praktisyn behoort dus versigtig om te gaan met die vervreemding van bates sodat hy nie optree op 'n wyse wat nié tot die bereiking van die doelwitte bydra nie.

'n Praktisyn wat in goeie trou optree, sal in die maatskappy en troubegunstigdes se beste belang optree. Dít is allermens 'n eenvoudige stelling, aangesien die nakoming van vertrouensverpligtinge gedurende reddingsverrigtinge heelwat meer ingewikkeld is as wat normaalweg in korporatiewe bestuur die geval sou wees. Die praktisyn se taak om rolspelers se kompeterende belange te probeer versoen, maak dit moeilik om enige besluite oor die redding van die maatskappy te neem. As hy sy verpligtinge in die maatskappy se beste belang uitoefen, kan dit tot 'n suksesvolle redding lei, welke redding tog ook in die skuldeisers, werknemers, aandeelhouders en die gemeenskap se belang sal wees. Derhalwe hou hierdie verpligting in dat die praktisyn sy magte en pligte in die maatskappy se beste belang moet probeer uitoefen, maar daarteen moet waak dat dit ten koste van die ander geaffekteerde persone geskied.

'n Normale verbintenis met die verpligting om in die beste belange van die troubegunstigdes op te tree, is om enige belangebotsings te vermy. Die praktisyn mag nie enige wins as gevolg van sy posisie as troupligtige verdien nie, wat ook as die "no profit"-reël bekend is. Die "no conflict"-reël, ook van toepassing op die praktisyn, behels dat hy hom nie in 'n posisie mag plaas waar die troubegunstigdes

se belange met sy eie in konflik kom nie. Belangebotsings kan tot 'n gebrek aan onafhanklikheid en onpartydigheid by die praktisyn lei. Daarom bepaal die Wet dat indien 'n praktisyn of 'n verwante persoon 'n persoonlike finansiële belang by die sake van die maatskappy het, die praktisyn hierdie belange moet openbaar. Alhoewel die ideaal is dat 'n praktisyn nie enige persoonlike belang by die sake van die maatskappy moet hê nie, sal daar wel in die praktyk sulke gevalle voorkom. Praktisyne word soms uit die geledere van ervare besigheidslui aangestel en dus is dit nie onmoontlik dat hy of 'n verwante persoon se persoonlike of sakebelange op die een of ander wyse aan dié van die maatskappy in nood verbind sal wees nie. Hoewel die effektiwiteit van die openbaarmakingsbeginsel reeds hierbo in twyfel getrek is, moet daar dus hier toegegee word dat dit in sommige gevalle onvermydelik sal wees. Die praktisyn moet egter aan sekere beginsels gehoor gee.

Wanneer 'n maatskappy of geaffekteerde persoon iemand nader om as praktisyn op te tree, moet daardie persoon eers redelike stappe doen om enige moontlike belangebotsing tussen homself en die maatskappy of 'n geaffekteerde persoon te bepaal. Indien daar 'n belangebotsing bestaan en dit wesenlik is, behoort die praktisyn die aanstelling van die hand te wys. Waar die konflik egter nié wesenlik is nie en die praktisyn reken dat hy steeds onpartydig kan wees, behoort hy die geaffekteerde persone van die belangebotsing in te lig en hulle vir hulle toestemming te vra om ten spyte van die konflik steeds as praktisyn op te tree. Hy moet enige wesenlike inligting sowel as die algemene aard van die belang openbaar. Daar kan egter nie van die praktisyn verwag word om die vergadering te verlaat terwyl die geaffekteerde persone die aangeleentheid oorweeg nie. Die praktisyn behoort seker te maak dat daar sekere veiligheidsmaatreëls getref word om al die belanghebbendes te beskerm. Waar 'n belangebotsing na die praktisyn se aanstelling ontstaan, behoort die geaffekteerde persone vir toestemming genader te word. Indien toestemming geweier word, behoort die praktisyn sy amp te ontruim. Soos reeds genoem is, maak die Wet egter nie tans voorsiening vir sodanige ontruiming nie.

Een van die mees prominente wyses waarop daar 'n belangebotsing tussen die praktisyn en die troubegunstigdes kan ontstaan, is wanneer hy in sy persoonlike hoedanigheid met die maatskappy of die geaffekteerde persone kontrakteer. In so 'n geval tree hy inderwaarheid aan albei kante van die kontrak op, wat 'n baie sterk

vermoede kan laat ontstaan dat die praktisyn, as troupligtige, in sy eie belang en nie in die troubegunstigdes se belang handel nie. Praktisyns behoort hulle dus daarvan te weerhou om nóg direk nóg indirek bates van die maatskappy te bekom. Die praktisyn mag ook nie wetend toelaat dat 'n familielid 'n maatskappybate bekom nie. Indien die praktisyn of 'n verwante persoon 'n bate van die maatskappy aankoop, is daar 'n verskeidenheid faktore waaroor die praktisyn 'n invloed sal kan hê om baie gunstige omstandighede vir hom of 'n verwante persoon te skep, onder meer die prys, bepalinge en voorwaardes en selfs die administratiewe aspekte van die verkoop van die bate. Daarom moet 'n troupligtige drie reëls nakom wat die aankoop van die troubegunstigde se bates betref: i) Die troubegunstigde moet toestem tot die transaksie; ii) Die troupligtige moet alle wesenlike inligting van die transaksie aan die begunstigde openbaar; en iii) Die troupligtige moet die volle waarde van die bate betaal. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie reëls eweneens op die praktisyn van toepassing behoort te wees.

Die logiese gevolg is dat indien die praktisyn sy verpligting tot goeie trou versuim het, hy aanspreeklikheid in die verband kan opdoen. Die grondslag vir die praktisyn se aanspreeklikheid in hierdie verband is nóg deliktueel nóg kontraktueel van aard, maar *sui generis*. Daar behoort gewaak te word teen 'n interpretasie van die Wet wat die praktisyn se aanspreeklikheid vir versuim van sy plig tot goeie trou onderhewig stel aan die nakoming van sy sorgsaamheidsverpligting. 'n Ondersoek na die praktisyn se sorgsaamheidsverpligting sal dus nie tot aanspreeklikheid vir die nie-nakoming van sy plig tot goeie trou kan lei nie, maar wel tot aanspreeklikheid vir nalatigheid en die nie-nakoming van sy sorgsaamheidsplig. Daar word dus aanbeveel dat artikel 140(3)(c) herformuleer word om moontlike verwarring in hierdie verband uit te skakel.

Aangesien hoofstuk 6 van die Wet geen bepalinge oor die praktisyn se aanspreeklikheid vir versuim van sy plig tot goeie trou bevat nie, geld die aanspreeklikheidsbepalinge van toepassing op praktisyns in artikel 75, 76 en 77 van die Wet. Die statutêre en gemeenregtelike aanspreeklikheidsbeginsels wat op direkteure van toepassing is, sal dus ook op die praktisyn van toepassing wees. 'n Belangrike aspek rakende die praktisyn se aanspreeklikheid handel oor wie die aksie teen hom sal instel in geval van pligsversuim. Enige van die troubegunstigdes sal *locus standi* hê om die hof om 'n remedie te nader.

Alhoewel dit in Suid-Afrika geykte reg is dat die plig tot sorg en vaardigheid nie 'n vertrouensverpligting is nie, maar eerder op deliktuele grondslae berus, het die wetgewer in die Maatskappywet 71 van 2008 geen sodanige onderskeid getref wat die direkteur se verpligtinge ingevolge artikel 75 tot 77, en spesifiek artikel 76, betref nie. Daarom is die verpligting tot sorg vir die doeleindes van hierdie studie as een van die vernaamste vertrouenspligte gereken. 'n Troupligtige wat nalatig optree, tree in ieder geval nie in die troubegunstige se belang op nie.

Die volgende vraag wat derhalwe beantwoord moes word, is wat die verpligting van sorg en vaardigheid behels en hoe dit op die praktisyn van toepassing is. Die praktisyn se verpligting tot sorg en vaardigheid sal in 'n groot mate afhang van die heersende omstandighede van die maatskappy in nood, onder meer die omvang van die finansiële nood, en ook die verpligtinge wat die Wet en die ondernemingsreddingsplan aan die praktisyn oplê. Die praktisyn funksioneer in noodomstandighede, wat beslis 'n uitwerking op sy besluite en sy optrede sal hê. Hierdie omstandighede behoort dus in gedagte gehou te word in die oorweging van die praktisyn se nakoming van die plig tot sorg en vaardigheid.

By die oorweging van 'n persoon se verpligting tot sorg en vaardigheid speel die toets vir nalatigheid, naamlik die toets van die redelike persoon, 'n belangrike rol. Hierdie studie het egter aan die lig gebring dat dié toets in die geval van die praktisyn aangepas sal moet word. Artikel 76(3)(c)(i) bepaal dat die praktisyn se optrede gemeet sal word aan die hand van die mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid wat redelikerwys van 'n persoon met dieselfde funksies verwag kan word. Sou 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede dus dieselfde opgetree het? Indien die maatstaf 'n redelike praktisyn is, beteken dit dat daar 'n hoër standaard van optrede van 'n praktisyn as van 'n redelike persoon verwag word. Terwyl die direkteure van 'n maatskappy nie oor enige spesiale kennis of kundigheid hoef te beskik nie, word die praktisyn van 'n maatskappy juis as gevolg van sy kundigheid oor en ervaring van herstrukturering of redding aangestel en sal so iemand moontlik as 'n herstruktureringkundige beskou kan word vanweë sy ervaring en opleiding. Die belangrikste oorweging in hierdie verband is dus dat indien die persoon 'n kundige is, hy aan die hand van 'n redelike deskundige gemeet sal word. Aangesien die praktisyns egter ingevolge die regulasies oor verskillende

grade van ervaring en opleiding kan beskik, sal die subjektiewe elemente van die toets van belang wees.

Artikel 76(3)(c)(ii) pas die subjektiewe elemente van die toets op die praktisyn toe. In hierdie geval word die praktisyn se optrede aan die hand van dié van 'n praktisyn met dieselfde vlak van kennis en ervaring gemeet. Dit impliseer noodwendig 'n vooroordeel ten gunste van onervare troupligtiges, terwyl die toets méér van 'n ervare troupligtige vereis. In die geval van die praktisyn, beteken dit dat die senior of ervare praktisyn aldus regulasie 127 ingevolge die Wet aan 'n hoër standaard van optrede as die junior praktisyn moet voldoen. Hier blyk dit geregverdig te wees om meer van 'n ervare as van 'n junior praktisyn te verwag. Die invoeging van die subjektiewe element is dus nodig om die beginsels van billikheid en regverdigheid by die toets in te sluit.

Artikel 140(3)(b) en die toepassing van artikel 76(4) op die praktisyn maak die sakeoordeeltoets relevant vir ondernemingsredding. Die sakeoordeeltoets is 'n metode om die praktisyn se optrede te hersien. Soos in die geval van direkteure, probeer dit voorkom dat die howe, sonder enige besigheidskennis en met die voordeel van nakennis, die praktisyn se besluite in twyfel trek. Die beginsel onderliggend aan die sakeoordeeltoets is dat die praktisyn in die beste posisie is om besluite oor die maatskappy te neem. Die praktisyn kan byvoorbeeld gedurende die reddingsverrigtinge besluit om as noodmaatreël by die sake van die maatskappy in te gryp om redding te bewerkstellig, welke noodgreep onsuksesvol kan uitdraai en nadelige gevolge vir al die belanghebbendes kan hê. Hierdie persone sal aanvoer dat die praktisyn vir die nadelige gevolge aanspreeklik gehou behoort te word. Die hof of selfs die belanghebbendes sal inderdaad maklik kan uitwys waar die praktisyn verkeerd opgetree het en hoe dit tot die uiteindelijke nadeel bygedra het, maar dit neem geensins al die relevante omstandighede en oorwegings van die praktisyn in ag nie. Die sakeoordeeltoets probeer juis dít ondervang.

Ingevolge die bepalings van die toets tree 'n praktisyn in die beste belange van die maatskappy sowel as met sorg en vaardigheid op indien hy aan sekere vereistes voldoen. Die eerste vereiste is dat die praktisyn redelike noulettende stappe moet doen om op hoogte van die saak te kom. Hierdie vereiste impliseer dat alvorens die praktisyn op enige wyse optree of besluit, hy eers inligting daarvoor moet inwin en

goeie oordeel aan die dag sal lê om op grond daarvan besluite te neem. Tweedens moet die praktisyn geen wesenlike persoonlike finansiële belang by die onderwerp van die besluit hê nie en geen redelike gronde hê om te weet dat enige verwante persoon oor so 'n belang beskik nie. Indien die praktisyn wel 'n persoonlike finansiële belang by 'n aangeleentheid het, moet hy – ter voldoening aan die derde vereiste – aan die relevante bepalings in verband daarmee, soos uiteengesit in artikel 75 voldoen. Die vierde vereiste van die sakeoordeeltoets is dat indien die praktisyn 'n besluit neem of steun, hy rasonele gronde moet hê om te glo, en inderdaad moet glo, dat die besluit in die beste belange van die maatskappy en belanghebbendes is. Hierdie vereiste handel oor die rasionaliteit van die praktisyn se besluit. Die toets vir rasionaliteit is objektief van aard. Dit is kommerwekkend dat die sakeoordeeltoets op hierdie punt van die rasionaliteitstoets gebruik maak, en nie redelikheid nie. Die argument word geopper dat die invoeging van die rasionaliteitstoets die maatstaf verlaag, omdat die praktisyn hiervolgens 'n nalatige besluit kan neem wat steeds as rasoneel beskou kan word. Daarom behoort die rasionaliteitstoets nie as onafhanklik van die res van die sakeoordeeltoets beskou te word nie, maar eerder as 'n verdere element aan die hand waarvan die praktisyn se optrede gemeet kan word. Die redelikheid van die praktisyn se optrede moet dus as eerste stap oorweeg word, met die rasionaliteit daarvan as tweede of verdere oorweging.

Al probeer die sakeoordeeltoets die onredelike hersiening van die praktisyn se optrede verhinder, is dit nietemin belangrik dat die praktisyn se besluite en optrede wél hersien kan word omdat hy op geen ander wyse gereguleer word nie. Belanghebbende partye moet hulle dus tot die howe kan wend om die praktisyn se besluite en optrede te heroorweeg.

Die praktisyn se kwalifikasies, vaardighede en ervaring speel 'n groot rol in die maatstaf vir sorgsame optrede. Die Wet en regulasies plaas aansienlik meer klem op die kwalifikasievereistes van praktisyns as die Maatskappywet 61 van 1973. Die kwalifikasievereistes in die Wet dui op die belang van kennis van die reg, besigheid en rekeningkunde. In die praktyk het die praktisyn egter meer vaardighede en vermoëns nodig om die redding te fasiliteer as slegs kennis op hierdie drie vakgebiede. Die Wet bespreek egter nie die vaardighede en vermoëns nie en dus het hierdie studie baie aandag daaraan gewy om die praktisyn se vereiste vaardighede van sy take af te lei. Hierdie vaardighede en vermoëns behels goeie

bestuursvaardighede, kennis van redding, insig en gesonde besigheidsoordeel, en die vermoë om effektief te kommunikeer en te onderhandel. Aangesien die afgeleide bevoegdhede nie werklik in die Wet of die regulasies ter sprake kom nie, heers daar onsekerheid oor die ware geskiktheid van persone wat as praktisyns aangestel word. 'n Persoon wat vir die eerste keer as reddingspraktisyn aangestel word, sal dus nie weet wat van hom verwag word of kan oordeel of hy bevoeg is om die redding te kan behartig nie. Indien die praktisyn duidelik nie oor die nodige kennis en vaardighede vir die redding beskik nie, behoort hy die aanstelling van die hand te wys. Indien hy egter nie kan oordeel of hy oor die bevoegdheid beskik nie, kan dit tot onnodige tyd- en geldverkwisting lei om hom later as praktisyn te verwyder. Daarom behoort daar groter duidelikheid te wees oor watter praktiese vaardighede praktisyns gedurende reddingsverrigtinge sal nodig kry. Opleiding vir praktisyns wat hierdie praktiese eienskappe help ontwikkel, behoort oorweeg te word as deel van die lisensiëringsproses.

'n Praktisyn wat met die nodige sorg en vaardigheid optree, sal ook sy vlak van professionele kennis en vaardigheid handhaaf om te verseker dat sy troubegunstigdes bekwame diens ontvang. Die praktisyn behoort dus deurgaans op hoogte te bly van enige belangrike verwickelinge op die gebied van redding en maatskappyereg in die algemeen. 'n Puntestelsel vir die bywoning van werkswinkels en seminare vir voortgesette professionele ontwikkeling kan oorweeg word. Die Kommissie kan byvoorbeeld hierdie stelsel administreer.

Die Wet lê verder baie klem op die waarde van ervaring by die praktisyn. In hierdie verband deel die regulasies ingevolge die Wet praktisyns volgens hul ervaring in groepe in. Die wetgewer het dus besef dat die ervaring van 'n spesifieke praktisyn hom meer geskik vir sekere aanstellings kan maak. Die praktisyn se ervaring sal oorweeg word om te besluit of hy sy plig tot sorg en vaardigheid nagekom het. 'n Ervare praktisyn sal aan 'n hoër standaard van optrede as 'n onervare praktisyn moet voldoen. Hierdie onderskeid is geregverdig, aangesien 'n ervare praktisyn oor groter maatskappye aangestel sal word en sy vergoeding ook hierdie groter verantwoordelikheid sal weerspieël.

Goeie praktykbestuur hou beslis ook verband met die praktisyn se vertrouensverpligtinge, veral sy plig tot sorg en vaardigheid. Dit beteken dat die

praktisyn wat in goeie trou en met sorg optree ook altyd professioneel sal wees in sy doen en late met die sake en belanghebbendes van die maatskappy in nood. Die administrasie van die praktisyn se praktyk moet so geskied dat dit hom sy verpligtinge, ook sy vertrouensverpligtinge, effektief help nakom. Die doeltreffendheid van die reddingsproses kan direk met die sorgvuldige en noulettende bestuur van die praktisyn se praktyk verbind word. Sorgvuldige boekhouding van tydlyne en sperdatums sal byvoorbeeld die praktisyn help verseker dat die redding nie lank uitgerek word nie. Indien hy ook by die voorgeskrewe sperdatums hou, sal dit die geaffekteerde persone se vertroue in die proses en in die praktisyn se vermoëns versterk en negatiewe emosies oor die proses beperk. Dit is belangrik dat die praktisyn by die sperdatums hou, aangesien dit die maatskappy se kans op 'n suksesvolle redding vergroot en die geaffekteerde persone daarvan oortuig dat die praktisyn waarlik hulle belange beskerm deur nie onnodig tyd te verspil nie. In dié verband word daar aanbeveel dat die regulerende liggaam maatreëls instel om te voorkom dat praktisyns sperdatums misloop. Boetes kan moontlik 'n sinvolle oplossing wees om traagheid te ontmoedig.

Dokumente wat met die maatskappy of die eise en besonderhede van geaffekteerde persone verband hou, behoort ook behoorlik geliasseer te word. Aangesien die heersende omstandighede en inligting tot die praktisyn se beskikking 'n rol speel in of hy sy plig tot sorg behoorlik nakom of nie, is dit baie belangrik dat hy rekord hou van al die feite en faktore wat hy in die neem van 'n besluit oorweeg. Dit kan hom goed te pas kom indien die hof ooit die sakeoordeeltoets op sy besluite moet toepas.

Sorgvuldige boekhouding van inkomste en uitgawes is ewe waardevol, aangesien dit tot verdere deursigtigheid van die proses bydra. Die praktisyn behoort ook sorgvuldig boek te hou van die tyd wat hy aan die redding bestee, vir vergoedingsdoeleindes.

Indien die praktisyn werklik in die beste belange van die troubegunstigdes en met die nodige sorg optree, sal dit weerspieël word in die vergoeding wat hy eis. Die praktisyn moet dus eerlik en sorgvuldig faktureer. Die regulasies ingevolge die Wet bepaal die praktisyn se vergoeding. Omdat praktisyns ingewikkelde take moet verrig en dikwels self 'n risiko neem deur die aanstelling as praktisyn te aanvaar, is hulle geregtig op vergoeding wat dié ingewikkeldheid en risiko's uitbalanseer. Tog behoort die praktisyn steeds sorgvuldig boek te hou van die tyd wat hy werklik aan die

redding bestee en behoort in die verband dus eerder uurliks as daagliks te eis. Die gehalte van die praktisyn se werk behoort ook 'n rol te speel in die vergoeding wat hy eis. Indien hy weens sy eie sorgeloosheid of gebrek aan noulettendheid werk moet herhaal, mag hy nie daarvoor vergoeding eis nie. Benewens die bepalings in die regulasies, maak die Wet ook voorsiening vir 'n ooreenkoms tussen die praktisyn en die maatskappy vir die verkryging van verdere vergoeding wat met sekere gebeurlikhede verband hou, naamlik die aanvaarding van 'n ondernemingsreddingsplan binne 'n spesifieke tyd en die bereiking van enige moontlike resultaat met die reddingsproses. Die praktisyn se vertrouensverpligtinge vereis egter reeds dat hy hierdie take so spoedig en goed moontlik verrig, waarvoor hy dan ook vergoed word. Gebeurlikheidsfooie vergoed dus die praktisyn vir optrede wat buitendien van hom verwag word. In die reël behoort die praktisyn derhalwe nie addisionele vergoeding te ontvang nie, maar daar word toegegee dat hy in werklik uitsonderlike omstandighede 'n insentief kan ontvang.

Alhoewel die praktisyn op vergoeding geregtig is, bly dit 'n omstrede aangeleentheid. Sommige glo dat die koste van die reddingsproses buitensporig is, gedagtig aan die finansiële posisie van die maatskappy en veral in die lig daarvan dat die praktisyn se rekening nie aan taksasie deur die hof onderworpe is nie. Daar is tans geen onafhanklike beheer oor die koste van ondernemingsredding nie, omdat daar nie vir die taksasie van die praktisyn se fooie, koste en uitgawes voorsiening gemaak word nie. In dié verband word daar aanbeveel dat die Wet gewysig word. Daar bestaan immers geen rede waarom die praktisyn se rekening nié aan taksaksie deur die Meester onderwerp kan word nie.

Benewens vergoeding, is die praktisyn ook geregtig op terugbetaling van uitgawes wat hy in die uitvoer van sy verpligtinge aangaan. Die aangaan van uitgawes is onderworpe daaraan dat dit redelikerwys noodsaaklik moet wees om sy verpligtinge na te kom en die maatskappy se reddingsverrigtinge te fasiliteer. Een van die meer omstrede uitgawes wat die praktisyn kan aangaan, is die aanstelling van professionele persone om hom as adviseurs of deskundiges by te staan. Hierdie uitgawe sal ook aan die genoemde vereiste moet voldoen, naamlik dat dit redelikerwys noodsaaklik moet wees om sy verpligtinge as praktisyn na te kom. In onlangse regspraak is dít as 'n feitevraag geïdentifiseer wat na gelang van die

omstandighede van elke saak oorweeg behoort te word, gedagtig aan faktore soos die grootte van die maatskappy, die funksionaliteit van die maatskappybestuur, die akkuraatheid van finansiële en rekeningkundige inligting, en die graad van ingewikkeldheid van die praktisyn se taak. Hierdie tipe uitgawe is dikwels problematies, omdat dit gewoonlik 'n groot uitgawe is en nie deur die geaffekteerde persone goedgekeur word nie. By die oorweging van die aangaan van hierdie uitgawe is dit belangrik dat die praktisyn sy vertrouensverpligtinge en die geaffekteerde persone se belange in ag neem. Die uiteindelijke besluit moet geregverdig kan word deurdat alle relevante faktore in aanmerking geneem is. Daar word voorgestel dat die praktisyn volledige besonderhede van die probleme wat hy in sy ondersoek teëkom en die behoefte aan deskundige advies in die ondernemingsreddingsplan vermeld. Dit sal die geaffekteerde persone 'n geleentheid bied om ook oor die aangeleentheid ingelig te word en maak die proses en die praktisyn se rol meer betroubaar en deursigtig. Die deskundiges wat die praktisyn aanstel, moet egter aan die nodige professionele en etiekstandaarde voldoen. Die praktisyn behoort ook toe te sien dat die diensverskaffers nie buitensporige pryse vra nie, maar markverwante fooie hef.

Ten einde te verseker dat die praktisyn sy verpligtinge, onder meer sy verpligting tot sorg en vaardigheid, behoorlik nakom, behoort hy in alle reddingsverrigtinge sekerheid te stel. Aangesien hy met omvangryke magte en bevoegdhede beklee word, is so 'n vereiste nie onbillik nie. Die Wet maak egter nie in die reël voorsiening vir die verskaffing van sekuriteit deur die praktisyn nie. Slegs 'n geaffekteerde persoon kan die hof versoek om te gelas dat die praktisyn sekerheid stel, en ook slegs in geval van 'n maatskappybesluit om met redding te begin. Daar word derhalwe nie van 'n praktisyn wat gedurende 'n verpligte redding aangestel word, verwag om sekuriteit te verskaf nie. Dat die Wet nie uitdruklik uit die staanspoor vir die stel van sekuriteit voorsiening maak nie is 'n drastiese afwyking van 'n verskanste beginsel in die Suid-Afrikaanse korporatiewe en insolvensiereg. Die weglating van hierdie belangrike beginsel is ondeurdag en kortsigtig, aangesien sekuriteitstelling nie net die troubegunstigdes nie, maar ook die praktisyn beskerm. Daarom word 'n wysiging van die Wet in hierdie verband aanbeveel. Die praktisyn behoort in elke redding sekerheid te stel.

Daar blyk groot onduidelikheid te heers oor die maatstaf vir die praktisyn se aanspreeklikheid vir nie-nakoming van sy plig tot sorg en vaardigheid. Ingevolge artikel 77 van die Wet behoort die praktisyn aanspreeklik gehou te kan word vir verlies of skade wat uit sy nalatigheid spruit. Daarteenoor bepaal hoofstuk 6 van die Wet dat die praktisyn slegs in gevalle van growwe nalatigheid aanspreeklik gehou sal kan word. Die bedoeling van die wetgewer was heel waarskynlik om die praktisyn se aanspreeklikheid vir nalatige optrede aan die hand van die bepalings oor ondernemingsreddingsverrigtinge in die Wet te beoordeel. Die bepalings in hoofstuk 6 beoordeel egter die praktisyn aan die hand van 'n laer standaard van optrede. Gedagtig aan die omstandighede van die maatskappy in nood en die geaffekteerde persone se belange, is dit onlogies om 'n benadering tot aanspreeklikheid te hê wat die praktisyn van nalatigheid verskoon. So 'n benadering strook ook nie met die internasionale riglyne, wat eerder 'n strengere standaard of maatstaf vir optrede aanbeveel nie. Daarom word daar voorgestel dat die Wet gewysig word ten einde te bepaal dat die praktisyn se optrede gemeet sal word aan die hand van die optrede wat redelikerwys van iemand in dieselfde hoedanigheid en in dieselfde omstandighede verwag sal word, met inagneming van daardie spesifieke praktisyn se kwalifikasies en ervaring. Die praktisyn se optrede behoort dus aan die hand van 'n redelike praktisyn s'n gemeet te word.

Dit is van die uiterste belang dat die praktisyn verstaan dat daar groot verantwoordelikhede en verpligtinge met sy amp gepaardgaan en dat hy sal begryp wat presies dit inhou.

*“A person who accepts the office of **business rescue practitioner** of a particular company undertakes the responsibility of ensuring that he or she understands the nature of the duty a **business rescue practitioner** is called upon to perform.”¹*

Hieruit blyk dit duidelik dat die vertrouensverpligtinge van die praktisyn omvattend is en dat hy 'n rigtingwyser nodig het om hom te lei in sy werksaamhede ten einde die verantwoordelikhede en verpligtinge na te kom in die beste belang van alle geaffekteerde partye en die maatskappy. Die praktisyn is in 'n unieke posisie waar sy

¹ *Daniels v Anderson* 1995 13 ACLC 614. Die woord “direkteur” in die aanhaling is met ondernemingsreddingspraktisyn vervang. Sien ook Cilliers *et al.* 2001:139; *S v Pouroulis* 1993 (4) SA 575 (W): 604.

optrede gemeet word aan die standarde geskep in die wet en in die gemenereg. Dit plaas 'n besondere verpligting op hom om ten alle tye met goeie trou en die nodige sorg vaardigheid op te tree. Ten einde die vereistes waaraan voldoen moet word op 'n praktiese wyse aan te toon, kan die volgende gedragskode as rigtingwyser dien.

GEDRAGSKODE VIR SUID-AFRIKAANSE ONDERNEMINGSREDDINGSPRAKTISYNS

1. INLEIDING

1.1 DOEL VAN DIE GEDRAGSKODE

Die hoofdoelwitte van die kode is:

- om gedragstandaarde vir ondernemingsreddingspraktisyns neer te lê;
- om praktisyns hulle verpligtinge te help nakom deur professionele en etiese leiding te bied;
- om praktisyns in te lig en op te voed oor die gedragstandaarde wat van hulle verwag word in die nakoming van hulle professionele verantwoordelikhede; en
- om belanghebbendes en dissiplinêre liggame van 'n maatstaf te voorsien aan die hand waarvan ondernemingsreddingspraktisyns se optrede gemeet kan word.

1.2 WISSELWERKING MET WETGEWING

Die kode is nie 'n blote herhaling van wetgewing en regulasies nie, maar eerder 'n stel beginsels en riglyne wat berus op gedragstandaarde uit gevestigde presedente. Sekere standaarde wat aan ondernemingsreddingspraktisyns opgelê word, is hoër as die bestaande wetsvereistes. Waar die wet swyg of dubbelsinnig is, stel die kode beginsels bekend om die gewenste gedrag beter te verstaan.

Die doel is om 'n stelsel van professionele standaarde te skep wat die integriteit van die ondernemingsreddingstelsel beskerm en wat:

- billik is;
- doeltreffend is;
- prakties is; en
- maklik is om te verstaan.

1.3 REGULERING

Die reddingsprofessie word deur die Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele Eiendom gereguleer. Praktisyns se gedrag kan onderworpe wees aan hersiening deur tersaaklike dissiplinêre tribunale en deur die howe.

Reguleerders en howe sal die kode na verwagting gebruik as hulpmiddel om aanvaarbare reddingspraktyk en behoorlike professionele standaarde toe te pas.

Terselfdertyd bly die kode onderworpe aan die sienings van die howe, wat kan besluit om nie bepaalde vereistes of riglyne in die kode te aanvaar of te volg nie. In sulke gevalle sal die kode gewysig word om die wet akkuraat te weerspieël. 'n Praktisyn kan ook hofuitsprake of -bevele bekom wat van die vereistes of riglyne in die kode verskil, byvoorbeeld met betrekking tot onafhanklikheid. Die kode bly altyd onderworpe aan die wet en die howe.

1.4 WISSELWERKING MET ANDER PROFESSIONELE LIGGAME

Die meeste praktisyns behoort ook tot ander professionele verenigings. Die professionele gedragsvereistes van sodanige ander professionele verenigings, byvoorbeeld die Onafhanklike Reguleringsraad vir Ouditeure (IRBA) en die Suid-Afrikaanse Instituut vir Geoktrooieerde Rekenmeesters (SAICA), sal in baie opsigte met dié in die kode ooreenstem. Vir regslui sal die reëls van die provinsiale Prokureursorde geld.

Die reguleerders reik ook reguleringsriglyne uit waarop praktisyns moet ag slaan.

In soverre die kode 'n hoër gedragstandaard van praktisyns verwag as die vereistes van ander professionele verenigings of die reguleerders, sal die kode geld.

1.5 TOEPASLIKHEID VAN DIE KODE

Die kode is van toepassing op alle ondernemingsreddingspraktyk wat deur die Kommissie gelisensieer is in soverre hulle ingevolge hoofstuk 6 van die Maatskappywet 71 van 2008 die administrasie van ondernemingsreddingsverrigtinge behartig of daarby betrokke is.

1.6 DIE ONDERNEMINGSREDDINGSPROFESSIE

- * Ondernemingsreddingspraktisyns is troupligtiges. Die eiendom van die maatskappy in finansiële nood word aan hulle toevertrou, waarmee hulle kragtens die wet en ooreenkomstig die verpligtinge en verantwoordelikhede van troupligtiges moet handel. Die praktisyn se vertrouensplig is *sui generis*, oftewel uniek.

- * Die praktisyn:
 - is sy vertrouensverpligtinge aan alle geaffekteerde persone verskuldig, maar behoort bepaald aandag te skenk aan skuldeisers se belange, aangesien hulle die uitkoms van die reddingsverrigtinge kan beïnvloed;
 - word aangestel om die ondernemingsreddingsplan te implementeer en alle betrokke partye se regte en aansprake te hanteer en te bepaal;
 - behoort alle geaffekteerde partye se belange so te oorweeg en te balanseer dat dit die maatskappy in nood die beste kans op rehabilitasie bied; en
 - is 'n beampte van die hof en behoort regspleging na sy beste vermoë te bevorder.

- * 'n Oorsig van die professie van die ondernemingsreddingspraktisyn
Praktisyns -
 - is ervare en gekwalifiseerde beroepslui wat 'n hoë mate van toewyding en professionele bevoegdheid aan die dag moet lê;
 - is onderworpe aan toesig deur die hof en reguleringsowerhede;
 - moet oortredings waarop hulle in die verloop van die ondernemingsreddingsverrigtinge afkom, aanmeld;
 - funksioneer in moeilike omstandighede, wat dikwels partye in nood, wedywerende aansprake, strawwe sperdatums en komplekse regs-, finansiële en feitelike kwessies behels;
 - is volgens wet geregtig op vergoeding vir die werk wat hulle verrig as 'n prioriteitsbetaling in die reddingsverrigtinge;
 - is vertrouensverpligtinge verskuldig aan die betrokke geaffekteerde persone; en
 - is verplig om billik te wees en onpartydig op te tree in die opweging van geaffekteerde persone se wedywerende belange;

- het belangrike statutêre ondersoek- en verslagdoeningspligte, wat hulle moet uitvoer selfs al sal die ondersoek- en verslagdoeningskoste die beskikbare geld vir skuldeisers verminder.

1.7 WOORDOMSKRYWING

Wet -	Die Maatskappywet 71 van 2008
geaffekteerde persone -	Volgens artikel 128(1)(a) van die Wet, enige aandeelhouer of skuldeiser van die maatskappy, enige geregistreerde vakbond wat die werknemers van die maatskappy verteenwoordig, en enige onvertegenwoordigde werknemers
kode -	hierdie kode van professionele gedrag en etiek
Kommissie -	Die Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele Eiendom wat ingevolge artikel 185 van die Wet tot stand gebring is
onafhanklikheidsverklaring -	'n Brief wat die praktisyn se onafhanklikheid bevestig, soos wat Praktyknota 3 van 2014 van die Kommissie vereis
maatskappy in nood -	'n Maatskappy in finansiële nood soos wat artikel 128(1)(f) beoog, wat ondernemingsreddingsverrigtinge ondergaan
persoonlike finansiële belang -	Met betrekking tot enige persoon, 'n direkte materiële belang van daardie persoon van 'n finansiële, monetêre of ekonomiese aard, of waaraan 'n monetêre waarde toegeken kan word
praktisyn -	'n Ondernemingsreddingspraktisyn wat na behore ingevolge artikel 138 van die Wet aangestel is en wat die voorgeskrewe standaarde en prosedures van die Kommissie onderskryf. Manlik sluit vroulik in. Die meervoud sluit ook die enkelvoud in.
verwant -	Artikel 2 van die Wet bepaal dat 'n individu verwant is aan 'n ander individu indien hulle - (i) getroud is of saamwoon in 'n verhouding soortgelyk aan 'n huwelik; of (ii) deur

hoogstens twee grade van natuurlike of aangenome bloed- of huweliksverwantskap geskei word; en 'n individu is verwant aan 'n regspersoon indien die individu die regspersoon direk of indirek beheer.

2. EERLIKHEID EN INTEGRITEIT

- * Integriteit impliseer 'n billike handelswyse en waarheidliewendheid.
- * Praktisyns moet hoë vlakke van integriteit aan die dag lê deur:
 - openhartig te wees;
 - eerlik te wees;
 - waarheidliewend te wees; en
 - in die uitvoering van hul praktyke en aanstellings aan hoë morele en etiekbeginsels te voldoen.
- * 'n Ondernemingsreddingspraktisyn mag nie wetend geassosieer word met verslae, kommunikasie of ander inligting nie indien die praktisyn glo dat die inligting:
 - 'n wesenlik valse of misleidende stelling bevat;
 - stellings of inligting bevat wat roekeloos verskaf is; of
 - inligting wat ingesluit moes gewees het, weglaat of verdoesel, waar sodanige weglating of verdoeseling misleidend kan wees.

3. ONAFHANKLIKHEID EN ONPARTYDIGHEID

- * Onafhanklikheid is tweërlei. 'n Praktisyn moet:
 - feitelik onafhanklik wees; en
 - as onafhanklik beskou of beleef word.
- * 'n Praktisyn moet feitelik onafhanklik wees, met ander woorde hy moet onafhanklik optree en die ondernemingsredding onafhanklik behartig.
- * 'n Praktisyn moet as onafhanklik beskou word, met ander woorde ander se opvatting behoort altyd oorweeg te word in die besluit of 'n praktisyn 'n

aanstelling moet aanvaar of in 'n bestaande aanstelling moet aanbly. Die praktisyn behoort die aanstelling van die hand te wys indien:

- 'n redelike en ingeligte derde party ...
 - op grond van beskikbare inligting (of inligting wat beskikbaar behoort te gewees het) in daardie stadium ...
 - redelikerwys die mening kan vorm dat die praktisyn dalk nie 'n onafhanklike bydrae tot die redding sal lewer nie en dus moontlik nie onpartydig sal wees nie of, trouens, moontlik partydig sal optree ...
 - weens 'n gebrek aan onafhanklikheid, of 'n opvatting van 'n gebrek aan onafhanklikheid.
- * Praktisyns moet objektief wees. Dit vereis dat hulle hul oordeel gebruik sonder:
- partydigheid;
 - belangebotsings; en
 - onbehoorlike invloed van ander.
- * Wanneer praktisyns hulle oordeel gebruik, moet hulle onpartydig wees deur te verseker dat hulle:
- nie deur persoonlike gevoelens, vooroordeel of moeilike verhoudings met individuele belanghebbendes beïnvloed word nie;
 - besluite op grond van bekende feite neem;
 - geen direkte persoonlike belang by die saak het nie, nóg finansiële nóg andersins; en
 - nie in die toepassing van die reg een persoon of kant bo 'n ander begunstig nie.
- * Voordat praktisyns hulle oordeel gebruik, behoort hulle redelike stappe te doen om hulle te vergewis van die nodige feite om 'n grondige oordeel te vel.

3.1 PERSOONLIKE EN PROFESSIONELE VERBINTENISSE

- * Die volgende persoonlike of professionele verbintenisse kan tot 'n gebrek aan onafhanklikheid en onpartydigheid aanleiding gee:
- 'n verbintenis met die maatskappy of 'n direkteur van die maatskappy;
 - 'n verbintenis met 'n aandeelhouer of aandeelhouders van die maatskappy;

- 'n verbintenis met werknemers van die maatskappy;
- 'n verbintenis met besigheidsvennote van die maatskappy;
- 'n verbintenis met maatskappye of entiteite wat deur die maatskappy beheer word;
- 'n verbintenis met skuldeisers van die maatskappy, hetsy versekerd of onversekerd;
- 'n verbintenis met skuldenaars van die maatskappy; en/of
- 'n verbintenis met familieledede van amptenare van die maatskappy.

3.2 ONAFHANKLIKE AANSTELLING

Voordat 'n praktisyn instem om 'n aanstelling as ondernemingsreddingspraktisyn te aanvaar, moet die praktisyn nadink of die aanvaarding van die aanstelling sy onafhanklikheid enigsins in gevaar sal stel. Die praktisyn moet enige persoonlike of professionele verbintenisse wat sy onafhanklikheid kan raak (soos dit hierbo uiteengesit word), identifiseer en beoordeel.

'n Praktisyn behoort nie 'n aanstelling te aanvaar indien sy of 'n verwante party se verbintenis met die direkteure van die maatskappy of enige van die geaffekteerde persone 'n moontlike of veronderstelde gebrek aan onafhanklikheid tot gevolg sal hê nie.

3.3 BEPERKINGE OP VOORAFKONSULTASIES

- * Sowel die wet as die Kommissie beklemtoon die behoefte daaraan dat maatskappye in nood en/of geaffekteerde persone flinke en toepaslike advies oor hulle finansiële situasie inwin. Dit is algemene praktyk vir praktisyns om sodanige advies of ander inligting oor die reddingsproses te verskaf, sowel as inligting oor die beskikbare moontlikhede vir die party, voordat die praktisyn 'n aanstelling as ondernemingsreddingspraktisyn aanvaar.
- * Hoewel die praktisyn met die party in die redding mag ontmoet en advies mag voorsien, is die praktisyn 'n professionele persoon met verpligtinge teenoor alle betrokke belanghebbendes. Daarom behoort die blote feit dat hierdie aanvanklike kontak plaasgevind het, nie as partydigheid of 'n gebrek aan onafhanklikheid beskou te word indien die praktisyn uiteindelik aangestel word nie.

- * Wanneer die praktisyn met die direkteure van 'n maatskappy in nood ontmoet, moet die praktisyn egter sorg aan die dag lê om te bepaal of hy gevra word om advies te bied (a) aan een of meer van die direkteure met betrekking tot die maatskappy in nood self, (b) aan een of meer van die direkteure met betrekking tot hulle verpligtinge/aanspreeklikhede as direkteure van die maatskappy in nood, of (c) aan een of meer van die direkteure van die maatskappy in nood met betrekking tot hul persoonlike finansiële sake. Indien dit die geval is en die praktisyn voorsien die vereiste advies, behoort hy nie die aanstelling te aanvaar nie.
- * In enige sodanige ontmoetings behoort die praktisyn op die volgende te let:
 - Die praktisyn moenie die bestuur van die maatskappy in nood of ander partye van enige waarborg oor die uitkoms van die reddingsprosedure voorsien nie.
 - Die praktisyn moet aan die bestuur van die maatskappy in nood verduidelik dat die inligting wat hulle gedurende die ontmoeting aan die praktisyn verstrek, vir die doel van die redding gebruik kan word, tensy daar uitdruklik anders bepaal word.
- * Die advies wat die praktisyn gedurende die voorafkonsultasie voorsien, behoort beperk te wees tot:
 - die finansiële situasie van die maatskappy;
 - die solvensie van die maatskappy;
 - die gevolge van moontlike insolvensie; en
 - enige alternatiewe vir insolvensie.
- * Hoewel kommunikasie en ontmoetings voor aanstelling gewoonlik geen vrae oor onafhanklikheid laat ontstaan nie, moet 'n praktisyn die omstandighede van enige sodanige kontak met die maatskappy in nood of ander partye openbaar voordat hy die aanstelling aanvaar.
- * Die onafhanklikheidsverklaring behoort vir die openbaarmaking van hierdie omstandighede voorsiening te maak.

3.4 VERANDERENDE OMSTANDIGHEDE

- * Dit kan gebeur dat die praktisyn ná aanvaarding van die aanstelling nie meer as onafhanklik beskou kan word nie weens veranderde omstandighede.

- * In so 'n geval, waar die omstandighede sodanig was dat dit nie die aanvaarding van die aanstelling sou uitsluit nie, en:
 - die praktisyn aan die vereistes van die kode voldoen het;
 - die praktisyn oor voldoende beleide, stelsels en prosesse beskik;
 - die situasie onopsetlik ontstaan het; en
 - die praktisyn nie bewus kon gewees het van die situasie, of dit kon voorsien het, ten tyde van die aanvaarding van die aanstelling nie,

is dit nie 'n skending van hierdie kode of 'n diskwalifikasie ingevolge die Wet nie en kan die praktisyn voortgaan met die reddingsverrigtinge, onderworpe aan die wysiging van die onafhanklikheidsverklaring en die voorlegging van die gewysigde verklaring aan geaffekteerde persone.

3.5 DIE ONAFHANKLIKHEIDSVERKLARING

- * In die onafhanklikheidsverklaring moet 'n praktisyn die volgende aan die geaffekteerde persone openbaar:
 - die getal ontmoetings en die tydperk waarvoor advies voor die aanstelling aan die amptenare van die maatskappy in nood en/of hulle adviseurs voorsien is;
 - die name van die direkteure wat die ontmoetings bygewoon het;
 - 'n samevatting van die algemene aard van die kwessies wat bespreek is;
 - die bedrag van enige vergoeding wat vir hierdie advies ontvang is; en
 - die redes waarom die praktisyn nie glo dat dit op 'n belangebotsing of botsing van verpligtinge neerkom nie.

4. VERTROULIKHEID EN VERTROULIKE INLIGTING

- * Die beginsel van vertroulikheid verplig ondernemingsreddingspraktisyns om hulle daarvan te weerhou:
 - om vertroulike inligting wat hulle as gevolg van professionele en sakeverbintnisse bekom sonder behoorlike en spesifieke toestemming aan partye buite die firma te openbaar, tensy daar 'n wetlike of professionele reg of verpligting bestaan om die inligting bekend te maak;

- om vertroulike inligting wat hulle as gevolg van professionele en sakeverbintenisse bekom op onbehoorlike wyse vir persoonlike gewin of die gewin van derde partye te gebruik; en
- om enige vertroulike inligting of besonderhede oor die onderneming, sake, handelsgeheime, patente, tegniese metodes of prosesse van enige boedel met betrekking waartoe hulle aangestel is, sonder grondige rede aan enige persoon te openbaar of bekend te maak.
- * 'n Ondernemingsreddingspraktisyn moet vertroulikheid handhaaf, onder meer ook in 'n sosiale omgewing, en moet bedag wees op die moontlikheid van onopsetlike openbaarmaking, veral teenoor 'n hegte sakevennoot of 'n naverwant of naasbestaande.
- * 'n Ondernemingsreddingspraktisyn moet verstaan dat die behoefte om aan die beginsel van vertroulikheid te voldoen ook ná die beëindiging van die verbintenis tussen hom en 'n maatskappy voortduur.

5. DIE UITOEFENING VAN MAGTE VIR 'N BEHOORLIKE DOEL

- * Die praktisyn moet sy magte en bevoegdhede vir 'n behoorlike doel uitoefen. Die praktisyn mag dus nie sy magte en bevoegdhede vir enige ander doel gebruik as die doel waarvoor daardie magte aan hom toegeken is nie.
- * Die doel waarvoor die magte aan hom toegeken is, is om hetsy die maatskappy in nood te rehabiliteer of om 'n beter uitbetaling aan skuldeisers en/of aandeelhouers te bewerkstellig.
- * Indien die praktisyn wil vasstel of hy sy magte vir 'n behoorlike doel sal aanwend, kan hy die volgende vierstaptoets gebruik:
 - Identifiseer die mag wat hy wil uitoefen
 - Identifiseer die behoorlike doel waarvoor bogenoemde mag toegeken is
 - Identifiseer die doel waarvoor hy die mag wil uitoefen
 - Oorweeg of die doel behoorlik is of nie
- * Indien die mag wat die praktisyn wil uitoefen en die doel waarvoor hy dit wil aanwend nie met mekaar ooreenstem nie, behoort hy nie die mag uit te oefen nie.

- * Die praktisyn wat sy magte vir 'n behoorlike doel aanwend, sal die eiendom van die maatskappy beskerm en sal die belange van die maatskappy en ander belanghebbendes in die vervreemding van sodanige eiendom in gedagte hou.

6. VERMYDING VAN BELANGEBOTSINGS

- * 'n Ondernemingsreddingspraktisyn moet redelike stappe doen om omstandighede te identifiseer wat 'n belangebotsing kan veroorsaak, onder meer kontraktering met die maatskappy.
- * 'n Praktisyn moenie direk of indirek enige bates van die maatskappy in nood waaroor hy aangestel is, op enige manier hoegenaamd bekom nie. Die enigste uitsonderings op hierdie reël is waar bates bekom word:
 - van 'n kleinhandelsaak onder die praktisyn se beheer, waar daardie bates te koop is aan die algemene publiek en geen spesiale behandeling of voorkeur benewens dit wat vir die publiek beskikbaar is aan die praktisyn aangebied of deur die praktisyn aanvaar word nie; of
 - met die goedkeuring van die hof, aan wie volledige feite geopenbaar moet word.

7. HANDAWING VAN PROFESSIONELE BEVOEGDHEID

- * 'n Praktisyn se bevoegdheid is 'n belangrike hoeksteen vir die behoorlike behartiging van ondernemingsreddingsverrigtinge. Nie net moet praktisyne bevoeg wees in reddingsverrigtinge wanneer hulle lisensiëring bekom en aangestel word nie, maar hulle moet ook hulle kennis en vaardighede vir die volle duur van hul professionele loopbane handhaaf.
- * Die handhawing van professionele bevoegdheid vereis voortgesette bewustheid en begrip van tersaaklike tegniese, professionele en sakeontwikkelings. Voortgesette professionele ontwikkeling bou en handhaaf die vermoëns wat 'n praktisyn in staat stel om bekwaam in die professionele omgewing te funksioneer.
- * Praktisyne moet toesien dat hulle aan hul relevante professionele liggame se vereistes vir voortgesette professionele onderrig voldoen.
- * Praktisyne word aangemoedig om elke geleentheid te benut om hulle kennis van insolvensiekwessies te verbeter en uit te brei, onder meer deur tersaaklike opleiding en konferensies by te woon.

8. GOEIE PRAKTYKBESTUUR

8.1 ALGEMENE OORWEGINGS

* Praktisyns moet –

- behoorlik boekhou en rekord hou van alle finansiële transaksies wat met hulle dienste verband hou;
- deeglike oorweging skenk aan die tydlyne waarvoor die Wet voorsiening maak, en streng daarby hou;
- behoorlike en doeltreffende aandag aan hulle dienste skenk;
- genoegsame en voortgesette toesig en beheer oor hulle werknemers, verteenwoordigers of agente toepas;
- binne 'n redelike tyd enige korrespondensie of ander kommunikasie wat 'n antwoord of enige ander reaksie vereis, beantwoord of gepas daarop reageer of dit hanteer, en wel op 'n akkurate, eerlike, oop, duidelike en saaklike manier;
- binne 'n redelike tyd aan alle hofbevele en alle regmatige bevele, uitsprake, vereistes, opdragte en versoeke van die Kommissie of enige ander regmatige owerheid voldoen;
- aan die bepalinge van die Wet en die ondernemingsreddingsplan voldoen;
- die sake en transaksies van enige maatskappy of beslote korporasie onder ondernemingsredding ingevolge die Maatskappywet ondersoek en bestudeer en, waar dit ook al wetlik moontlik is en mits daar finansiering beskikbaar is, alle betwyfelbare transaksies met betrekking tot enige boedel ter syde stel, sowel as hulle ondersoek- en verslagdoeningspligte nakom selfs al sal die ondersoek- en verslagdoeningskoste die beskikbare geld vir skuldeisers en ander geaffekteerde persone verminder.

8.2 STIPTHEID

* Stiptheid is noodsaaklik op verskillende vlakke, onder meer met betrekking tot:

- wetsgebaseerde tydperke;
- risikovermindering;
- kostebepערking; en
- die beperking van negatiewe emosie.

- * Om nakoming van wetsvereistes te verseker, moet praktisyns 'n kontrolelys of 'n ander stelsel gebruik wat hulle aan belangrike datums herinner, soos:
 - statutêre verpligtinge en kennisgewings;
 - vergaderings; en
 - verslagdoening.

8.3 REKORDHOUDING

- * Waar die praktisyn se optrede hersien word, sal hy altyd sy eie handeling moet regverdig. 'n Praktisyn sal moet bewys lewer van die stappe wat hy gedoen en die gevolgtrekkings wat hy gemaak het om enige omstandigheid te identifiseer, te evalueer en daarop te reageer.
- * Die rekords wat die praktisyn byhou met betrekking tot die stappe wat hy gedoen en die gevolgtrekkings wat hy gemaak het, behoort voldoende te wees om die howe en 'n redelike en ingeligte derde party in staat te stel om 'n mening oor die gepastheid van die praktisyn se optrede te vorm.

8.4 VERGOEDING, UITGAWES EN SEKERHEID

8.4.1 VERGOEDING

- * 'n Praktisyn se reg op vergoeding word ingevolge wetgewing erken en ontvang prioriteit vir betaling uit maatskappygeld.
- * Die reg op vergoeding geld slegs met betrekking tot nodige en behoorlik verrigte werk.
- * 'n Praktisyn is slegs geregtig op vergoeding met betrekking tot nodige werk wat in verband met die reddingsverrigtinge gedoen word. Die term 'nodig' verwys na werk:
 - wat met die redding verband hou; en
 - wat verrig is ter bevordering van die uitoefening van die magte en die uitvoering van die verpligtinge van 'n praktisyn, soos wat wetgewing, die kode en toepaslike professionele standarde vereis.
- * Die praktisyn se rekening kan onderworpe wees aan taksasie of hersiening deur die Kommissie of die Meester van die Suid-Afrikaanse Hooggeregshof.

- * Enige ondersoek na eise om vergoeding sal noodwendig met die voordeel van nakennis geskied. Tog kan 'n praktisyn eis vir werk wat nie noodwendig 'n positiewe uitkoms gehad het nie, mits die praktisyn in daardie stadium sy professionele oordeel na behore gebruik het om te besluit om die werk te doen.
- * Om vergoeding vir nodige werk te eis, moet die praktisyn ook bewys dat die werk behoorlik verrig is.
- * Praktisyns behoort nie vergoeding te eis vir werk wat swak of selfs onbehoorlik gedoen is en wat vereis het dat die werk herhaal moes word nie.
- * Praktisyns behoort liefers nie van 'n gebeurlikheidsfooi-vergoedingstruktuur gebruik te maak nie aangesien dit 'n selfbelanggevaar ten opsigte van objektiwiteit kan laat ontstaan.

8.4.2 UITGAWES

- * Die terugbetaling van uitgawes kan slegs geëis word indien die uitgawes redelikerwys nodig was om die redding van die maatskappy te fasiliteer en behoorlik aangegaan is.
- * Praktisyns moet in die aangaan van uitgawes hulle kommersiële oordeel gebruik en dit uit dieselfde oogpunt beskou en met dieselfde mate van sorg benader as wat verwag kan word van 'n redelike persoon wat namens homself uitgawes aangaan.
- * Praktisyns behoort uitgawes te onderskei van die bedryfskoste van hulle praktyk, wat slegs deur vergoeding verhaal kan word.
- * Uitgawes is koste wat die praktisyn aan derde partye betaal en later van die maatskappy terugeis.
- * Die aanstelling van deskundiges is 'n uitgawe:
 'n Praktisyn kan uitgawes aangaan om eksterne professionele dienste te bekom sonder dat die skuldeisers dit goedkeur, dog slegs nadat behoorlike kommersiële oorweging daaraan geskenk het.
- * Die praktisyn behoort oorweging te skenk aan:
 - kundigheid;
 - reputasie;

- gehalte;
 - stiptheid;
 - redelike en toepaslike koste en beskikbare hulpbronne; en
 - toepaslike professionele en etiese standaarde.
- * Praktisyns moet elke aanstelling van 'n professionele diensverskaffer aan die hand van skuldeisers se belange en hulle eie vertrouenspligte beoordeel.
 - * Wanneer 'n praktisyn 'n bedryfs- of ander deskundige in diens neem en in die ondernemingsreddingsverrigtinge op sodanige deskundige se advies staatmaak (byvoorbeeld waardasiedienste), moet die praktisyn in tersaaklike verslae (soos die ondernemingsreddingsplan) of ander tersaaklike kommunikasie die naam en kwalifikasies van die deskundige sowel as die gebiede waarop deskundige advies bekom is bekend maak.
 - * Die praktisyn behoort ook die besluitnemingsproses te boekstaaf en te identifiseer waarom die werk nodig is en waarom die bepaalde firma of professionele persoon in diens geneem is. Hoewel geaffekteerde persone se goedkeuring nie vereis word nie, is hulle daarop geregtig om op hoogte te wees van die besluitnemingsproses en die proses te verstaan indien die kwessie geopper word.

8.4.3 SEKERHEID

- * Die praktisyn behoort in alle aanstellings as ondernemingsreddingspraktisyn sekerheid te stel vir die behoorlike nakoming van sy verpligtinge.
- * Sekerheid kan deur middel van 'n borgakte of versekeringspolis gestel word wat dekking bied teen die verlies van bates van die boedel of moontlike skadevergoeding wat as gevolg van pligsversuim betaalbaar kan word.
- * Die bedrag van die borgakte of versekeringspolis behoort in verhouding tot die bates in die reddingsboedel te wees.

CODE OF CONDUCT FOR SOUTH AFRICAN BUSINESS RESCUE PRACTITIONERS

1. INTRODUCTION

1.1 OBJECTIVE OF THE CODE OF CONDUCT

The primary purposes of the code are to:

- set standards of conduct for business rescue practitioners;
- assist practitioners to meet the obligations expected of them by providing professional and ethical guidance;
- inform and educate practitioners as to the standards of conduct required of them in the discharge of their professional responsibilities; and
- provide a reference for stakeholders and disciplinary bodies against which to gauge the conduct of business rescue practitioners.

1.2 INTERACTION WITH LEGISLATION

The code is not a mere restatement of legislation and regulations, but rather a set of principles and guidance based on standards of conduct founded in established precedent. Some standards imposed on business rescue practitioners are higher than the existing legal requirements. Where the law is silent or ambiguous, the code introduces principles to clarify understanding of the desired behaviour.

The goal is to create a system of professional standards that protects the integrity of the business rescue system and is:

- fair;
- effective;
- practical; and
- readily understood.

1.3 REGULATION

The rescue profession is regulated by the Companies and Intellectual Property Commission (CIPC). The conduct of practitioners may be the subject of review by relevant disciplinary tribunals and by the courts.

It is anticipated that the code will be used by regulators and courts to assist them in enforcing acceptable rescue practice and proper professional standards.

At the same time, the code remains subject to the views of the courts, which may decide not to accept or follow particular requirements or guidance in the code. In such cases, the code will be amended to properly reflect the law. Also, a practitioner may obtain court directions or orders that differ from requirements or guidance in the code, for example in relation to independence. The code always remains subject to the law and the courts.

1.4 INTERACTION WITH OTHER PROFESSIONAL BODIES

Most practitioners are members of other professional associations also. The professional conduct requirements of such other professional associations, such as the Independent Regulatory Board of Auditors (IRBA) and the South African Institute of Chartered Accountants (SAICA), will in many areas be similar to those in the code. For legal professionals, the rules of the provincial Law Society will apply.

The regulators also release regulatory guidance, to which practitioners must have regard.

To the extent that the code imposes a higher standard of conduct on practitioners than the requirements set by other professional associations or the regulators, the code will prevail.

1.5 APPLICABILITY OF THE CODE

The code applies to all business rescue practitioners licensed by the CIPC insofar as they conduct or are involved in the administration of business rescue proceedings under Chapter 6 of the Companies Act 71 of 2008.

1.6 THE BUSINESS RESCUE PROFESSION

- * Business rescue practitioners are fiduciaries. They are entrusted with property of the financially distressed company and are required to deal with this in terms of the law and in accordance with the obligations and duties of fiduciaries. The nature of the practitioner's fiduciary duty is *sui generis*, or unique.

- * The practitioner:
 - owes fiduciary responsibilities to all the affected persons, but should pay close attention to the interests of creditors, since they influence the outcome of the rescue proceedings;
 - is appointed to implement the business rescue regime and to deal with and determine the rights and entitlements of all the parties involved;
 - should consider and balance the interests of all affected parties in a manner that will optimise the distressed company's chances of rehabilitation; and
 - is an officer of the court and should further the administration of justice to the best of his ability.

- * An overview of the profession of the business rescue practitioner

Practitioners -

- are experienced and qualified professionals who are expected to display high degrees of application and professional competence;
- are subject to court and regulatory supervision;
- are required to report offences identified during the conduct of business rescue proceedings;
- operate in difficult circumstances, often involving distressed parties, competing demands, strict deadlines and complex legal, financial and factual issues;
- are legally entitled to be remunerated for the work they do as a priority payment in the rescue proceedings;
- owe a fiduciary responsibility to the affected persons involved;
- have a duty to be fair and act without bias in assessing the competing interests of affected persons; and
- have important statutory investigatory and reporting obligations, which they are required to pursue even though the costs of investigating and reporting will reduce the funds available to creditors.

1.7 DEFINITIONS

Act -	The Companies Act 71 of 2008
affected persons -	According to section 128(1)(a) of the Act, any shareholder or creditor of the company, any registered trade union representing the employees of the company, and any unrepresented employees
code -	this code of professional conduct and ethics
Commission or CIPC -	the Companies and Intellectual Property Commission established by section 185 of the Act
declaration of independence -	A letter stating the practitioner's independence, as required by CIPC Practice Note 3 of 2014
distressed company -	A financially distressed company as contemplated in section 128(1)(f), undergoing business rescue proceedings
personal financial interest -	In respect of any person, a direct material interest of that person of a financial, monetary or economic nature, or to which a monetary value may be attributed
practitioner -	A business rescue practitioner duly appointed in terms of section 138 of the Act, subscribing to the prescribed standards and procedures of the CIPC. Male also includes female. Plural also includes singular.
related -	Section 2 of the Act states that an individual is related to another individual if they - (i) are married, or live together in a relationship similar to a marriage; or (ii) are separated by no more than two degrees of natural or adopted consanguinity or affinity; and an individual is related to a juristic person if the individual directly or indirectly controls the juristic person.

2. HONESTY AND INTEGRITY

- * Integrity implies fair dealings and truthfulness.
- * Practitioners are required to show high levels of integrity by:
 - being straightforward;
 - being honest;
 - being truthful; and
 - adhering to high moral and ethical principles in the conduct of their practices and appointments.
- * A business rescue practitioner shall not knowingly be associated with reports, communications or other information where the practitioner believes that the information:
 - contains a materially false or misleading statement;
 - contains statements or information furnished recklessly; or
 - omits or obscures information required to be included, where such omission or obscurity would be misleading.

3. INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY

- * Independence is twofold. A practitioner must:
 - be independent in fact; and
 - be seen or perceived to be independent.
- * A practitioner must be independent in fact, i.e. he should act and conduct the business rescue in an independent manner.
- * A practitioner must be seen to be independent, i.e. consideration should always be given to the perception of others when deciding whether the practitioner should accept an appointment or continue to act under an existing appointment. The practitioner should not accept the appointment if:
 - a reasonable and informed third party
 - based on the information available (or that should have been available) at the time

- might reasonably form the opinion that the practitioner might not bring an independent mind to the administration and, thus, may not be impartial or may in fact act with bias
- because of a lack of independence, or a perception of a lack of independence.
- * Practitioners must be objective. This requires them to exercise their judgment free from:
 - bias;
 - conflict of interest; and
 - undue influence from others.
- * When exercising their judgment, practitioners must be impartial by ensuring that they:
 - are not influenced by personal feelings, prejudice or difficult relationships with individual stakeholders;
 - make decisions based on the known facts;
 - have no direct personal interest in the matter, financial or otherwise; and
 - do not favour one person or side over another when applying the law.
- * Before exercising their judgment, practitioners should take reasonable steps to ascertain the facts required to enable a sound judgment.

3.1 PERSONAL AND PROFESSIONAL RELATIONSHIPS

- * The following personal or professional relationships could give rise to a lack of independence and impartiality:
 - a relationship with the company or a director of the company;
 - a relationship with a shareholder or shareholders of the company;
 - a relationship with employees of the company;
 - a relationship with business partners of the company;
 - a relationship with companies or entities controlled by the company;
 - a relationship with creditors of the company, either insured or uninsured;
 - a relationship with debtors of the company; and/or

- a relationship with relatives of company officials.

3.2 INDEPENDENT APPOINTMENT

Before agreeing to accept an appointment as business rescue practitioner, a practitioner should consider whether accepting the appointment would jeopardise his independence in any way. The practitioner should identify and assess any personal or professional relationship (as set out above) that may affect his independence.

A practitioner should not accept an appointment if his or a related party's relationship with the directors of the company or any of the affected persons would give rise to a possible or perceived lack of independence.

3.3 RESTRICTIONS ON PRIOR CONSULTATIONS

- * Both the law and the Commission emphasise the need for distressed companies and/or affected persons to seek prompt and appropriate advice about their financial position. It is common practice for practitioners to render such advice or other information about the rescue process, as well as information on the options available to the party, prior to accepting an appointment as business rescue practitioner.
- * Although the practitioner may meet with the party to the rescue and render advice, the practitioner is a professional with obligations to all stakeholders concerned. Therefore, the mere fact of this initial contact having occurred should not be construed as a bias or lack of independence if the practitioner is eventually appointed.
- * However, when meeting with directors of distressed companies, the practitioner must take care to determine whether he is being asked to advise (a) one or more of the directors in relation to the distressed company itself, (b) one or more of the directors in respect of their obligations/liabilities as directors of the distressed company, or (c) one or more of the directors of the distressed company in relation to their personal financial affairs. If this is the case and the practitioner provides the required advice, he should not accept the appointment.

- * In any such meetings, the practitioner should be mindful of the following:
 - The practitioner must not provide the management of the distressed company or other parties with any assurance about the outcome of the rescue procedure.
 - The practitioner must explain to the management of the distressed company that the information they provide to the practitioner at the meeting may be used for the purpose of the rescue, unless stated otherwise.
- * The advice rendered by the practitioner during the prior consultation should be restricted to:
 - the financial position of the company;
 - the solvency of the company;
 - the consequences of potential insolvency; and
 - any alternatives to insolvency.
- * While pre-appointment communications and meetings generally raise no question of independence, a practitioner must disclose the circumstances of any such contact with the distressed company or other parties prior to accepting the appointment.
- * The declaration of independence should provide for these circumstances to be disclosed.

3.4 CHANGING CIRCUMSTANCES

- * There may be occasions, after acceptance of the appointment, when the practitioner can no longer be regarded as independent because of changed circumstances.
- * Where this is the case, and the circumstances were such that would not have precluded the acceptance of the appointment, and:
 - the practitioner adhered to the requirements of the code;
 - the practitioner has adequate policies, systems and processes in place;
 - the situation was a result of inadvertence; and
 - the practitioner could not have known or anticipated the situation at the time of accepting the appointment,

it is not a breach of this code or a disqualification in terms of the Act, and the practitioner may continue with the rescue proceedings, subject to amending the declaration of independence and sending the amended declaration to affected persons.

3.5 THE DECLARATION OF INDEPENDENCE

- * A practitioner must disclose the following to affected persons in the declaration of independence:
 - the number of meetings and the time period over which advice was provided to the officials of the distressed company and/or their advisors prior to the appointment;
 - the names of the directors who attended the meetings;
 - a summary of the general nature of the issues discussed;
 - the amount of any remuneration received for this advice; and
 - the appointee's reasons for believing that this does not result in a conflict of interest or duty.

4. CONFIDENTIALITY AND CONFIDENTIAL INFORMATION

- * The principle of confidentiality imposes an obligation on business rescue practitioners to refrain from:
 - disclosing outside the firm confidential information acquired as a result of professional and business relationships, without proper and specific authority, unless there is a legal or professional right or duty to disclose;
 - making improper use of confidential information acquired as a result of professional and business relationships to their personal advantage or the advantage of third parties; and
 - publishing or divulging without just cause to any person any confidential information or details concerning the business, affairs, trade secrets, patents, technical methods or processes of any estate in respect of which they hold appointment.
- * A business rescue practitioner shall maintain confidentiality, including in a social environment, being alert to the possibility of inadvertent disclosure, particularly to a close business associate or a close or immediate family member.

- * A business rescue practitioner shall understand that the need to comply with the principle of confidentiality continues even after relationships between himself and a company have ended.

5. EXERCISING POWERS FOR A PROPER PURPOSE

- * The practitioner is expected to exercise his powers and functions for a proper purpose. Therefore, the practitioner may not use his powers and functions for any other purpose than that for which he has been allocated those powers and functions.
- * The purpose for which he has been allocated the powers is either to rehabilitate the distressed company or to establish better payment for creditors and/or shareholders.
- * A practitioner who wishes to determine whether he would be using his powers for a proper purpose may take the following four-step test:
 - Identify the power to be exercised
 - Identify the proper purpose for which the abovementioned power has been allocated
 - Identify the purpose for which the power will be exercised
 - Consider whether or not the purpose is proper
- * In case of any conflict between the power that the practitioner wishes to exercise and the purpose for which he intends exercising it, he should refrain from exercising the power.
- * The practitioner who uses his powers for a proper purpose will protect the property of the company and will be mindful of the best interests of the company and other stakeholders in realising such property.

6. AVOIDING CONFLICTS OF INTEREST

- * A business rescue practitioner should take reasonable steps to identify circumstances that could pose a conflict of interest, inter alia contracting with the company.

- * A practitioner must not directly or indirectly acquire in any manner whatsoever any assets of the distressed company under his control. The only exceptions to this rule are where assets are acquired:
 - from a retail operation under the practitioner's control, where those assets are available for sale to the general public and where no special treatment or preference over and above that granted to the public is offered to or accepted by the practitioner; or
 - with the approval of the court, to which full facts must be disclosed.

7. MAINTAINING PROFESSIONAL COMPETENCE

- * A practitioner's competence is an essential cornerstone in the proper conduct of business rescue proceedings. It is not only important for practitioners to be competent in conducting rescue proceedings at the time of achieving their licensing and appointment, but also to maintain their knowledge and skills throughout their professional careers.
- * The maintenance of professional competence requires continued awareness and understanding of relevant technical, professional and business developments. Continued professional development builds and maintains the capabilities that enable a practitioner to perform competently within the professional environment.
- * Practitioners must ensure that they fulfil their relevant professional bodies' obligations for continued professional education.
- * Practitioners are encouraged to take every opportunity to improve and extend their knowledge on insolvency issues, including attending relevant training and conferences.

8. SOUND PRACTICE MANAGEMENT

8.1 GENERAL CONSIDERATIONS

- * Practitioners must –
 - keep proper books of account and records in respect of all the financial transactions relating to their services;
 - give careful consideration to the timelines provided for in the Act, and strictly adhere to them;

- give proper and efficient attention to their services;
- adequately and continuously supervise and control their employees, representatives or agents;
- within a reasonable time answer or appropriately respond to and deal with any correspondence or other communications that reasonably require a reply or any other response, in a manner that is accurate, honest, open, clear and succinct;
- within a reasonable time comply with all orders of court and all lawful orders, rulings, requirements, directions and requests issued or made by the Commission or any other lawful authority;
- comply with the provisions of the Act and the business rescue plan;
- investigate and examine the affairs and transactions of any company or close corporation under business rescue as provided for in terms of the Companies Act and, whenever legally possible and provided that funding is available, set aside all impeachable transactions involving any estate, as well as pursue their statutory investigatory and reporting obligations even though the costs of investigating and reporting will reduce the funds available to creditors and other affected persons.

8.2 TIMELINESS

- * Timeliness is essential at many levels, inter alia in relation to:
 - statutory-based time limits;
 - reduction of risk;
 - minimisation of cost; and
 - minimising negative emotion.
- * To ensure that statutory requirements are met, practitioners must use a checklist or another system that alerts them to critical dates such as:
 - statutory obligations and notifications;
 - meetings; and
 - reporting.

8.3 RECORD-KEEPING

- * Where the practitioner's conduct is being reviewed, he will always be expected to justify his own actions. A practitioner will be expected to demonstrate the steps taken and the conclusions reached in identifying, evaluating and responding to any circumstance.
- * The records the practitioner maintains in relation to the steps taken and the conclusions reached should be sufficient to enable the courts and a reasonable and informed third party to form an opinion on the appropriateness of the practitioner's actions.

8.4 REMUNERATION, DISBURSEMENTS AND SECURITY

8.4.1 REMUNERATION

- * A practitioner's right to be paid is recognised in terms of legislation and is given a high priority of payment from the company's funds.
- * The entitlement to remuneration exists only in respect of necessary and properly performed work.
- * A practitioner is entitled to remuneration only in respect of necessary work done in terms of the rescue proceedings. The term 'necessary' means work that was:
 - connected with the rescue; and
 - done in furtherance of the exercise of the powers and performance of the duties of a practitioner, as required by legislation, the code and applicable professional standards.
- * The practitioner's account may be subject to taxation or review by the Commission or the Master of the High Court of South Africa.
- * The examination of claims for remuneration will necessarily be made with the benefit of hindsight. However, a practitioner may claim for work that may not have produced a positive outcome, provided that the practitioner properly exercised his professional judgment to decide to do the work at the time.
- * In order to claim remuneration for necessary work, the practitioner will need to establish that the work was properly performed.
- * Practitioners should not charge for work done poorly or, at worst, improperly, which required the work to be repeated.

- * Practitioners should rather not make use of a contingency fee remuneration structure since this could lead to a self interest threat regarding objectivity.

8.4.2 DISBURSEMENTS

- * Disbursements may only be claimed if they were reasonably necessary to facilitate the rescue of the company and were properly incurred.
- * In incurring disbursements, practitioners must use their commercial judgment, adopting the perspective and acting with the same care as could be expected of a reasonable person exercising care and skill in incurring expenses on his own behalf.
- * Practitioners should separate disbursements from the expenses of running their practice, which may only be recovered through remuneration.
- * Disbursements are costs paid to third parties by the practitioner, and later claimed back from the company.
- * Appointment of specialists as a disbursement:

A practitioner may engage external professional services as disbursements without creditor approval, but only after exercising proper commercial consideration.
- * The practitioner should consider issues of:
 - expertise;
 - reputation;
 - quality;
 - timeliness;
 - reasonable and appropriate costs and available resources; and
 - applicable professional and ethical standards.
- * Practitioners must assess each engagement of a professional service provider in terms of the interests of creditors and their own fiduciary responsibilities.
- * Where a practitioner engages an industry or other specialist and relies on the advice of that specialist (for example valuation services) in business rescue proceedings, the practitioner should disclose in relevant reports (such as the business rescue plan) or other relevant communications the name and

qualifications of the specialist as well as the areas in which specialist advice was obtained.

- * The practitioner should also document the decision-making process, identifying why the work was necessary and why the particular firm or professional was engaged. While affected persons' approval is not required, they are entitled to be informed of and to understand the decision-making process if the issue is raised.

8.4.3 SECURITY

- * The practitioner should provide security for the proper performance of his duties in all appointments as business rescue practitioner.
- * Security can be provided by means of a bond or insurance to cover loss of assets of the estate or possible damages payable as a result of a breach of his duties.
- * The amount of the bond or insurance should relate to the value of the assets in the rescue estate.

BIBLIOGRAFIE

1. BOEKE

B

Belcher A

1997. *Corporate rescue: A conceptual approach to Insolvency Law*. London: Sweet and Maxwell.

C

Cameron E *et al.*

2002. *Honoré's South African Law of Trusts*. 5de uitg. Kaapstad: Juta.

Cassim F *et al.*

2012. *Contemporary Company Law*. 2de uitg. Kaapstad: Juta.

Cilliers A *et al.*

2001. *Korporatiewe reg*. 3de uitg. Durban: LexisNexis.

D

Davis D *et al.*

2010. *Companies and other Business Structures in South Africa*. 2de uitg. Cape Town: Oxford University Press.

Delport P (red) *et al.*

2014. *Henochsberg on the Companies Act 71 of 2008*. Durban: LexisNexis.

De Wet J en Van Wyk A

1978. *De Wet en Yeats Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg*. 4de uitg. Durban: Butterworths.

Du Plessis J en Fouché M

2006. *A practical guide to Labour Law*. 6de uitg. Durban: LexisNexis.

Du Plessis J en Fouché M

2015. *A practical guide to Labour Law*. 8ste uitg. Durban: LexisNexis.

E

Finch V

2002. *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*. Cambridge: Cambridge University Press.

G

Glover J

1995. *Commercial Equity. Fiduciary Relationships*. Sydney: Butterworths.

Griffin S

1999. *Personal Liability and Disqualification of Company Directors*. Portland: Hart Publishing.

Grogan J

2010. *Dismissal*. Kaapstad: Juta.

Grogan J

2014. *Dismissal*. 2de uitg. Kaapstad: Juta.

H

Harvey N *et al.*

2011. *Turnaround Management & Corporate Renewal. A South African Perspective*. Johannesburg: Wits University Press.

Havenga M

1998. *Fiduciary Duties of Company Directors with Specific regard to Corporate Opportunities*. Transactions of the Centre for Business Law UFS 29. Bloemfontein.

K

Kopel S

2009. *Guide to Business Law*. 5de uitg. Kaapstad: Oxford University Press.

L

Lewis E

1982. *Legal Ethics: A Guide to Professional Conduct for South African Attorneys*. Kaapstad: Juta.

M

McCamus J

2000. *The Evolving Role of Fiduciary Obligation in Meredith Lectures 1998-1999*. The Continued Relevance of the Law of Obligations: Back to Basics. Montreal: Les Editions Yvon Blais; 2000:171-210.

Meskin PM, Galgut (red) *et al.*

2014. *Insolvency Law and its operation in winding-up*. Durban: LexisNexis.

Morse G *et al.*

1999. *Charlesworth and Morse Company Law*. 16de uitg. Londen: Sweet en Maxwell.

N

Naudé S

1970. *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband*. Durban: Butterworths.

Neethling J en Potgieter J

2015. *Deliktereg*. 7de uitg. Durban: LexisNexis.

O

Olivier P

1989. *Trustreg en Praktyk*. 1ste uitg. Pretoria: De Jager-Haum.

P

Pretorius J *et al.*

1999. *Hahlo's South African Company Law through the cases*. 6de uitg. Kaapstad: Juta.

R

Rossouw *et al.*

2006. *Ethics for Accountants and Auditors*. Kaapstad: Oxford University Press.

S

Sharrock R

2012. *Business Transactions Law*. 8ste uitg. Kaapstad: Juta.

Sharrock R, Van der Linde K en Smith A

2012. *Hockly se Insolvensiereg*. 4de uitg. Kaapstad: Juta.

Shepherd J

1981. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswell.

Stafford A en Ritchie S

2008. *Fiduciary Duties. Directors and Employees*. Bristol: Jordans.

V

Van der Merwe S *et al.*

2012. *Kontraktereg Algemene Beginsels*. 4de uitg. Kaapstad: Juta.

Van Heerden C *et al.*

2007. *Grondbeginsels van die Siviele Prosesreg*. Durban: LexisNexis.

2. TYDSKRIFTE

A

Aikin B en Fausti K

2010-2011. Fiduciary: A Historically Significant Standard. *Review of Banking and Financial Law*. 2010-2011(30):155-169.

Anderson C

2004. Miracle workers or ambulance chasers? The role of administrators in the Part 5.3A process. *Insolvency Law Journal*. 2004(12):238-255.

Anderson C

2008. Viewing the proposed South African Business Rescue provisions from an Australian perspective. *Potchefstroom Electronic Law Journal*. 2008(1):1-31.

Armour J, Cheffins B en Skeel D

2002. Corporate Ownership Structure and the Evolution of Bankruptcy Law: Lessons from the United Kingdom. *Vanderbilt Law Review*. 2002(55):1699-1785.

Armour J, Hsu A en Walters A

2008. Corporate Insolvency in the United Kingdom: The Impact of the Enterprise Act 2002. *European Company and Financial Law Review*. 2/2008:148-171.

Armour J en Mokal R

2004. Reforming the Governance of Corporate Rescue: The Enterprise Act 2002. *Centre for Business Research, University of Cambridge. Working Paper* 289:1-47.

Atherton S, Blodgett M en Atherton C

2011. Fiduciary Principles: Corporate Responsibilities to Stakeholders. *Journal of Religion and Business Ethics*. 2(2) artikel 5:1-15.

B

Bainbridge S

2007. Much Ado About Little? Directors' Fiduciary Duties in the Vicinity of Insolvency. *Journal of Business and Technology Law*. 1(2):335-369.

Bekink M

2008. An Historical Overview of the Director's Duty of Care and Skill: From the Nineteenth Century to the Companies Bill of 2007. *South African Mercantile Law Journal*. 2008(20):95-116.

Bienenstock M

1992-1993. Conflicts between Management and the Debtor in Possession's Fiduciary Duties. *Cincinnati Law Review*. 1992-1993(61):543-568.

Blanchard P

2005. Harkness Henry Lecture: Approaches to Business Rehabilitation. *Waikato Law Review*. 2005(13):46-62.

Bradstreet R

2010. The leak in the Chapter 6 lifeboat: Inadequate regulation of Business Rescue Practitioners may adversely affect lenders' willingness and growth of the economy. *SA Mercantile Law Journal*. 2010(22): 195-213.

Bradstreet R

2011. The new business rescue: will creditors sink or swim? *The South African Law Journal*. 2011:352-380.

Bradstreet R

2012. Business Rescue Practitioners: What role for the Legal Profession?. *De Rebus*. July (2012):22-24.

Brupbacher O

2005. Functional Analysis of Corporate Rescue Procedures: A Proposal from an Anglo-Swiss perspective. *Journal of Corporate Law Studies*. 5(1):105-138.

Burdette D

2004(a). Some initial thoughts on the development of a modern and effective business rescue model for South Africa (part 1). *SA Mercantile Law Journal*. 16(2):241-263.

Burdette D

2004(b). Some initial thoughts on the development of a modern and effective business rescue model for South Africa (part 2). *SA Mercantile Law Journal*. 16(3):409-447.

C

Cassidy J

2009. Models for Reform: The Director's Duty of Care in a Modern Commercial World. *Stellenbosch Law Review*. 2009(3):373-406.

Chafer A en Fried J

2002. Managers' Fiduciary Duty Upon the Firm's Insolvency: Accounting for Performance Creditors. *Vanderbilt Law Review*. 2002(55):1813-1844.

Cieri R, Sullivan P en Lennox H

1994. The Fiduciary Duties of Directors of Financially Troubled Companies. *Journal of Bankruptcy Law and Practice*. 1994(3):405-422.

Coetzee L en Van Tonder JL

2014. The Fiduciary Relationship between a Company and its Directors. *Obiter*. 35(2):285-315.

Cohen Z

2001. Directors' Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View. *The Journal of Corporation Law*. 2001(Winter):351-391.

D

Davies P

2006. Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. *European Business Organization Law Review*. 2006(7):301-337.

DeMott D

1988. Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation. *Oxford journal of Legal Studies*. 1988(9):879-924.

Dickfos J en Anderson C

2008. The Sovereign Voluntary administrator. Position of the voluntary Administrator vis a vis the company stakeholders. <http://www98.griffith.edu.au/dspace/handle/10072/24030> (13 November 2014).

Dickfos J

2014. The Regulation of Corporate Insolvency Practitioners: 25 Years on from the Harmer Report (or Everything Old is New Again!). *Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal*. 2014(3):23-44.

Du Plessis

2004. Directors' Duty to use their powers for Proper or Permissible Purposes. *South African Mercantile Law Journal*. 2004:308-326.

Du Plessis

2010. A comparative analysis of directors' duty of care, skill and diligence in South Africa and in Australia. *Acta Juridica*. 2010:263-289.

Duska F

2009. On Fiduciary Duty: Have we Set the Bar Too High? *Journal of Financial Service Professionals*. January 2009:20-22.

E

Esser I en Du Plessis J

2007. The Stakeholder Debate and Directors' Fiduciary Duties. *South African Mercantile Law Journal*. 2007(19): 346-363.

E

Farrar J

1993-1994. Corporate Governance, Business Judgment and the Professionalism of Directors. *Corporation and Business Law Journal*. 1993-1994(6):1-28.

Finch V

2005. Control and co-ordination in corporate rescue. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*. 25(3):374-403.

Finch V

2012. Corporate Rescue: Who is interested? . *Journal of Business Law*. 2012(3):190-212.

Flannigan R

1989. The Fiduciary Obligation. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1989(9):285-322.

Frankel T

2012. Towards Universal Fiduciary Principles. *Boston University School of Law Working Paper*. 2012(12-09):1-34.

Fridman S

2003. Voluntary Administration: Use and Abuse. *Bond Law Review*. 15(2):331-357.

G

Georgakopoulos N

1999. Meinhard v Salmon and the Economics of Honour. *Columbia Business Law Review*. 1999(1):137-164.

Glover J en Duns J

2001. Insolvency Administrations at General Law: Fiduciary Obligations of Company Receivers, Voluntary Administrators and Liquidators. *Insolvency Law Journal*. 2001(9):130-146.

H

Hanno C

2010. The other “F” word: Fiduciary Duties, Fiduciary Waivers, and the Delaware Limited Liability Company. *South Texas Law Review*. 2010(52):101-125.

Hahn D

2004. Concentrated Ownership and the Control of Corporate Reorganisations. *Journal of Corporate Law Studies*. 4(1):117-154.

Harmer R

1997. Comparison of trends in national law: The Pacific rim. *Brooklyn Journal of International Law*. 22(10):139-165.

Harner M

2011. The search for an unbiased fiduciary in corporate reorganizations. *Notre Dame Law Review*. 86(2):496-522.

Havenga M

1989. Company directors – fiduciary duties, corporate opportunities and confidential information. *South African Mercantile Law Journal*. 1989(1):122-131.

Havenga M

1996. Breach of Directors' Duties: Liability on What Basis? *South African Mercantile Law Journal*. 1996(8):366-376.

Havenga M

1997. Directors' Fiduciary Duties Under Our Future Company-law Regime. *South African Mercantile Law Journal*. 1997(9):310-324.

Hawke N

1989. Creditors' Interest in Solvent and Insolvent Companies. *Journal of Business Law*. 1989: 54-60.

Hutcheson M

2009. A New Look at Fiduciary Responsibility. *Journal of Pension Benefits*. 16(3):53-56.

↓

Jacobs L

2012(a). Post-commencement financing and creditors: a South African perspective. *The Company Lawyer*. 33(3):93-95.

Jacobs L

2012(b). Die nuwe ondernemingsreddingspraktisyn: Geneesheer of begrafnisondernemer? 'n Ondersoek na die kwalifikasies van die reddingspraktisyn. *Litnet Akademies*. 9(2):202-228.

Jacobs L

2013. Ondersoek na die bevoegdhede en aanspreeklikheid van die ondernemingsreddingspraktisyn as maatskappydokter. *Litnet Akademies*. 10(1):54-81.

Johnston J

2005. Natural Law and the Fiduciary Duties of Business Managers. *Journal of Markets and Morality*. 8(1):27-51.

K

Keay A

2001. The Director's duty to take into account the interests of the Company Creditors: When is it triggered? *Melbourne University Law Review*. 25:315-339.

Kennedy-Good S en Coetzee L

2006. The Business Judgment Rule (Part 1). *Obiter*. 2006:62-74.

Kennedy-Good S en Coetzee L

2006. The Business Judgment Rule (Part 2). *Obiter*. 2006:277-292.

Kinsler J

1997. Corporate Insolvency Law in Australia and the United States: Uncommon Origins, Dissimilar Objectives. *International Trade and Business Law*. 1997:129-152.

Klein E en Du Plessis J

2005. Corporate Donations, the Best Interest of the Company and the Proper Purpose Doctrine. *University of New South Wales Law Journal*. 28(1):69-97.

Kleitman Y

2014. When creditors reject business rescue. *without prejudice*. 2014 September:6-7.

Kloppers P

1999. Judicial Management- A corporate rescue mechanism in need of reform? *Stellenbosch Law Review*. 1999(10): 417-435.

L

Lamprecht C

2008. Business Rescue replacing judicial management: An assessment of the extent of problems solved. *SA Journal of Accounting Research*. 22(1):183-196.

Langbein J

1996. The Contractarian Basis of the Law of Trusts. *The Yale Law Review*. 105(4):625-675.

Lin L

1993. Shift of Fiduciary Duty Upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors' Duty to Creditors. *Vanderbilt Law Review*. 1993(46):1485-1524.

Loubser A

2004. Judicial Management as a Business Rescue procedure in South African Corporate law. *SA Mercantile Law Journal*. 16(2):137-163.

Loubser A

2005. The Interaction between Corporate Rescue and Labour Legislation: Lessons to be Drawn from the South African Experience. *International Insolvency Review*. Vol 14(i): 57-69.

Loubser A

2008. The Role of Shareholders during Corporate Rescue Proceedings: Always On the Outside Looking In? *SA Mercantile Law Journal*. 20: 372-390.

Loubser A

2010(a). The business rescue proceedings in the Companies Act of 2008: concerns and questions (part 1). *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg.* 2010(3): 501-514.

Loubser A

2010(b). The business rescue proceedings in the Companies Act of 2008: concerns and questions (part 2). *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg.* 2010(4):689-701.

M

McCormack G

2007. Control and Corporate Rescue – An Anglo-American Evaluation. *International and Comparative Law Quarterly.* 2007(56):515-552

McLennan J

2009. Directors' fiduciary duties and the 2008 Companies Bill. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg.* 2009(1):184-190.

Mokal R en Armour J

2004. The New UK Corporate Rescue Procedure – The Administrator's Duty to Act Rationally. *International Corporate Rescue.* 1(3):1-9.

Morrison D en Anderson C

2006. The Australian Insolvency Regime Revisited: A Precipice of the Next Leap Forward. *INSOL International Insolvency Review.* 2006(15):129-145.

N

Nimmer R en Feinberg R

1989. Chapter 11 Business Governance: Fiduciary Duties, Business Judgment, Trustees and Exclusivity. *Bankruptcy Developments Journal.* 1989(6):1-72.

P

Pretorius M

2014. A competency framework for the business rescue practitioner profession. *Acta Commercii*. 14(2):1-15.

R

Rajak H

1998. Rescue Versus liquidation in Central and Eastern Europe. *Texas International Law Journal*. 1998(33):157- 172.

Rajak H en Henning J

1999. Business rescue for South Africa. *The South African Law Journal*. 116(2):262-287.

Rossouw D

1997. Etiese kodes in ondernemings: ontwikkeling en implementering. *Koers*. 62(3):319-331.

Rotman L

2011. Fiduciary Law's "Holy Grail": Reconciling theory and practice in fiduciary jurisprudence. *Boston University Law Review*. 2011(9):921-971.

Rushworth J

2010. A critical analysis of the business rescue regime in the Companies Act 71 of 2008. *Acta Juridica*. 2010:375-408.

S

Salant J

2010. Business rescue operations and the new Companies Act. *De Rebus*. 2010 Jan/Feb.

Sarre R, Doig M en Fiedler B

2001. Reducing the risk of corporate irresponsibility: the trend to corporate social responsibility. *Accounting Forum*. 25(3):300-317.

Scott A

1949. The Fiduciary Principle. *California Law Review*. 37(4):539-555.

Smith D

2002. The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty. *Vanderbilt Law Review*. 2002(55):1399-1497.

Smits A

1999. "Corporate Administration": A proposed model. *De Jure*. 32(1):80-107.

Smit D en Vergottini V

2013. Die invloed van 'n werkgewer se likwidasië en/of boedelsekwestrasie op die diensverhouding met die werknemer, met die oog op ondernemingsredding as moontlike alternatief. *Litnet Akademies*. 10(1):83-107.

Solomon P en Boltar J

2009. Section 136(2) of the Companies Act, 2008-potentially drastic consequences: company law. *without prejudice*. 9(8):26-29.

Swart W

2014. Business Rescue: Do employees have better (reasonable) prospects of success? Commentary on Employees of Solar Spectrum Trading 83 (Pty) Limited v AFGRI Operations Limited (North Gauteng High Court, Pretoria (unreported) 2012-05-16 Case no 6418/2011; 18624/2011; 66226/2011; 66226A/11). *Obiter*. 35(2):406-420.

V

Van Eck S, Borraine A en Steyn L

2004. Fair Labour Practices in South African insolvency law. *South African Law Journal*. 121(4):902-925.

3. VERHANDELINGS EN PROEFSKRIFTE

Blackman M

1970. The Fiduciary Doctrine and its Application to Directors of Companies. PhD – Proefskrif. Universiteit van Kaapstad.

Du Plessis J

1990. Maatskappyregtelike Grondslae van die Regsposisie van Direkteure en Bestuurende Direkteure. LLD – Proefskrif. Universiteit van die Vrystaat.

Jacobs L

2012. 'n Regsvergelykende Analise van Geregtelike Bestuur en Ondernemingsredding ingevolge rrelevante Maatskappywetgewing. LLM – Verhandeling. Universiteit van die Vrystaat

Smit N

2001. Labour Law Implications of the transfer of an undertaking. LLD - Proefskrif. Randse Afrikaanse Universiteit.

4. WETGEWING

4.1 SUID-AFRIKA

Insolvensiewet 24 van 1936.

Maatskappywet 61 van 1973

Wet op Prokureurs 53 van 1979

Wet op die Beheer op Trustgoed 57 van 1988

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

Securities Services Act 36 of 2004

Wet op die Ouditprofessie 26 van 2005

Maatskappywet 71 van 2008

Maatskappywysigingswet 3 van 2011

Legal Practice Act 24 of 2014

4.2 VERENIGDE KONINKRYK

Insolvency Act 1986

Enterprise Act 2002

4.3 AUSTRALIË

Corporations Act 50 of 2001

4.4 VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

Bankruptcy Code

5. VERSLAE

CIPC Draft Status quo Report 2015.

King III Report on Corporate Governance 2009.

King III Practice Note: Guidance on Business Rescue 2009. / Praktyksnota: Leiding op Ondernemingsredding.

UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2005.

6. ETIESE EN GEDRAGSKODES

6.1 SUID-AFRIKA

IRBA - The Independent Regulatory Board for Auditors. Code of Professional Conduct for Registered Auditors. 2009: 1-126.

SAICA – South African Institute of Chartered Accountants. Code of Professional conduct for Chartered Accountants. 2014: 1-140.

SARIPA – South African Restructuring and Insolvency Practitioners Association. Code of Ethics & Professional Conduct. 2014: 1-7.

6.2 VERENIGDE KONINKRYK

IPA – Insolvency Practitioners Association. Insolvency Code of Ethics. Transparency and Confidentiality: A Guidance Note. 2008.

IPA – Insolvency Practitioners Association. Ethics Code for Members. November 2012.

6.3 AUSTRALIË

IPAA – Insolvency Practitioners Association of Australia. Statement of Best Practice. Independence on the Appointment of an Administrator. 2003:1-5.

ARITA – Australian Restructuring, Insolvency and Turnaround Association. ARITA Code of Professional Practice 3rd Edition. 2014: 1-146.

7. INTERNETBRONNE

Austin 2006. Without Fear or Favour. The legal standard of Loyalty and Professional Guidelines.

http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf./pages/SCO_austin1 [29 Augustus 2012].

Blazic 2010. In search of a Corporate Rescue Culture: A review of the Australian Part 5.3A Legislation. <http://ro.uow.edu.au/sbshdr/2010/papers/8> [14 November 2014].

South African Restructuring and Insolvency Practitioners Association http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html. [13 Oktober 2014]

<http://www.cipc.co.za/index.php/manage-your-business/manage-your-company/private-company/changing-status-your-company/application-license-business-rescue-practitioner/> [30 Maart 2015]

<http://www.tma-sa.com/info-centre/articles/144-costs-of-business-rescue-practitioners-view.html>. [30 Maart 2015]

8. REGSPRAAK

A

Absa Bank Ltd v Summer Lodge (Pty) Ltd 2013 5 SA 444 (GNP).

African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Gwhano (Pty) Ltd 1981 (2) SA 173 (T).

B

Bhullar v Bhullar 2003 2 BCLC 241 CA.

Boardman v Phipps 1966 3 All ER 721 (HL); 1967 2 AC 46 (HL).

Bovis Lend Lease Pty Ltd v Wily (2003) 45 ACSR 612.

C

Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd 2011 5 SA 600 (WCC).

Carlen v Drury 1812 35 All ER.

Cohen NO v Segal 1970 (3) SA 702 (W).

Clarke v EH Walton Packaging 2014 (1) BALR 6 CCMA.

Commisioner SARS v Beginsel 2013 (1) SA 307 (WCC).

Commodity Futures Trading Commission v Weintraub 471 US (1985).

Commonwealth Bank of Australia v Irving (1996) 65 FCR 291.

Copper Sunset Trading 220 (Pty) Ltd v Spar Group Ltd ongerapporteerde (saaknommer:365/2014) 9 Mei 2014.

D

Daniels v Anderson 1995 13 ACLC 614.

Dodge v Ford Motor Company 1919 170 N.W 668.

Du Plessis NO v Phelps 1995 (4) SA 165 (C).

E

Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd 1989 (3) SA 71 (T) 107.

Extrasure Travel Insurances Ltd v Scattergood 2003 1 BCLC 598 (ChD).

Employees Solar Trading 83 (Pty) Ltd v AFGRI Operations Limited saaknommers: (6418/2011, 18624/2011, 66226/2011 en 66226A/2011) 16 Mei 2012.

F

Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd 1980 (4) SA 156 (W).

Fisher, Vusela Asset Holdings (Pty) Ltd v Vusela Construction (Pty) Ltd (In Liquidation) ongerapporteerde (saaknommer: 8079/2014) 12 September 2014.

Freshmark (Pty) Ltd v CCMA 2003 (24) ILJ 373 (LAC).

G

Geyer v Ingersoll Publications Co. 628 A.2d 1992.

Gormley v West City Precinct Properties (Pty) Ltd saaknommers: (6418/2011, 18624/2011 en 66226/2011) 18 April 2012.

H

Hogg v Cramphorn Ltd 1967 Ch 254.

Howard v Herrigel 1991 (2) SA 660 (A).

Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd 1974 AC 821 (PC).

I

Imperial Hydropathic Hotel Company, Blackpool v Hampson (1882) 23 ChD 1.

In Re Brazilian Rubber Plantations 1911 1 Ch 425 ChD.

In Re Stockford Ltd (2004) 52 ACSR 279.

Investec Bank Ltd v Bruyns (2012) JOL 28420 (WCC).

K

Koen v Wedgewood Village Golf and Country Estate (Pty) Ltd 2012 (2) SA 378 (WCC).

Klopper NNO v Die Meester NNO 1977 2 SA 477 T.

Knox D'Archy Ltd v Jamieson 1992 (3) SA 520 (W).

Kukama v Lobelo (saaknommer: 38587/2011) [12 April 2012.]

L

Le Roux Hotel Management (Pty) Ltd v E Rand Bank (Pty) Ltd (FBC Fidelity Bank Ltd(under Curatorship), intervening) 2001 2 SA 727 K.

M

Merchant West Working Capitol Solutions (Pty) Ltd v Advanced Technologies and Engineering Company Ltd (saaknommer 12406/2013) [10Mei 2013].

Meter System Holding Ltd v Venter 1993 (1) SA 409 (W).

Mills v Mills 1938 60 CLR 150.

Murgatroyd v Van Den Heerver N.O. and Others (20456/2014) [2014] ZAGPJHC 142; [2014] 4 All SA 89 (GJ); 2015 (2) SA 514 (GJ).

N

Network Exchange Pty Ltd v MIG International Communications Pty Ltd (1994) 13 ACSR 544.

O

Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd 2012(3) SA 273 (GSJ).

P

Patrick Stevedores Operations No 2 Pty Ltd v Maritime Union of Australia (1998) 195 CLR 1).

Phillips v Fieldstone Africa (Pty) Ltd 2004 1 All SA 150 (SCA).

Philotex (Pty) Ltd v Snyman; Braitex (Pty) Ltd v Snyman 1998 (2) SA 138 (SCA).

PNC Telecom plc v Thomas [2008] BCLC 95 (ChD).

R

Re Charnley Davies Ltd 1990 BCC 605.

Regal (Hastings) Ltd v Gulliver 1942 1 All ER 378 (HL).

Re Korda; in the matter of Stockford Ltd (2004) 140 FCR 424.

Re Transbus International Ltd 2004 EWHC 932.

Richter v Bloempro CC saaknommer 69531/2012 (14 Maart 2014).

Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd 1921 AD.

S

Sage Holdings Ltd v Financial Mail (Pty) Ltd 1991 (2) SA 117 (W).

Schutte v Powerplus Performance (Pty) Ltd and Super Group Trading (Pty) Ltd 1999 (2) BLLR 169 (LC).

Securities and Exchange Commission v Chenery Corporation 318 US 80 1943.

Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC 1988(2) SA 54 (T).

Stannard v Fisons Pensions Trust Ltd 1992 IRLR 27.

S v Pouroulis 1993 (4) SA 575 (W): 604.

V

Visser Sitrus (Pty) Ltd v Goede Hoop Sitrus (Pty) Ltd 2014 (5) SA 179 (WCC).

W

Wellman v Marcelle Props 193 2012 JDR 0408 GSJ.

OPSOMMING IN AFRIKAANS

Met die inwerkingtreding van die Maatskappywet 71 van 2008 het 'n nuwe era van korporatiewe redding vir Suid-Afrikaanse maatskappye aangebreek. Hoofstuk 6 van die Wet maak voorsiening vir 'n nuwe reddingskema wat as ondernemingsredding bekend staan. Ondernemingsredding vervang die vorige reddingsmodel in die Suid-Afrikaanse reg, naamlik geregtelike bestuur, wat in die Maatskappywet 61 van 1973 vervat was.

Die sleutelfiguur in die nuwe reddingskema is ongetwyfeld die ondernemingsreddingspraktisyn. Die praktisyn word met omvattende magte en bevoegdhede beklee. Hy neem die beheer en bestuur van die maatskappy oor en die taak van redding rus dus op sy skouers. Tog kan hy weens onbekwaamheid, partydigheid of sorgeloosheid veroorsaak dat die doelstellings van hoofstuk 6, naamlik om alle belanghebbendes in die reddingspoging te beskerm, verydel word.

Die praktisyn word in 'n posisie van vertroue teenoor 'n verskeidenheid ander belanghebbendes geplaas, insluitend die maatskappy, aandeelhouders, werknemers en skuldeisers van die maatskappy.

Artikel 140(3)(b) van die Wet bepaal dat die reddingspraktisyn vir die duur van die verrigtinge dieselfde verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid as die direkteure van die maatskappy het. Die verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid van direkteure word in artikels 75, 76 en 77 van die Wet uiteengesit. Hierdie artikels bevat die kwasi-gekodifiseerde vertrouensverpligtinge van direkteure en maak dus hierdie verpligtinge ook op die praktisyn van toepassing.

Die praktisyn is derhalwe beslis 'n troupligtige. Daar heers egter onsekerheid oor die regsposisie ten aansien van die praktisyn se vertrouensverpligtinge, en derhalwe moet die aard en omvang van dié verpligtinge vasgestel word.

Die studie stel ondersoek in na die praktisyn se verpligting tot goeie trou sowel as sy plig tot sorg en vaardigheid.

Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die praktisyn hom in 'n unieke posisie bevind end at die aard van sy vertrouensverpligtinge eiesoortig is. Daar word verder

bevind dat die praktisyn sy vertrouensverpligtinge aan die geaffekteerde persone verskuldig is in bepaalde rangorde en dat die beskerming van hierdie persone se belange 'n sorgvuldige opweging van belange inhou.

Die studie loop uiteindelik uit op 'n gedragskode vir Suid-Afrikaanse ondernemingsreddingspraktisyns. Hierdie gedragskode kan as rigtingwyser dien wanneer die praktisyn met moeilike etiese besluite of dilemmas gekonfronteer word.

SUMMARY IN ENGLISH

When the Companies Act 71 of 2008 came into effect it brought about a new era of corporate rescue for South African companies. Chapter 6 of the Act provides for a new corporate rescue scheme, known as business rescue. Business rescue replaces the previous South African rescue model, judicial management, contained in the Companies Act 61 of 1973.

The key role player in the rescue scheme is, however, the business rescue practitioner. The practitioner is afforded with extensive powers and rights. He takes over control of the management of the company and the duty to rescue the company rests on his shoulders. It is, however, possible that the purposes of chapter 6 to protect the interests of all stakeholders can be frustrated through the incompetence, partiality and carelessness of the practitioner.

The practitioner is placed in a position of confidence with a number of stakeholders including the company, shareholders, employees and creditors of the company.

Section 140(3)(b) of the Act states that the practitioner has the responsibilities, duties and liabilities of a director of the company for the duration of the rescue proceedings. The responsibilities, duties and liabilities of directors are set out in sections 75, 76 and 77. These sections contain the quasi-codified fiduciary duties of directors and therefore make them applicable to the practitioner.

The practitioner is therefore a fiduciary. There is, however, uncertainty regarding the legal position of the practitioner as fiduciary. For this reason it was necessary to establish the nature and extent of these duties.

This study examined the practitioner's duty to act with good faith as well as his duty to act with care and skill.

In conclusion it is found that the practitioner is in a unique position and that his fiduciary duties are *sui generis* in nature. He owes his fiduciary duties to all the affected persons according to a ranking. It became clear that the protection of these parties' interest will involve a careful balancing of interests.

The study culminates in a code of conduct for South African business rescue practitioners. The code of conduct could act as a compass when the practitioner is confronted with a difficult ethical decision or dilemma.

SLEUTELTERME IN ENGELS

Best Interest

Business Judgement Rule

Business Rescue

Business Rescue Practitioner

Care

Company Law

Corporate Rescue

Fiduciary Duties

Good Faith

Independence

Insolvency Law

Proper Purpose