

**'N REGSVERGELYKENDE ANALISE VAN GEREGETELIKE
BESTUUR EN ONDERNEMINGSREDDING INGEVOLGE
RELEVANTE MAATSKAPPYWETGEWING**

deur

Lézelle Marianné Jacobs

Verhandeling voorgelê as vereiste vir die graad *Magister Legum*, LL.M in
die Fakulteit Regsgeleerdheid, Departement Handelsreg, aan die
Universiteit van die Vrystaat.

Studieleier

Professor E Snyman-Van Deventer
(Universiteit van die Vrystaat)

Medestudieleier

Professor D Burdette
(Nottingham Trent University)

Januarie 2012

ERKENNING EN DANKBETUIGINGS

Alle eer aan my Hemelse Vader vir die geleenthede deur Hom voorsien in liefde en genade.

Hiermee wil ek graag my opregte dank en erkenning uitspreek teenoor die volgende persone wat met hierdie studie gemoeid was:

- * Professor E Snyman-Van Deventer, my studieleier, vir haar waardevolle insette, opbouende kritiek, aanmoediging, geduld en hulpbronne. Sy was altyd bereid om my op die regte koers te hou met die studie, selfs al was dit net om te luister na die ontwikkeling van 'n argument. Dankie Prof.
- * Professor David Burdette van Nottigham Trent Universiteit in die Verenigde Koninkryk, dat hy ingewillig het om as mede-studieleier op te tree en vir sy entoesiastiese bydraes tot die vakgebied.
- * My eggenoot, Dewald, vir al sy liefde, talle opofferings, motivering ondersteuning en geduld.
- * Familie en vriende. In die besonder my ouers, Mnr en Mev Olivier vir hulle liefdevolle aanmoediging en onderskraging.
- * Die personeel aan die Fakulteit Regsgeleerdheid en al my kollegas by die Departement Handelsreg vir die ondersteuning en hulp.
- * Mev H van Tonder van die UV Biblioteek wat my dikwels bygestaan het met soektogte.

INHOUDSOPGAW

Bladsy:

Hoofstuk 1 Algemene Oriëntering

1.	Inleiding	1
2.	Onderwerp van studie	1
3.	Doel van studie	2
4.	Algemene werkswyse en uiteensetting van hoofstukke	3
	4.1 Algemene werkswyse	3
	4.2 Hoofstukindeling	3
	4.3 Ander Jurisdiksies	5
5.	Terminologie en afkortings	6
6.	Tegniese aspekte	7

Hoofstuk 2 Die Geskiedenis van Besigheidsredding

1.	Doelstellings en Werkswyse	8
2.	Inleiding	8
3.	Regshistoriese oorsig	9
4.	Meer onlangse verwickelinge	13
5.	Besigheidsredding: Maatskappywet of Insolvensiewet?	15
	5.1 Opsies	15
	5.2 Die beste opsie vir Suid-Afrika	17

6.	Gevolgtrekking en Samevatting	20
----	-------------------------------	----

Hoofstuk 3 Besigheidsredding: Definisie en Doel

1.	Doelstelling en werkswyse	21
2.	Inleiding	21
3.	Definisie	22
4.	Doel	24
4.1	Behoud van die onderneming teenoor die behoud van die besigheid	26
4.2	'n Groter uitbetaling aan skuldeisers	28
4.3	Reddingskultuur	29
4.4	Die doel van besigheidsredding ingevolge regspraak	30
4.1.1	Rehabilitasie	30
4.1.2	Behoud van die besigheid	31
4.1.3	Moratorium	31
5.	Gevolgtrekking en Samevatting	32

Hoofstuk 4 Die Vereistes

1.	Doelstelling en Werkswyse	33
2.	Inleiding	34
3.	Geregtelike Bestuur	35
3.1	Oorsaak	35
3.2	Vereistes ingevolge die 1973 Maatskappywet	36

3.2.1	Onvermoë om skuld te betaal	36
3.2.2	Versuim om 'n suksesvolle onderneming te word	38
3.2.3	'n Redelike waarskynlikheid	39
3.2.4	Reg en billik	42
3.3	Toepassingsgebied	46
4.	Ondernemingsreddingskemas: Vereistes ingevolge 2008 Wet	48
4.1	Maatskappybesluit ingevolge artikel 129	48
4.1.1	Finansiële nood	49
4.1.2	Redelike vooruitsig	51
4.2	Ondernemingsredding by wyse van 'n hofbevel (artikel 131)	52
4.2.1	Maatskappy in versuim	53
4.2.2	Reg en billik om finansiële redes	54
4.2.3	Toepassingsgebied	55
5.	UNCITRAL	56
5.1	Skuldenaar	56
5.2	Skuldeiser	57
6.	Gevolgtrekking en Samevatting	58

Hoofstuk 5 Die Proses

1.	Doelstelling en Werkswyse	64
2.	Geregtelike bestuur - Maatskappywet 61 van 1973	64

2.1	Die aanvang van die reddingsproses	64
2.2	Die verloop van die reddingsproses	67
2.2.1	Voorlopige bevel en die aanstelling van die voorlopige geregtelike bestuurder	67
2.2.2	Vergaderings van skuldeisers en lede	68
2.2.3	Finale geregtelike bestuursbevel en die aanstelling van die finale geregtelike bestuurder	69
2.3	Gevolge van die reddingsproses	70
2.3.1	Moratorium	70
2.4	Beëindiging van die reddingsproses	72
3.	Ondernemingsredding - Maatskappywet 71 van 2008	73
3.1	Die aanvang van die reddingsproses	73
3.1.1	Maatskappybesluit ingevolge artikel 129	74
3.1.2	Hofaanzoek deur 'n geaffekteerde persoon ingevolge artikel 131	78
3.1.3	Bevel deur die hof ingevolge artikel 131(7)	81
3.2	Die verloop van die reddingsproses	82
3.2.1	Ondersoek deur die praktisyn	82
3.2.2	Eerste vergaderings	82
3.2.2.1	Vergadering van skuldeisers	82
3.2.2.2	Vergadering van werknemers of verteenwoordigers	83
3.2.3	Die ondernemingsreddingsplan	84
3.2.3.1	Inhoud van die plan	85

3.2.3.2	Vergadering ter oorweging van die plan en toekoms van die maatskappy	89
3.2.3.3	Versuim om die reddingsplan aan te neem	91
3.3	Gevolge van die reddingsproses	91
3.3.1	Moratorium	92
3.4	Beëindiging van die reddingsproses	94
4.	UNCITRAL	95
4.1	Die aanvang van die reddingsproses	95
4.1.1	Aanvang deur skuldenaar	96
4.1.2	Aanvang deur skuldeisers	96
4.1.3	Bevoegdheid om aansoek te weier	97
4.1.4	Kennis aan belanghebbendes	97
4.2	Die verloop van die reddingsproses	99
4.2.1	Vergaderings van skuldeisers	99
4.2.2	Die reddingsplan	101
4.2.2.1	Aard en vorm van die plan	102
4.2.2.2	Voorlegging van die plan	102
4.2.2.3	Inhoud van die plan	104
4.2.2.4	Goedkeuring van die plan	105
4.2.2.5	Nie-goedkeuring van die plan	106
4.2.2.6	Effek van 'n goedgekeurde plan	108
4.3	Die gevolge van die reddingsproses	109

4.3.1	Moratorium	108
4.4	Die beëindiging van die reddingsproses	111
5.	Gevolgtrekking en Samevatting	112

Hoofstuk 6 Die Geregtelike Bestuurder en Ondernemingsreddingspraktisyn

1.	Doelstelling en werkswyse	118
2.	Inleiding	119
3.	"Skuldenaar in besit" teenoor vervanging van die bestuur	120
4.	Kwalifikasies en vereistes	123
4.1	Vereistes ingevolge wetgewing	125
4.1.1	Maatskappywet 61 van 1973	125
4.1.2	Maatskappywet 71 van 2008	126
4.1.3	UNCITRAL	129
4.2	Kennis en ondervinding	130
4.2.1	Maatskappywet 61 van 1973	130
4.2.2	Maatskappywet 71 van 2008	131
4.2.3	UNCITRAL	137
4.3	Persoonlike eienskappe	137
5.	Bevoegdhede en verpligtinge	138
5.1	Maatskappywet 61 van 1973	138
5.2	Maatskappywet 71 van 2008	142

5.3	UNCITRAL	147
6.	Sekuriteit en vergoeding	148
6.1	Maatskappywet 61 van 1973	148
6.2	Maatskappywet 71 van 2008	149
6.3	UNCITRAL	151
7.	Botsende belange	153
7.1	Maatskappywet 61 van 1973	153
7.2	Maatskappywet 71 van 2008	154
7.3	UNCITRAL	155
8.	Persoonlike aanspreeklikheid	156
8.1	Maatskappywet 61 van 1973	156
8.2	Maatskappywet 71 van 2008	156
8.3	UNCITRAL	158
9.	Regulerende liggaam	158
9.1	Maatskappywet 61 van 1973	159
9.2	Maatskappywet 71 van 2008	160
9.3	UNCITRAL	161
10.	Gevolgtrekking en Samevatting	161

Hoofstuk 7 Rolspelers

1.	Doelstelling en werkswyse	168
2.	Inleiding	169
3.	Die Hof	169
3.1	Maatskappywet 61 van 1973	169
3.2	Maatskappywet 71 van 2008	170
3.3	UNCITRAL	171
4.	Die direksie en aandeelhouers	172
4.1	Maatskappywet 61 van 1973	172
4.1.1	Die direksie	172
4.1.2	Die aandeelhouers	175
4.2	Maatskappywet 71 van 2008	176
4.2.1	Die direksie	176
4.2.2	Die aandeelhouers	177
4.3	UNCITRAL	178
4.3.1	Die direksie	178
4.3.2	Die aandeelhouers	179
5.	Die werknemers en vakbonde	179
5.1	Maatskappywet 61 van 1973	179
5.2	Maatskappywet 71 van 2008	181
5.3	UNCITRAL	183

6.	Die skuldeisers	184
6.1	Maatskappywet 61 van 1973	184
6.2	Maatskappywet 71 van 2008	185
6.3	UNCITRAL	186
7.	Gevolgtrekking en Samevatting	186
Hoofstuk 8 Gevolgtrekking en Aanbevelings		189
Aanhangsels		200
Bibliografie		200
1.	Boeke	200
2.	Tydskrifte	201
3.	Wetgewing	207
4.	Verslae	207
5.	Internasionale instrumente	207
6.	Internetbronne	208
7.	Regspraak	208
Opsommings		210
1.	Afrikaans	210
2.	Engels	211
Sleuteltermes in Engels		212

HOOFSTUK 1

ALGEMENE ORIËTERING

***"A developing economy cannot lightly permit companies which help to comprise its industries and commercial enterprises to be dissipated by winding-up and dissolution due to some temporary setback in cases where there is a reasonable probability that they would, if granted a moratorium, be able to overcome their difficulties, discharge their debts and become successful concerns."*¹**

- Professor JJ Henning, 1992

1. INLEIDING

Die huidige ekonomiese klimaat bring mee dat al hoe meer maatskappye onder finansiële druk verkeer. Ingevolge 'n verslag deur Statistiek Suid-Afrika is daar vanaf 1 Januarie 2005 tot en met 31 Desember 2010 10484 maatskappye in Suid-Afrika gelikwideer, wat beteken dat daar gemiddeld 1700 maatskappye per jaar oor die tydperk gelikwideer is.² Dit is dus duidelik dat die wetgewer moes optree in 'n poging om die likwidasiëgetalle te laat afneem. Wanneer 'n besigheid onsuksesvol is, beïnvloed dit verskeie partye. Nie net word die skuldeisers van die maatskappy daardeur geraak nie, maar ook die werknemers, beleggers en verskaffers van die maatskappy.³ Dit kan selfs negatiewe sosio-ekonomiese gevolge ten opsigte van die gemeenskap waarbinne dit funksioneer, veroorsaak. Navorsing op die gebied van besigheidsredding is derhalwe relevant en aktueel.

¹ Henning 1992: 91.

² Statistiek Suid-Afrika 24 Januarie 2011.

³ Loubser 2007: 445.

2. ONDERWERP VAN DIE STUDIE

Maatskappye wat in finansiële nood verkeer moes in die verlede ingevolge die Maatskappywet 61 van 1973 by die hof aansoek doen om 'n geregtelike bestuursbevel. Die doel van sodanige bevel was aanvanklik die rehabilitasie van die maatskappy in finansiële nood, maar die prosedure het egter in verskeie opsigte te kort geskied.

Die nuwe Maatskappywet 71 van 2008 wat op 1 Mei 2011 in werking getree het, vervang die vorige model van geregtelike bestuur⁴ met die van 'n ondernemingsreddingskema.

Beide modelle het ten doel om maatskappye wat onder finansiële druk verkeer die geleentheid te bied om likwidasierrigtinge te vermy en weereens suksesvolle ondernemings te word.

'n Vergelyking tussen die twee modelle sal hoofsaaklik dien as die onderwerp van hierdie studie.

3. DOEL VAN DIE STUDIE

Die doel van hierdie studie is tweeledig. Eerstens om die twee reddingsprosedures te verken en die wesenlike verskille aan te spreek. Tweedens sal die effektiwiteit van die prosedures bestudeer word deur 'n regsvergelende studie van soortgelyke prosedures internasionaal.

Die studie het ten doel om ondermeer die tekortkominge van die vorige reddingsmodel naamlik geregtelike bestuur, uit te wys. Daar sal verder ook gepoog word om 'n volledige uiteensetting te gee van die prosedurele aspekte sowel as die effektiwiteit van die nuwe

⁴ Besigheidsreddingsmodel soos vervat in die Maatskappywet 61 van 1973.

ondernemingsreddingskema soos beoog in die Maatskappywet 71 van 2008.

4. ALGEMENE WERKSWYSE EN UITEENSETTING VAN HOOFSTUKKE

4.1 ALGEMENE WERKSWYSE

Hierdie studie behels 'n ondersoek na die posisie van besigheidsredding in die 1973 Wet, die 2008 Wet sowel as die voorgestelde model vervat in die UNCITRAL-gids.

Die reddingsposisie in die 1973 Wet word met die posisie in die 2008 Wet vergelyk ten einde vas te stel hoe dit van mekaar verskil en of die 2008 Wet verbeter het op die vorige reddingsmodel asook om enige tekortkominge wat bestaan uit te wys. Die nuwe 2008 reddingsmodel word verder met die voorgestelde internasionale model vervat in die UNCITRAL-gids vergelyk sodat daar vasgestel kan word in watter mate die ondernemingsreddingsmodel afwyk van die voorgestelde UNCITRAL-model.

Die studie volg die benadering van Finch ten einde die potensiële sukses van die reddingsmodel te bepaal deur die hoof bestuurstake wat in verband met die redding uitgevoer moet word te identifiseer, vas te stel of die rolspelers en prosesse betrokke in harmonie saamwerk ten einde 'n redding te bewerkstelling wat effektief, deskundig, verantwoordelik en

regverdig is.⁵

4.2 HOOFSTUKINDELING

Ten einde 'n volledige studie van besigheidsreddingsprosedures te volvoer, was dit nodig om na die oorsprong van die prosedure te gaan kyk. Derhalwe sal die studie 'n aanvang neem met 'n kort historiese oorsig van die reddingsprosedures in die Suid-Afrikaanse reg. Tydens die historiese oorsig sal daar veral aandag geskenk word aan die ontwikkeling van beginsels vir die reddingsmodel asook die formulering van die vereistes waaraan maatskappye moet voldoen ten einde in aanmerking vir besigheidsredding te kom.

Hoofstuk 3 van die studie behels 'n ondersoek na die definisie en doel van besigheidsredding. Aangesien dit blyk dat daar 'n aantal verskillende sienings oor die doelstellings van 'n besigheidsreddingsprosedure bestaan, is dit nodig om die verskillende definisies te ontleed en die beredenering daaragter te analiseer ten einde vas te kan stel wat deur die prosedure bereik wil word. Daar sal tot die gevolgtrekking gekom word dat die definisie en doel wat aan 'n prosedure geheg word, 'n invloed op die uitkoms van die prosedure het.

Die vereistes waaraan daar voldoen moet word alvorens 'n besigheidsreddingsprosedure 'n aanvang kan neem word in hoofstuk 4 van die studie bespreek. Die aanvangstandaard vir ondernemingsredding verskil aansienlik van die vereistes gestel in die 1973 Maatskappywet. Die verskille word in hierdie hoofstuk ondersoek. Die aanvangstandaard speel 'n groot rol in die sukses van 'n reddingstelsel. Die standaard kan nie so eenvoudig wees dat dit deur die skuldenaar of ander partye misbruik word nie, maar ook nie te

⁵ Finch 2005: 375.

ingewikkeld dat geen skuldenaar ooit daaraan sal kan voldoen nie. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die nuwe reddingsmodel 'n gebalanseerde aanvangstandaard bevat en dat daar dus verskeie verbeterings op hierdie gebied aangebring is.

Hoofstuk 5 van die studie fokus in hoofsaak op die prosedurele aspekte aangaande ondernemingsredding. Daar word ondersoek ingestel na die vorm van maatskappybesluite, aansoeke, kennisgewings en vergaderings. Die prosedure van 'n reddingstelsel moenie te duur of tydsaam wees nie aangesien geld en spoedige optrede van belang is in verrigtinge van hierdie aard. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die 2008 Wet wel 'n paar verbeterings aan die proses aangebring het, maar dat sekere aspekte steeds aandag moet geniet.

Een van die belangrikste rolspelers in 'n reddingsproses is verseker die persoon wat die bestuur moet oorneem en die maatskappy moet red. Om hierdie rede word hoofstuk 6 van die studie afgestaan aan 'n bespreking aangaande die insolvensiepraktisyn. Die geregtelike bestuurder en ondernemingsreddingspraktisyn word met mekaar vergelyk, wat betref kwalifikasies, kennis, vaardigheid en persoonlike eienskappe. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die nuwe reddingsmodel poog om beter gekwalifiseerde persone in hierdie belangrike amp te plaas.

In hoofstuk 7 van die studie word daar gehandel met die ander belanghebbende partye, naamlik die hof, direksie, aandeelhouers, werknemers en skuldeisers. Daar word ondersoek ingestel na die wysiging in hierdie persone se regte.

Die studie word afgesluit deur 'n gevolgtrekking en aanbevelings op die gebied in hoofstuk 8.

4.3 ANDER JURISDIKSIES

Die fokus in hierdie studie word op die Verenigde Nasies se gids ten aansien van insolvensiereg geplaas. Die gids word deur verskeie lande in die ontwikkeling van hul insolvensiewetgewing geraadpleeg en het ten doel om 'n geharmoniseerde insolvensieraamwerk daar te stel. Deurdat 'n land se insolvensiesisteem voldoen aan die internasionale standaarde soos uiteengesit in die gids, kan daardie land makliker geïdentifiseer word as 'n land met 'n sterk ekonomiese stelsel waardig van belegging.⁶

Tydens 'n sitting van die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies op 2 Desember 2004 is die volgende belangrike aspekte aangaande die gids uitgelig:

"Noting the growing realization that reorganization regimes are critical to corporate and economic recovery, the development of entrepreneurial activity, the preservation of employment and the availability of finance in the capital market."

asook

"Recognizing the need for cooperation and coordination between international organizations active in the field of insolvency law reform to ensure consistency and alignment of that work and to facilitate the development of international standards."

Tydens hierdie sitting is daar ook aanbeveel dat 'n land wat die ekonomiese effektiwiteit van sy insolvensiesisteem evalueer of die wetgewing in verband met insolvensie hersien, genoegsame oorweging moet skenk aan die bepalings van die gids.

Dit is dus duidelik waarom daar in die studie verkies word om die bepalings aangaande die nuwe ondernemingsreddingsverrigtinge aan die riglyne vervat in die gids te meet.

Waar van toepassing word daar wel na spesifieke ander jurisdiksies

⁶ *"Recognizing the importance to all countries of strong, effective and efficient insolvency regimes as a means of encouraging economic development and investment".*

verwys.

5. TERMINOLOGIE EN AFKORTINGS

Besigheidsredding - 'n Algemene verwysing na 'n reddingsmodel.

Geregtelike bestuur – Die besigheidsreddingsmodel soos vervat in die Maatskappywet 61 van 1973.

Insolvensiepraktisyn - 'n Algemene verwysing na die persoon wat optree as administrateur.

Kommissie - Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele Eiendom

Ondernemingsreddingskema – Die besigheidsreddingsmodel soos vervat in die nuwe Maatskappywet 71 van 2008.

UNCITRAL - *The United Nations Commission on International Trade Law*

UNCITRAL - gids (of slegs gids) - *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*

6. TEGNIESE ASPEKTE

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

Hierdie studie handel met die reg soos op 1 November 2011.

HOOFSTUK 2

DIE GESKIEDENIS VAN BESIGHEIDSREDDING

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 DOELSTELLINGS

Alhoewel Suid-Afrikaanse pogings tot dusver tot 'n geslaagde besigheidsreddingsmodel grootliks onsuksesvol was, moet dit steeds gemeld word dat Suid-Afrika eintlik baanbrekerswerk op die gebied verrig het.

Die hoofstuk het ten doel om die ontstaan en ontwikkeling van besigheidsredding te ontleed.

1.2 WERKSWYSE

In hierdie hoofstuk word daar ondersoek ingestel na die historiese ontwikkeling van die besigheidsreddingsmodel, tot en met die nuwe ondernemingsreddingskema soos vervat in die nuwe Maatskappywet.¹ Laastens sal die vraag na waarin besigheidsredding tuis hoort, ontleed word.

2. INLEIDING

Baie lande het in die laaste paar dekades begin om besigheidsreddingsmodelle in hul wetgewing te voeg, maar van die lande wat hul reddingsmodelle vroeër geskep het, is Suid-Afrika een van die eerstes.² Geregtelike bestuur was 'n nuwe konsep in die vroeë 1920's en ander jurisdiksies het na Suid-Afrika gekyk

¹ Maatskappywet 71/2008.

² Rajak en Henning 1999: 262. Smith 2001: 145. *"This local innovation entered our law via the Companies Act of 1926, thus preceding the business rescue provisions in countries such as Britain, Australia, Canada and the United States"*.

vir leiding in die ontwikkeling van hul eie wetgewing.³ Die volgende lande het ook besigheidsreddingsmodelle in hul wetgewing gevoeg: die Verenigde State van Amerika in 1978, Italië in 1979, Frankryk in 1985, die Verenigde Koninkryk in 1986,⁴ Singapoer in 1987, Nederland in 1988, Australië in 1992 en Duitsland in 1999.⁵

3. REGSHISTORIESE OORSIG

Vir talle eeue is daar reg oor die wêreld in verskeie regstelsels van buitengewone billikheidsremedies gebruik gemaak om persone tegemoet te kom wat as gevolg van omstandighede buite hul beheer nie in staat is om hul verpligtinge na te kom nie.⁶ Hierdie remedies staan as *moratoria* bekend, alhoewel nie almal tegnies as sodanig getipeer is nie.⁷ 'n Moratorium kan omskryf word as 'n regs weldaad in die vorm van 'n vertraging oftewel uitstel van verpligtinge van owerheidsweë verleen aan persone wat hulself in finansiële nood bevind.⁸ Een van die bekende tipe moratoriums kan gevind word in die sogenaamde *surchéance van betaalinge*, soos dit in die Romeins-Hollandse reg bekend gestaan het.⁹ *Surchéance* is afkomstig van die Franse woord *surcéance* of *surseoir* wat beteken "uitstel" of "opskort".¹⁰

Die *surchéance van betaalinge* het gemeenregtelik naas die *cessio bonorum* ontwikkel in die Suid-Afrikaanse reg.¹¹ Terwyl die *cessio bonorum* gesien kan word as 'n algemene afstanddoening van die bates van die skuldenaar en

³ Bradstreet 2011: 353-354. "...in fact, judicial management formed the basis of Australia's former rescue regime, official management". Sien ook Anderson 2008: 4.

⁴ Vir 'n volledige bespreking aangaande die ontwikkeling van korporatiewe redding in die Verenigde Koninkryk sien Armour *ea* 2008: 148-171.

⁵ Kloppers 1999: 417.

⁶ Henning 1991: 523-524.

⁷ Henning 1991: 524.

⁸ Henning 1991: 524.

⁹ Henning 1991: 525.

¹⁰ Henning 1991: 526. *Surchéance van betaalinge* is egter 'n eg Romeins-Hollandse regsfiguur en nie van Franse afkoms nie.

¹¹ Henning 1991: 535.

verpligte sekwestrasie as 'n algemene beslaglegging op die bates van die skuldenaar ten behoeve van sy skuldeisers, kan *surchéance* gekarakteriseer word as 'n algemene uitstel van betaling wat aan 'n skuldenaar verleen word.¹² *Cessio bonorum* was gerig op die likwidasië van die vermoë van die skuldenaar, terwyl *surchéance* bedoel was om aan die skuldenaar tyd te gun om sy sake in orde te kry om uiteindelik sy likiditeit te herstel en sodoende insolvensie te vermy.¹³ Hierdie gemeenregtelike remedie toon verskeie ooreenkomste met 'n besigheidsreddingsmodel. *Surchéance* handhaaf die skulde en laat die skuldenaar toe om sy bates intussen te behou hoewel nie die uitsluitlike beheer daarvan nie.¹⁴ Die remedie is hoofsaaklik verleen in omstandighede waar dit nie in die skuldenaar of die skuldeisers se belang is dat die skuldenaar insolvent word nie.¹⁵ Verskeie wette en hofuitsprake het uiteindelik gelei tot die afskaffing van die *surchéance* in Suid-Afrika.¹⁶ Sommige kenners, soos Henning, is van mening dat *surchéance* nie die enigste *fons et origo* van die Suid-Afrikaanse reddingsmodel is nie, maar indien die menige raakpunte oorweeg word, kan daar verseker 'n saak uitgemaak word dat dit wel 'n beduidende rol in die oorsprong van besigheidsreddingsmodelle gespeel het.

Die konsep van 'n besigheidsreddingsmodel, soos dit huidiglik aan die reg bekend is, is in die Maatskappywet van 1926¹⁷ vir die eerste keer in die Suid-Afrikaanse reg as “geregtelike bestuur” bekendgestel.¹⁸ Volgens regter Josman was hierdie 'n progressiewe benadering in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg deurdat die beginsel nie vanaf die Engelse Maatskappywet afkomstig was nie.¹⁹ Soos hiebo aangedui het Engeland eers in 1986 vir die

¹² Henning 1991: 535.

¹³ Henning 1991: 535.

¹⁴ Henning 1991: 535.

¹⁵ Henning 1991: 535.

¹⁶ Henning 1991: 523.

¹⁷ Maatskappywet 46/1926.

¹⁸ *Le Roux Hotel Management (Pty) Ltd v E Rand Bank (Pty) Ltd (FBC Fidelity Bank Ltd (under Curatorship), intervening)* 2001 2 SA 727 K.

¹⁹ *Le Roux Hotel Management (Pty) Ltd v E Rand Bank (Pty) Ltd (FBC Fidelity Bank Ltd (under Curatorship), intervening)* 2001 2 SA 727 K. Die Engelse maatskappyereg is gewoonlik die bron van inspirasie vir maatskappyregtelike aangeleenthede.

eerste keer 'n statutêre besigheidsreddingsmodel in hul wetgewing gevoeg.²⁰ Selfs die Engelse *Consolidation Act* van 1908, waarop die 1926 Maatskappywet gegrond is, het geen soortgelyke bepaling bevat nie.²¹

Artikels 195 tot 198 van die 1926 Maatskappywet het die hof die bevoegdheid gegee om in uitsonderlike gevalle waar 'n aansoek vir die likwidasië van 'n maatskappy ingedien is, eerder 'n geregtelike bestuurder aan te stel.²²

Olver haal 'n interessante gedeelte uit die Hansard aan, wat handel oor 'n parlementslid se siening in 'n toespraak op 25 Februarie 1926 oor die invoeging van 'n besigheidsreddingsmodel in die Suid-Afrikaanse reg:

*"In regard to the point made by the honourable member for Peninsula [South] [Sir Drummond Chaplin]... these sections derived from the practice in England and America under which receivers in equity are appointed, in the case of an important concern in regard to which there is some fear that it would go into liquidation; one which can pay its debts and which can be helped by someone officially appointed for this purpose. Powers of that kind would be used sparingly by the courts. To take a hypothetical case. You might have a large wool factory getting into difficulties and which ought to be helped because it is an institution that helps the country. Then your court could intervene, when it is shown that this concern is solvent, and thus help it through its difficulties. I quite admit that this is a power that would not be used in any country very much, and has not been used much in England and America, but it might be used to save a concern, and it is for such sparing use that it has been inserted in the bill. The concerns you would like to help with this power are industrial concerns such as factories manufacturing articles in South Africa. You might be able to help a few of these concerns out of the mire at times."*²³

Uit die aangehaalde gedeelte is dit duidelik dat geregtelike bestuur as 'n besigheidsreddingsmodel geskep is en gesien is as 'n prosedure wat slegs 'n byvoeging tot likwidasië is.²⁴ 'n Verdere aanduiding hiervan was die feit dat geregtelike bestuur aan die einde van die hoofstuk aangaande likwidasië in die

²⁰ *Le Roux Hotel Management (Pty) Ltd v E Rand Bank (Pty) Ltd (FBC Fidelity Bank Ltd (under Curatorship), intervening)* 2001 2 SA 727 K.

²¹ Loubser 2004: 139.

²² 46/1926: art 195- 198; Olver 1986: 84.

²³ Olver 1986: 84. "As far as I could ascertain, these remarks are the only official comments on record for the introduction of judicial management into our legal system." *House of Assembly debates vol 6 1926-02-25 col 996-997.*

²⁴ Olver 1986: 86. "First, judicial management has historically been seen as an adjunct to liquidation."

1926 Wet geplaas is.²⁵

Die huidige geregtelike bestuursmodel is afkomstig van die 1926 Maatskappywet,²⁶ maar daar is tussen 1926 en 1973 wysigings aan die oorspronklike model aangebring.²⁷

Aanvanklik het geregtelike bestuur, as besigheidsreddingsmodel, nie voorsiening gemaak vir die instel van 'n moratorium op die eise van die maatskappy se skuldeisers nie.²⁸ Die proses het egter nie veel sukses gehad nie, aangesien die maatskappy se skulde nie vir 'n oomblik op sy geplaas kon word nie. Dit is reggestel deurdat die 1932 Wysigingswet²⁹ voorsiening gemaak het vir 'n moratorium ten einde die maatskappy meer doeltreffend te kan beskerm.³⁰

In 1939 het die verslag deur die Lansdown-Kommissie verdere wysigings meegebring.³¹ Een van hierdie wysigings het die geregtelike bestuurder in staat gestel om geld wat tydens die geregtelike bestuursproses beskikbaar geword het, vir die koste van die proses aan te wend, asook om die eise van krediteure te dek.³²

Na die verslag van die Millin-Kommissie in 1948, is die Maatskappywysigingswet in 1952 gepromulgeer.³³ Die wysigings hierin vervat, was daarop gemik om groter juridiese beheer oor die geregtelike bestuursproses mee te bring, deur byvoorbeeld te bepaal dat die maatskappy se bates slegs vervreem kan word met die toestemming van die hof.³⁴ Hierdie Wysigingswet het verder 'n bepaling vervat ingevolge waarvan daar 'n plig op die geregtelike bestuurder geplaas is

²⁵ Olver 1986: 86. Geregtelike bestuur is eers in die 1973 Maatskappywet in 'n afsonderlike hoofstuk geplaas.

²⁶ 46/1926.

²⁷ Rajak en Henning 1999: 265.

²⁸ Rajak en Henning 1999: 265.

²⁹ Wysigingswet 11/1932.

³⁰ Rajak en Henning 1999: 265.

³¹ Rajak en Henning 1999: 265.

³² Rajak en Henning 1999: 265.

³³ Maatskappywysigingswet 46/1952; Rajak en Henning 1999: 265.

³⁴ Rajak en Henning 1999: 265.

om aansoek te doen vir die likwidasië van die maatskappy waar hy oortuig is dat die voortsetting van die proses nie die maatskappy in staat sal stel om sy skulde te kan vereffen nie.³⁵

Een van die belangrikste wysigings wat deur die Wysigingswet ingevoeg is, is die formulering van die vereiste dat enige gelde wat deur die loop van die geregtelike bestuursproses beskikbaar word, eerstens aangewend moet word vir die kostes verbonde aan die geregtelike bestuursproses, daarna vir die dryf van die besigheid en daarna eers vir die uitbetaling aan skuldeisers.³⁶

Hierna het die Van Wyk de Vries-Kommissie, in die vroeë 1970's ondersoek ingestel na die konsolidasië van die Maatskappywet.³⁷ Die Meesterskantoor het op hierdie stadium gevra dat geregtelike bestuur in die geheel uit die wet geskrap moet word vanweë die lae sukseskoers van geregtelike bestuur.³⁸ Die verslag van die Van Wyk de Vries Kommissie het egter nie aanbeveel dat geregtelike bestuur geskrap behoort te word nie en gevolglik is geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmodel ook vervat in die 1973 Maatskappywet.³⁹

Die Maatskappywet van 1973 het gehoor gegee aan die aanbevelings vervat in die verslag van die Van Wyk de Vries-Kommissie.⁴⁰ Die aanbevelings was daarop gerig om die hof van die nodige werktuie te voorsien ten einde 'n meer betroubare assessering van die maatskappy se waarskynlikheid op herstel te fasiliteer.⁴¹

³⁵ Rajak en Henning 1999: 265-266.

³⁶ Rajak en Henning 1999: 266.

³⁷ Burdette 2004: 247.

³⁸ Burdette 2004: 247.

³⁹ 61/1973; Burdette 2004: 247; Loubser 2004: 139. Sien ook Rajak en Henning 1999: 266. *"But the Commission of Enquiry showed faith in judicial management. While conceding that the regime had been successful in only a small percentage of cases, the Van Wyk de Vries Commission argued that the retention of the regime was justified by the successful cases."*

⁴⁰ Rajak en Henning 1999: 266.

⁴¹ Rajak en Henning 1999: 266. *"The consolidation of the Companies Act in 1973 embodied the recommendations contained in the report of the Van Wyk de Vries Commission, which, in relation to judicial management, were aimed at instituting suitable machinery to provide the court with a reliable assessment as to the likelihood that the company would recover sufficiently to pay its debts in full."*

Die Lansdown-, Millin- en die Van Wyk de Vries-Kommissies se verslae het met optimisme na geregtelike bestuur verwys ten spyte van die lae sukseskoers van die model.⁴² Baie min maatskappye het van die reddingsmodel gebruik gemaak en van die wat dit wel gewaag het, het minder as twintig persent daarin geslaag om likwidasië te vermy.⁴³

4. MEER ONLANGSE VERWIKKELINGE

Besigheidsredding het in die tussentyd 'n saak van belang geword vir die regering, aangesien dit beskou is as 'n metode om die hoë likwidasiësyfers en gevolglike werksverlies aan te spreek.⁴⁴ Suid-Afrika se behoefte aan 'n effektiewe besigheidsreddingsprosedure het 'n saak van dringendheid geword.⁴⁵

Beide die Departement van Justisie en die Departement van Handel en Nywerheid het in die daaropvolgende tyd gewerk aan die formulering van geskikte wetgewing ten einde die behoefte aan te spreek.⁴⁶

Die Departement van Justisie het met 'n Besigheidsreddingskonsepwetsontwerp na vore gekom, maar hierdie wetsontwerp is nog nie gepubliseer sedert dit in 2004 geformuleer is nie.⁴⁷ Die Departement van Handel en Nywerheid het op hul beurt aan 'n konsepwetsontwerp vir 'n nuwe maatskappywet begin werk, waarin die kwessie van besigheidsredding voldoende aandag sou geniet.⁴⁸

Die nuwe besigheidsreddingsmodel het na vore gekom in 2007 toe die Departement van Handel en Nywerheid die eerste wetsontwerp in Februarie

⁴² Rajak en Henning 1999: 266.

⁴³ Bradstreet 2011: 353.

⁴⁴ Loubser 1997: 158.

⁴⁵ Loubser 1997:158; Lamprecht 2010.

http://findarticles.com/p/articles/mi_qa5377/is_201006/ai_n55067354 [2 Maart 2011] "One of the areas for review focused on the current system of judicial management, and acknowledged that it appeared that judicial management was rarely used, even more rarely led to successful conclusion, and gone almost unchanged since 1926."

⁴⁶ Loubser 1997: 158-159.

⁴⁷ Loubser 1997: 159.

⁴⁸ Loubser 1997: 159.

gepubliseer het.⁴⁹ Besigheidsredding is in hoofstuk 6 van die Maatskappywet aangespreek en het verskeie veranderinge ondergaan soos wat die insae van rolspelers en die publiek in aanmerking geneem is.⁵⁰

Die finale wetsontwerp is in 2008 uitgereik en op 8 April 2008 deur die President goedgekeur en geteken.⁵¹ Daar is egter in 2010 'n Maatskappywysigingswet⁵² gepromulgeer ten einde sekere onduidelikhede en foute ten aansien van die 2008 teks van die Wet aan te spreek.⁵³ Die finale Maatskappywet het op 1 Mei 2011 inwerking getree.

Die nuwe besigheidsreddingsmodel, vervat in die 2008 Maatskappywet, naamlik ondernemingsredding het op 'n baie geskikte tyd sy opwagting gemaak deurdat die Suid-Afrikaanse ekonomie juis op daardie stadium onder 'n resessie gebuig gegaan het.⁵⁴ Volgens Statistiek Suid-Afrika is daar in 2008 ongeveer 3300 maatskappye gelikwideer, wat 'n toename van 4,7% is indien dit met 2007 se likwidasies vergelyk word.⁵⁵

5. BESIGHEIDSREDDING: MAATSKAPPYWET OF INSOLVENSIEWET

⁴⁹ Lamprecht 2010. http://findarticles.com/p/articles/mi_qa5377/is_201006/ai_n55067354 [2 Maart 2011].

⁵⁰ Lamprecht 2010. http://findarticles.com/p/articles/mi_qa5377/is_201006/ai_n55067354 [2 Maart 2011].

⁵¹ Maatskappywet 71/2008. Oud-President Malema Motlanthe.

⁵² Maatskappywysigingswet 40/2010.

⁵³ 40/2010: Voorwoord. "To amend the Companies Act, 2008 (Act No. 71 of 2008, hereinafter 'the principal Act') to better provide for its administration, and in particular to establish a proper foundation for certain necessary regulations; to continue the mechanisms established under section 335 of the Companies Act, 1973, which allow for the transfer of registration of foreign companies to the jurisdiction of the Republic; to correct certain errors resulting in inconsistency, disharmony and ambiguity in the principal Act that could result in misapplication of the principal Act in a manner contrary to its policy; to correct various numbering, spelling, 10 punctuation, reference, alignment, typographical and other patent errors in the text of the principal Act, and for related matters."

⁵⁴ Lamprecht 2010. http://findarticles.com/p/articles/mi_qa5377/is_201006/ai_n55067354 [2 Maart 2011].

⁵⁵ Statistics SA 2008. http://statssa.gov.za/PublicationsHTML/P0043December2008_SUMMARY/ht... [3 Maart 2011] "The total number of liquidations recorded for 2008 increased by 4,7% (from 3151 to 3300) compared with 2007."

5.1 OPSIES

Deur die ontwikkelingsjare van geregtelike bestuur het die vraag telkens ontstaan waar besigheidsredding en likwidasiereg of die insolvensiereg of die maatskappyereg. Hierdie vraag het ontstaan vanweë die feit dat daar sekere bepalings ten aansien van insolvensie-aangeleenthede in die Insolvensiewet vervat is wat ook deur die Maatskappywet gedek word, met die gevolg dat daar weersprekings voorkom wat natuurlik lei tot 'n groot mate van regsonsekerheid en verwarring. Die probleem het ontstaan as gevolg van die laat ontwikkeling van die konsep "regspersoonlikheid".⁵⁶

Volgens Keay bestaan daar egter vier verskillende opsies vir die opstel van korporatiewe insolvensiewetgewing.⁵⁷ Die eerste van hierdie opsies behels twee aparte stukke wetgewing naamlik een vir individuele insolvensie en die ander vir korporatiewe insolvensie.⁵⁸ Die tweede opsie behels aparte wetgewing vir individuele en korporatiewe insolvensie waar laasgenoemde voorsiening maak vir verwysing na die wet waarin individuele insolvensie aangespreek word.⁵⁹ Derdens word daar in Keay se voorstel voorsiening gemaak vir 'n opsie waarvolgens daar in een wet vir beide individuele en korporatiewe insolvensie voorsiening gemaak word, maar wat steeds twee verskillende prosedures bevat vir die twee vorms van insolvensie.⁶⁰ Die laaste opsie, in totale teenstyd met die eerste opsie, maak voorsiening vir een stuk wetgewing wat, vir sover dit moontlik is, op 'n gelyke vlak op beide individue en regspersone van toepassing is.⁶¹

Die probleem in Suid-Afrika kan as volg uiteengesit word. Die Insolvensiewet vorm die basis van Suid-Afrikaanse insolvensiereg en bevat die hoofbepalings ten aansien van die administrasie van insolvente boedels, maar die

⁵⁶ Keay 1999: 65-66. *"This was due to the late development of the concept of the corporate legal entity which gave the corporation the ability to act in the same way, legally speaking, as a natural person."*

⁵⁷ Keay 1999: 64. Elkeen van hierdie opsies het verskillende variasies.

⁵⁸ Keay 1999: 64.

⁵⁹ Keay 1999:64. Hierdie opsie beskryf die model wat tans in Suid-Afrika geld.

⁶⁰ Keay 1999:64. *"In this kind of system there is little crossover between the provisions dealing with personal insolvency and those dealing with corporate insolvency and vice versa."*

⁶¹ Keay 1999: 65.

Insolvensiewet is slegs van toepassing op individue en vennootskappe en sluit uitdruklik regspersone uit, wat op hul beurt ingevolge die Maatskappywet gedek word.⁶²

Daar is egter sekere bepalings in die maatskappyereg wat te make het met aangeleenthede soos die administrasie van die maatskappy en die aanstelling van 'n likwidateur, maar wat terselfde tyd terug verwys na die Insolvensiewet waar aangeleenthede in verband met administrasie in hoofsaak gedek word.⁶³

Gevolglik moet daar deurentyd van kruisverwysings gebruik gemaak word wat gevolg word deur interpretasie probleme en uiteindelik aanleiding gee tot probleme in praktyk.⁶⁴ Burdette som die probleem as volg op:

*"It certainly seems nonsensical to have incomplete provisions relating to winding-up in for example the Companies Act, if the same Act is in any event going to refer back to the principal Act for the majority of the provisions."*⁶⁵

Burdette stel dit dat daar geen grondige rede bestaan waarom die bepalings van toepassing op individue in 'n aparte stuk wetgewing as die van regspersone vervat moet word nie.⁶⁶ Dit sal inteendeel, volgens hom, beide prakties en goeie administrasie wees indien daar slegs een stel bepalings ten opsigte van die administrasie van alle insolvente boedels geld, hetsy dit die boedel van 'n natuurlike persoon of die van 'n regspersoon is.⁶⁷ 'n Gekonsolideerde insolvensiewet sal volgens Burdette wegdoen met enige onsekerheid of dubbelsinnigheid in praktyk.⁶⁸

⁶² Burdette 1986: 46.

⁶³ Burdette 1986: 46.

⁶⁴ Burdette 1986: 46.

⁶⁵ Burdette 1986: 46.

⁶⁶ Burdette 1986: 46. Burdette gee toe dat daar verseker belangrike verskille tussen natuurlike persone en regspersone is, maar dat dit nie van so aard is dat die bepalings ten aansien van likwidasie in 'n aparte wet vervat hoef te wees nie.

⁶⁷ Burdette 1986: 46. *"In a nutshell, it would be both practical and good administration to have one set of provisions relating to the administration of all insolvent estates, be it the estate of an individual or that of a juristic person."*

⁶⁸ Burdette 1986: 46. *"It is further submitted that, in the long term, unified legislation will do away with uncertainty and ambiguity in the practice of the administration of insolvent estates."* Sien ook Keay 1999: 67. *"The central recommendations were that a unified Insolvency Code should be enacted in place of diversity of statutes governing two distinct, if cognate, branches of law, and that a unified system of insolvency courts should be created to administer the law."* The Cork Report 1982.

5.2 DIE BESTE OPSIE VIR SUID-AFRIKA

Waarskynlik is een van die moeilikste oorwegings, by die keuse na 'n gepaste opsie, die besluit oor welke insolvensie-aangeleenthede deur gemeenskaplike bepalings gedek kan word en welke aangeleenthede eerder deur aparte bepalings in die insolvensiereg gedek moet word.⁶⁹

By die formulering van 'n gekonsolideerde wet behoort die wetgewer ag te slaan op die verskille wat wel tussen individuele en korporatiewe insolvensie bestaan en toe te sien dat daar nie prosedures voorgeskryf word wat onuitvoerbaar of onprakties vir die een of die ander tipe insolvensie is nie.⁷⁰

Dit wil derhalwe voorkom asof die opsie waarin daar voorsiening gemaak word vir die insolvensie van beide natuurlike en regspersone, maar waar dit deur twee verskillende prosedures aangespreek word, 'n goeie een vir Suid-Afrika sal wees. Die vraag bestaan egter steeds of besigheidsredding ook deur sodanige wet gedek behoort te word?

Sommige kenners op die gebied is van mening dat besigheidsredding steeds deur die Maatskappywet gedek moet word, aangesien geregtelike bestuur, volgens hulle, nie so gebrekkig is dat dit deur 'n hele nuwe prosedure vervang hoef te word nie, maar dat daar slegs wysigings aangebring moet word.⁷¹

'n Verdere opsie behels dat die besigheidsreddingsprosedure wel in die gekonsolideerde insolvensiewet vervat kan word. Daar behoort egter hierteen gewaak te word, aangesien die besigheidsreddingsprosedure met likwidasië vereenselwig sal word en dit kan lei tot die mislukking van die proses vanweë die

⁶⁹ Keay 1999: 75. *"Probably one of the primary difficulties is knowing what areas of insolvency can be handled by common provisions, and what areas need to be the subject of separate provisions for each form of insolvency."*

⁷⁰ Keay 1999: 75-76.

⁷¹ Loubser 2007: 160.

negatiewe konotasie.⁷²

Dit is verder vanselfsprekend dat die wet waarin die prosedure vervat word ook sal bepaal op welke besighede dit van toepassing is.⁷³ Daar word baie kritiek oor geregtelike bestuur as besigheidreddingsmodel uitgespreek as gevolg van die feit dat dit slegs op maatskappye van toepassing is.⁷⁴ Ten einde te voorkom dat slegs maatskappye voordeel uit die besigheidsreddingsprosedure kan trek, behoort die prosedure nie deel van die Maatskappyywet te vorm nie.⁷⁵

Indien die besigheidsreddingsprosedure dus nie in die Insolvensiewet of die Maatskappyywet vervat behoort te word nie, moet daar alternatiewe wetgewing wees waarin die besigheidsreddingsprosedure gehuisves kan word. Die antwoord lê heel moontlik opgesluit in die formulering van 'n Besigheidsreddingswet.⁷⁶ Sodanige wet behoort slegs bepalinge ten aansien van besigheidredding te bevat.⁷⁷

Die voordele van 'n aparte wet vir besigheidsredding is veeltalig. So wet kan aangepas word om so wyd of so eng in toepassing te wees as wat nodig is.⁷⁸ Bepalinge wat spesifiek gerig is op die reddingsprosedure kan spesiaal geformuleer word om aan die unieke behoeftes van die prosedure te voldoen. Daar sal ook nie meer enige negatiewe afleidings rondom likwidasië gemaak kan word nie.⁷⁹

⁷² Loubser 2007: 162. *"Psychological factor: a rescue procedure contained in an Insolvency Act will immediately be contaminated by the association with insolvency, and the failure of the rescue and the eventual collapse of the business will be seen as an inevitability that is merely postponed by the rescue procedure."*

⁷³ Loubser 2007: 162.

⁷⁴ Rajak en Henning 1999:273; Kloppers 2001:367. Vir 'n volledige bespreking aangaande die toepassingsgebied van geregtelike bestuur sien hoofstuk 4 paragraaf 3.1.6.

⁷⁵ Loubser 2007: 162. *"Several commentators have expressed the opinion that a business rescue procedure should be available to any business that has the potential to be rescued, irrespective of the form in which the business is being conducted."* Sien ook Smits 1999: 94.

⁷⁶ Loubser 1997: 170.

⁷⁷ Loubser 1997: 170.

⁷⁸ Loubser 1997: 170.

⁷⁹ Loubser 1997:179. *"Firstly, a complete separation between corporate rescue and insolvency procedures might assist in removing the stigma of bankruptcy from rescue proceedings and bring an end to the widely-held view that business rescue is merely another route to liquidation, and the beginning of the end."*

'n Aparte wet sal meebring dat die prosedure meer skuldenaar-vriendelik word, wat sal bydra tot die vestiging van 'n reddingskultuur wat op sy beurt weer bydra tot 'n beter sukseskoers.⁸⁰

Enige verwarring wat in die verlede bestaan het as gevolg van die feit dat beide die Insolvensiewet en die Maatskappywet moontlike bepalinge bevat het wat op besigheidsredding van toepassing kan wees, sal uit die weg geruim word.⁸¹

6. GEVOLGTREKKING EN SAMEVATTING

Alhoewel Suid-Afrika baanbrekerswerk op die gebied van besigheidsredding verrig het, kan die opmerking gemaak word dat die Suid-Afrikaanse reg nog 'n lang pad het om te stap wat hierdie aspek betref.

Die wetgewing in hierdie verband skep verskeie probleme met betrekking tot die benadering van besigheidsredding, die vereenselwiging daarvan met die likwidasiëproses asook die weerspreking van besigheidsreddingsbepalinge in ander wetgewing.

Verdere kwessies, soos die lae sukseskoers van Suid-Afrika se eerste besigheidsreddingsmodel naamlik geregtelike bestuur, het die wetgewer genoodsaak om die tipe model wat gebruik word as reddingsmeganisme in heroorweging te neem. 'n Verdere faktor wat bygedra het tot hierdie heroorweging was die ongunstige ekonomiese toestande wat in die land geheers het en die toename in die aantal likwidasies van maatskappye. Gevolglik is ondernemingsredding in die nuwe Maatskappywet⁸² ingevoeg ten einde die geregtelike bestuursmodel van die 1973 Maatskappywet te vervang.

Vir sover dit die administrasieprosedure betref, word daar bepalinge in beide die

⁸⁰ Loubser 1997:169.

⁸¹ Loubser 1997:170.

⁸² 71/2008.

insolvensiereg en die maatskappyereg gevind wat lei tot onpraktiese gevolge, dubbelsinnighede en onduidelikheid.

Besigheidsredding word sedert 1926 in Suid-Afrika in die Maatskappywet vervat, maar behoort eerder in 'n aparte Besigheidsreddingswet vervat te word. Sodanige wet sal nie net op maatskappye van toepassing wees nie, maar ook op individue en ander kleiner besighede in die vorm van vennootskappe en eenmansake, aangesien hierdie kleiner ondernemings ook 'n belangrike rol in die ekonomie van 'n land speel.

HOOFSTUK 3

BESIGHEIDSREDDING: DEFINISIE EN DOEL

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 DOELSTELLING

In hierdie hoofstuk word daar gekyk na wat presies met die term "besigheidsredding" of te wel "*business rescue*" bedoel word asook na die doel van sodanige besigheidsreddingskema.

1.2 WERKSWYSE

Die werkswyse in hierdie hoofstuk is hoofsaaklik gegrond op die analisering van verskeie definisies oor besigheidsredding. Ten einde die ware bedoeling van die outeurs te behou, sal die presiese bewoording van die definisie telkens aangehaal word. Daar sal ook gekyk word na die mening van prominente outeurs aangaande die doel waarvoor besigheidsredding ontwikkel is. Verskillende teorieë aangaande die behoud van die maatskappy as doelwit sal ondersoek word sowel as die argument dat 'n groter uitbetaling aan skuldeisers ook as "redding" beskou kan word. 'n Ontleding van die begrippe "*rescue culture*" en "*liquidation culture*" word gedoen en laastens sal daar na die doel van "redding" gekyk word soos dit in regspraak na vore gekom het.

2. INLEIDING

Alvorens daar na besigheidsredding in diepte gekyk word, is dit noodsaaklik om na die definisie van "besigheidsredding" en die betekenis daarvan te kyk.¹

¹ Burdette 2004: 432.

Aangesien korporatiewe insolvensiereg in die verlede meer gefokus het op die skuldeisers, is daar nie veel ag geslaan op die rehabilitasie of "redding" van skuldenaars of die herstel van hulle finansiële gesondheid nie.² Hierdie situasie het egter verander toe die eerste lande begin het om 'n alternatiewe vir likwidasie in hulle wetgewing in te sluit.³ Die alternatiewe was natuurlik 'n besigheidsreddingmeganisme.

Die term "besigheidsredding" staan ook bekend as "korporatiewe redding".⁴

Daar behoort volledigheidshalwe verwys te word na die ander terme waarmee "redding" soms vervang word, naamlik reorganisasie, rehabilitasie, herstrukturering, ooreenkoms, administrasie, akkoord, rekonsiliasie en selfs samesmelting of oorname.⁵

3. DEFINISIE

Besigheidsredding is 'n prosedure wat voorsiening maak vir tydelike maatreëls om die rehabilitasie van 'n maatskappy in finansiële nood te bewerkstellig.⁶

Harmer skryf dat die term "redding" in 'n insolvensiereg konteks 'n meer onlangse oorsprong het, alhoewel dit al hoe meer geredelik deur verskeie lande gebruik word.⁷ Hy is verder van mening dat die term te losweg gebruik word en gesien word as 'n generiese beskrywing van 'n verskeidenheid prosesse wat tot verskillende resultate kan lei.⁸

² Smits 1999: 82.

³ Smits 1999: 83.

⁴ Kloppers 1999: 417-418. *"The terms 'corporate rescue' and 'business rescue' are often used interchangeable."*

⁵ Harmer 1997: 143. *"A variety of terms are used such as 'reorganization,' 'rehabilitation,' 'restructuring,' 'arrangement,' 'administration,' 'composition,' 'reconciliation,' and, even, 'merger' or 'acquisition'."*

⁶ Bradstreet 2010: 195.

⁷ Harmer 1997: 143.

⁸ Harmer 1997: 143. *"But, one suspects, the word is used to loosely and more as a generic description of a variety of differing processes which might effect different results."*

Volgens Belcher hou die goeie bestuur van 'n maatskappy deurlopende finansiële beplanning in.⁹ Maatskappye is nie staties in hul bestaan nie en verander deurentyd om by die sosiale en ekonomiese omgewing aan te pas ten einde finansiële nood en mislukking te vermy.¹⁰ Sou die begrip "redding" dus slegs die vermyding van finansiële nood en mislukking inhou, beteken dit dat die gewone bestuur van die maatskappy ook redding daarstel.¹¹ Sodanige benadering is egter baie wyd en in stryd met die eng definisie van redding wat tans in statutêre besigheidsreddingskemas te vinde is.¹²

Belcher definieer op besigheidsredding as volg:

*"A major intervention necessary to avert eventual failure of the company."*¹³

Omar definieer besigheidsredding as volg:

*"Corporate rescue is now associated with what is termed the revival of companies on the brink of economic collapse and the salvage of economically viable units to restore production capacity, employment and the continued rewarding of capital and investment."*¹⁴

Loubser verskaf op haar beurt 'n definisie vir "redding" in ooreenstemming met die Verenigde Nasies se gids ten aansien van insolvensiereg:

*"Reorganization, in turn, is the process by which the business of a debtor is restored to financial health and viability, through various means such as debt forgiveness, debt rescheduling, and the sale of the business(or parts of it) as a going concern, which enables the business to continue operating."*¹⁵

⁹ Belcher 1997: 11.

¹⁰ Belcher 1997: 11.

¹¹ Belcher 1997: 12.

¹² Belcher 1997: 12.

¹³ Belcher 1997: 12. Belcher gaan egter verder deur te verduidelik wat sy met haar definisie bedoel: "A major intervention necessary to avert eventual failure of the company means drastic action at a time of crisis." Sien ook Kloppers 1999: 418.

¹⁴ Omar 1997: 127.

¹⁵ Loubser 2003: 400; Sien ook UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 27-28. "For the sake of simplicity, the term "reorganization" is used in the Guide in a broad sense to refer to the type of proceeding whose ultimate purpose is to allow the debtor to overcome its financial difficulties and resume or continue normal commercial operations (even though in some cases it may include a reduction in the scope of the business, its sale as a going concern to another company or its eventual liquidation). Reorganization proceedings are designed to give a debtor some breathing space to recover from its temporary liquidity difficulties or more permanent over indebtedness and, where necessary, provide it with an opportunity to restructure its debt and its relations with creditors."

Burdette het ook sy eie definisie geformuleer naamlik:

*"It is a process that can be used by a company that is experiencing a temporary financial setback as a result of mismanagement or other special circumstances, and will lead it once again becoming a successful business concern."*¹⁶

In die nuwe wet het die wetgewer bygedra deur nog 'n definisie van "redding" te verskaf en definieer ondernemingsredding as volg in artikel 128:

*"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 implimentering, 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 aandeelhouders as wat uit die onmiddellike likwidasie van die maatskappy sou voortspruit."*¹⁷

Dit is interessant om daarop te let dat die 1973 Maatskappywet geen definisie vir geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmodel verskaf het nie.

Na aanleiding van hierdie definisies wil dit dus voorkom asof besigheidsredding te make het met die behoud van die maatskappy ten spyte van finansiële probleme. In sommige ander jurisdiksies is besigheidsredding egter sinoniem met die likwidasieproses.¹⁸ Die argument dat besigheidsredding slegs 'n byvoeging tot die likwidasieproses is, staan in verband met die doel van ondernemingsredding wat vervolgens bespreek sal word.

¹⁶ Burdette 2004: 246.

¹⁷ 71/2008: art 128(1)(b).

¹⁸ Harmer 1997: 143. Harmer identifiseer egter nie die ander jurisdiksies waarna hier verwys word nie.

4. DOEL

Volgens Olver is die onmiddellike doel van besigheidsredding die verkryging van 'n moratorium teen die skuldeisers van die maatskappy. Die einddoel daarteenoor is om die maatskappy te voorsien van effektiewe bestuur sodat dit tot normale bestuur kan terugkeer nadat die skuldeisers betaal is.¹⁹ Volgens Henning was die uiteindelijke doel van geregtelike bestuur om, deur die maatskappy van effektiewe bestuur te voorsien, normale bestuur later weer te kan herstel nadat die skuldeisers uiteindelik betaal is.²⁰

Alhoewel die definisie van besigheidsredding die behoud of rehabilitasie van 'n maatskappy in finansiële nood as doel deurgee, is die prosedure egter nie so eenvoudig nie.

Die naam "redding" weerspieël derhalwe nie noodwendig die doelstellings van die proses nie, aangesien dit nie net ten doel het om te verhoed dat die maatskappy gelikwideer word nie.²¹ Die moontlikheid van 'n groter uitbetaling aan skuldeisers sou die maatskappy steeds misluk, word ook as 'n mikpunt beskou.²² Kloppers se beskrywing van die doel van geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmodel sluit in die oorlewing van die maatskappy, die maatskappy se besigheid of 'n deel daarvan asook die moontlikheid dat daar 'n meer voordelige realisering van die maatskappy se bates geskied as wat die geval sou wees in likwidasiEVERRIGTINGE.²³

Laastens kan daar ook na die UNCITRAL-gids se definisies van besigheidsredding gekyk word:

"Reorganization proceedings are designed to give a debtor some breathing space to recover from its temporary liquidity difficulties or more permanent over indebtedness and, where necessary, provide it with an opportunity to restructure its

¹⁹ Olver 1986: 85.

²⁰ Henning 1991: 538.

²¹ Burdette 2004: 243. Sien ook Bowles en Bruyns 2009: 12.

²² Burdette 2004: 244.

²³ Kloppers 2001: 376. *"The purpose of judicial management could be amplified to include the survival of the company, its business or any part of it, and also the possibility of a more advantageous realization of the company's assets than would be the case on a winding-up".*

debt and its relations with creditors."²⁴

Die volgende definisie word ook in die UNCITRAL-gids gevind:

*"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."*²⁵

Die verskillende benaderings ten aansien van die doel van besigheidsredding sal nou bespreek word. Dit is naamlik, die behoud van die onderneming teenoor die behoud van die besigheid, 'n groter uitbetaling aan skuldeisers, 'n reddingskultuur en die doel ingevolge regspraak.

4.1 BEHOUD VAN DIE ONDERNEMING TEENoor DIE BEHOUD VAN DIE BESIGHEID

'n Onderskeid kan getref word tussen die maatskappy as onderneming naamlik die regspersoon en die besigheid wat deur daardie regspersoon as 'n maatskappy bedryf word.²⁶

Sommige outeurs is van mening dat die behoud van die regspersoon as sulks nie so belangrik as doelwit is nie, maar eerder die behoud van die besigheid van die regspersoon, hetsy in die geheel of slegs gedeeltelik.²⁷ Hierdie siening word tereg deur Rajak en Henning ondersteun:

*"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."*²⁸

²⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 27 item 24.

²⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 210 item 3.

²⁶ Finch 2002: 188.

²⁷ Kloppers 1999: 418.

²⁸ Rajak en Henning 1999: 277.

Wanneer daar na die behoud van die besigheid verwys word, hou dit verband met die "lopende saak" waarde van die onderneming. Harmer gee te kenne dat die mees aannemlike doel van 'n insolvensieregsisteem die toename in waarde van die skuldenaar se bates is.²⁹ Hy is van mening dat sodanige stelling as te eenvoudig beskou sal word, maar in verhouding met korporatiewe insolvensie hierdie doel fokus op die winsgewende besigheid van 'n onderneming.³⁰

Laasgenoemde argument berus op die siening dat die waarde van die insolvente onderneming meer sal wees indien die besigheid van die onderneming behou kan word as 'n lopende saak waarde.³¹ Harmer kom dus tot die gevolgtrekking dat "redding" nie noodwendig letterlik geïnterpreteer moet word om te beteken dat die maatskappy as onderneming gered is en ten volle herstel het nie, ook nie dat die rolspelers weer in dieselfde posisie as voor die insolvensie moet wees nie.³²

Belcher sluit hierby aan deur te sê dat die wese van besigheidsredding in die konteks van die ekonomie is dat die maatskappy sommige van sy ekonomiese aktiwiteite behou.³³ Derhalwe hou dit in dat die likwidasië van die maatskappy nie noodwendig 'n mislukking is as van sy werksaamhede aan 'n ander

²⁹ Harmer 1997:144. Rajak 1998: 162. *"It is a truism of asset assessment that a business which is a going concern is more valuable than the assets which constitute the business."* Sien ook 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."*

³⁰ Harmer 1997:144. *"It may be submitted that the most widely accepted goal of an insolvency law system in contemporary times is to maximize the value of the assets of the debtor. That statement may appear trite and simplistic; however, in relation to corporate or enterprise insolvency, this goal has, increasingly and sensibly, focused on the income-producing business unit(s) of an enterprise."*

³¹ Harmer 1997: 144; Smits 1999: 83.

³² Harmer 1997: 144. *"Thus viewed 'rescue' does not mean that an insolvent enterprise is, literally, saved and fully restored, nor that the main participants in insolvency (the creditors and the owners of the enterprise) are eventually restored to their respective pre-insolvent positions; that may, on very rare occasions be the result."*

³³ Belcher 1997: 24.

onderneming oorgedra kan word nie.³⁴

Daar word egter 'n teenargument voorgehou, naamlik dat besigheidsredding slegs suksesvol was indien die maatskappy self gered is en nie net die besigheid van die maatskappy nie.³⁵ Hierdie argument behels dus dat die aandeelhouders hul beheer in die maatskappy behou terwyl daar 'n vorm van skuldherstrukturering plaasvind.³⁶

Geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmodel vereis dat die maatskappy as regspersoon, dit wil sê die onderneming, behoue moet bly.³⁷ Hierdie benadering het grootliks bygedra tot die mislukking van geregtelike bestuur as reddingsmodel, want selfs die gevalle waar die besigheid van die maatskappy gered is, is beskou as 'n mislukking van die proses.

4.2 'n GROTER UITBETALING AAN SKULDEISERS

'n Ander benadering wat nou met die behoud van die maatskappy se besigheid verband hou, is die benadering dat die redding steeds suksesvol was indien die skuldeisers 'n groter uitbetaling kry as wat die geval sou wees indien die maatskappy gelikwedeer is.³⁸

Sodanige benadering is egter kortsigtig, aangesien die benadering eerder op

³⁴ Belcher 1997: 24. *"On the other hand, liquidation need not mean complete failure. In terms of the company itself, liquidation clearly means failure. However, there are various scenarios that in economic terms would be successful rescues of the company activity, output, jobs, etc., associated with the company, but involve the death of the company itself as a legal persona, for instance the liquidation of the company where most of all the assets are sold off to be used as before, perhaps by the same workers."* Sien ook Bowles en Bruyns 2009: 12.

³⁵ Smits 1999: 84.

³⁶ Smits 1999:84.

³⁷ Cilliers ea 2001: 478. "Die doel van geregtelike bestuur is om maatskappye wat weens wanbestuur of ander besondere omstandighede 'n tydelik terugslag ondervind, in staat te stel om hul probleme te oorbrug en moontlik weer suksesvolle ondernemings te word."

³⁸ 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"*.

meer as net die skuldeiser se belange moet fokus, aangesien daar dan 'n groter kans op sukses bestaan.³⁹

Volgens Burdette het 'n besigheidsreddingskema 'n baie groter moontlikheid op sukses indien die insolvensiesisteme meer skuldenaar-vriendelik is teenoor sisteme wat meer skuldeiser-vriendelik is.⁴⁰

Hierdie sienswyse kan as volg verduidelik word, indien die insolvensiesisteme grootliks skuldenaar-vriendelik is, is die kans op sukses groter, aangesien die skuldenaar in 'n beter posisie is om met die onderneming se skuldeisers te onderhandel.⁴¹

Loubser gee te kenne dat hierdie benadering nog 'n rede vir die mislukking van geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmeganisme is, omrede die fokus ingevolge die 1973 Maatskappywet grotendeels op die belange van die skuldeisers geplaas is, soortgelyk aan die likwidasië-prosedure, eerder as om die fokus te verskuif na die redding van die maatskappy.⁴²

Bradstreet is weer van mening dat hierdie benadering uit voeling is met moderne denke:

"In addition to being ineffective, judicial management is out of kilter with current thinking in that it reflects an approach of bygone years that 'sets the reimbursement of creditors as the main target of the bankruptcy process', with a

³⁹ Finch 2002: 189.

⁴⁰ 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."; Burdette 2004: 244. "An important point made by Harmer, is that a business rescue regime has a far better chance of succeeding if the insolvency system in which it is applied is debtor-friendly, as opposed to a creditor-friendly system of insolvency where business rescue regimes are not applied successfully." Sien ook Bradstreet 2011: 354. "...South Africa has fallen behind in taking heed of international trends in corporate reorganisation that are more debtor-protector (or debtor-friendly) in nature."

⁴¹ 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".

⁴² Loubser 2004: 162. "Another reason for the failure of judicial management in its present form as a viable business-rescue regime, is that the main emphasis in the provisions of the Companies Act of 1973 dealing with judicial management has been placed on the protection of the interests of creditors, similar to the situation in a winding-up, rather than on the rescue of the company or its business."

substantial amount of control being placed in the hands of the creditors."⁴³

4.3 REDDINGSKULTUUR

Die begrippe reddingskultuur of "*rescue culture*" en likwidasiëkultuur of "*liquidation culture*" het te make met die ingesteldheid van 'n betrokke land se insolvensieregsisteem.

'n Reddingskultuur impliseer dat 'n insolvensieregsisteem met meer welwillendheid teenoor 'n skuldenaar optree, hetsy die skuldenaar 'n individu of 'n korporasie is.⁴⁴ In sodanige sisteem sou die skuldenaar dus meer geredelik die geleentheid gegun word om te herstel van die finansiële nood waarin hy hom bevind.

'n Likwidasiëkultuur verwys weer na 'n sisteem waar 'n skuldenaar in finansiële nood gewoonlik geen alternatief buiten likwidasië het nie. Moss definieer hierdie begrip as volg:

*"When a business failed, the normal outcome was assumed to be a break-up of the business and a forced sale of the assets."*⁴⁵

Die Engelse Cork verslag het die fondasies vir 'n reddingskultuur gelê en het dit duidelik gemaak dat daar na die groter prentjie gekyk behoort te word by insolvensie-aangeleenthede.⁴⁶ Volgens die verslag behoort 'n goeie, moderne insolvensieregsisteem 'n metode te voorsien waarvolgens lewensvatbare kommersiële ondernemings behoue kan bly ten einde 'n sinvolle bydrae tot die

⁴³ Bradstreet 2011: 354.

⁴⁴ Hunter 1999: 498. "*What then do its protagonists mean by the term 'rescue culture'? It is a multi-aspect concept, having both a positive and protective role, and a corrective and a punitive role. On one level, it manifests itself by legislative and judicial policies, directed to the more benevolent treatment of insolvent persons, whether they be individuals or corporations, and at the same time to a more draconian treatment of true economic delinquents. On another level it, entails the adoption of a general rule for the construction of statutes, which is deliberately inclined towards the giving of a positive and socially profitable meaning (rather than a negative or socially destructive meaning), to statutes of socio-economic import.*" Sien ook Burdette 2004: 245.

⁴⁵ Moss 1997: 115.

⁴⁶ Finch 2002: 190.

ekonomie van 'n land te kan maak.⁴⁷

"South Africa does not have a culture of rescue, although there are provisions in the Companies Act which provide for certain business rescue options. Rather it can be said that South Africa has a liquidation culture. It would appear that it is far easier to liquidate a company and start a new one, than to try and save an existing business."⁴⁸

Die feit dat die Suid-Afrikaanse insolvensieregsisteem gegrond is op 'n likwidasiëkultuur eerder as 'n reddingskultuur het grootliks bygedra tot die mislukking van geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmodel. Baie maatskappye is deur die hof weggewys omdat die aansoek deur 'n skuldeiser van die maatskappy geopponeer is op grond daarvan dat die betrokke skuldeiser geregtig is op onmiddellike betaling van sy skuld.⁴⁹

4.4 DIE DOEL VAN BESIGHEIDSREDDING INGEVOLGE REGSPRAAK

Verskeie howe het al verwys na die doel van geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmodel.

4.1.1 REHABILITASIE

In die *Marais*-saak het regter Van Winsen voorgehou dat die doel van geregtelike bestuur is om die maatskappy te rehabiliteer en die skuldeisers te

⁴⁷ Finch 2002: 190. *"A good, modern system of insolvency law, said Cork, should provide a means for preserving viable commercial enterprises capable of making a useful contribution to the economic life of the country."*

⁴⁸ Burdette 1986: 56.

⁴⁹ Loubser 2003: 163. *"Another important aim, though admittedly not easy to achieve, would be to change the culture of 'liquidation before rescue' which presently exists. No legislative measure, irrespective of its inherent merits, would succeed unless the courts, and creditors, cease to regard liquidation as a right and corporate rescue as a very special privilege reserved for exceptional cases."* Sien ook Loubser 2007: 157. *"South Africa has a creditor-friendly insolvency system which invariably diminishes the prospects of a corporate rescue. In several cases judicial management has been refused because it was opposed by a creditor, on the ground he was entitled to immediate payment of the debt."*

betaal.⁵⁰

By monde van regter Snyman is die rehabilitasie van die maatskappy ook in die *Lief*-saak as doel aangeteken:

*"A winding-up order, in its nature, is intended to bring about the dissolution of the company, whereas the purpose of a judicial management order is to save the company from dissolution."*⁵¹

In die saak van *Kotzé v Tulryk* het regter Hiemstra 'n passasie uit die *Silverman*-saak aangehaal:

*"The object of the section is to obviate a company being placed in liquidation if there is some strong probability that by proper management or by proper conservation of its resources it may be able to surmount its difficulties and carry on."*⁵²

In die *Pinnacle Point*-saak het waarnemende regter Rogers die doel van die nuwe ondernemingsreddingsverrigtinge as volg uitgedruk:

*"The business rescue provisions in the 2008 reflect a legislative preference for proceedings aimed at the restoration of viable companies rather than their destruction."*⁵³

4.1.2 BEHOUD VAN DIE BESIGHEID

'n Uitspraak wat aansluit by die argument rondom die behoud van die onderneming en die behoud van die besigheid, kan gevind word in die *Hoek*-saak:

*"The very object of judicial management is to preserve the company."*⁵⁴

⁵⁰ *Marais v Leighwood Hospitals (Pty) Ltd 1950 (3) SA 567 (C)*. "When once it has appeared from all the circumstances that the judicial management cannot achieve its purpose viz., the rehabilitation of the company and the payment of its creditors..."

⁵¹ *Lief NO v Western Credit (Africa) (Pty) Ltd 1966 (3) SA 344 (W)*.

⁵² *Kotzé v Tulryk (Bpk) 1977 3 SA 118 T; Silverman v Doornhoek Mines Ltd. 1935 T.P.D. 349*.

⁵³ *Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd* saaknommer: 12746/2011.

⁵⁴ *Hoek v Pan African Tanneries Ltd 1951 (2) PH E20 (W)*. Per regter Clayden.

4.1.3 MORATORIUM

By monde van regter Van Heerden is daar in die *Ben-Tovim*-saak nog 'n weergawe van die doel van geregtelike bestuur geïdentifiseer, naamlik dat die maatskappy van 'n moratorium voorsien word vir 'n redelike tydperk, waarna die maatskappy in staat behoort te wees om weer te funksioneer as 'n suksesvolle onderneming sonder die toesig van 'n geregtelike bestuurder.⁵⁵

5. GEVOLGTREKING EN SAMEVATTING

Uit die bogenoemde bespreking is dit duidelik dat die begrip "redding" baie wyer strek as slegs die goeie bestuur van 'n maatskappy.

Besigheidsredding hou verband met 'n prosedure waarvan die doelstellings uiteenlopend is, maar onder andere behels dat die maatskappy as onderneming gered of te wel gerehabiliteer word, of die besigheid van die onderneming behoue bly sodat dit as lopende saak verkoop kan word en laastens om vir 'n groter uitbetaling aan die skuldeisers van die maatskappy voorsiening te maak.

Die laaste doelstelling naamlik 'n groter uitbetaling aan skuldeisers is egter problematies, aangesien hierdie doel juis bydrae tot die mislukking van besigheidsredding deurdat dit slegs op een van die vele rolspelers fokus, naamlik die skuldeiser. Derhalwe word daar nie met die definisie van die UNCITRAL-gids ooreengestem nie. Daar behoort wegbeweeg te word van 'n skuldeiser-vriendelike benadering wanneer dit by besigheidsredding kom. Indien die herstel van die maatskappy as entiteit werklik so belangrik is, behoort die benadering gewysig te word na een waar die skuldenaar ook met welwillendheid behandel word.

⁵⁵ *Ben-Tovim v Ben-Tovim 2000 3 SA 325 C. "Given that the purpose of a judicial management order is to afford the company a moratorium for a reasonable period of time, after which the company should be able to continue as a successful concern in the absence of a judicial manager..."*

Laasgenoemde punt dra by tot die gevolgtrekking dat indien besigheidsredding van belang is vir die ekonomie van Suid-Afrika daar 'n paradigma skuif sal moet plaasvind. 'n Verskuiwing van die model wat genadeloos aandring op likwidasië na die model wat die skuldenaar die geleentheid bied om te probeer herstel van die finansiële krisis wat ondervind word.

HOOFSTUK 4

DIE VEREISTES

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 DOELSTELLINGS

In hierdie hoofstuk word daar hoofsaaklik gefokus op die vereistes waaraan 'n maatskappy moet voldoen alvorens die hof 'n besigheidsreddingsmodel sal goedkeur. In die geval van ondernemingsredding die vereistes waaraan daar voldoen moet word voordat die direksie by wyse van 'n besluit of 'n aansoek by die hof deur 'n geaffekteerde persoon die maatskappy onder ondernemingsredding plaas. Daar sal ook gekyk word na die toepassingsterreine van beide besigheidsreddingsmodelle.

1.2 WERKSWYSE

Die werkswyse in hierdie hoofstuk is dat die vereistes vir elk van die besigheidsreddingsmodelle bespreek sal word. By die geregtelike bestuursmodel word daar gekyk na die oorsaak vir die noodtoestand, die onvermoë van die maatskappy om sy skuld te betaal, die versuim deur die maatskappy om 'n suksesvolle onderneming te word, die vereiste dat daar 'n redelike waarskynlikheid moet bestaan dat die maatskappy gered sal kan word en of dit reg en billik is om die maatskappy onder geregtelike bestuur te plaas. Die toepassingsgebied van geregtelike bestuur word ook bespreek. Die vereistes vir die ondernemingsreddingskema word bespreek onder ondernemingsredding by wyse van 'n maatskappybesluit en ondernemingsredding by wyse van 'n hofbevel. Daar sal ook ondersoek ingestel word na die internasionale standaard van vereistes vir besigheidsredding.¹

¹ Volledigheidshalwe moet daar gemeld word, dat vanweë die lengte beperkings van toepassing op 'n meestersgraadstudie, hierdie besprekings nie so omvangryk as wat moontlik is nie.

2. INLEIDING

Ten einde in aanmerking te kom vir geregtelike bestuur, bestaan daar sekere vereistes waaraan die maatskappy moet voldoen.²

Die vereistes word duidelik uiteengesit in die 1973 Maatskappywet.³ Hiervolgens kan 'n geregtelike bestuursbevel toegestaan word indien die maatskappy weens wanbestuur of op grond van enige ander rede, i) nie in staat is om sy skulde te betaal of sy verpligtinge na te kom nie en ii) die maatskappy nie 'n suksesvolle onderneming is nie of verhinder is om 'n suksesvolle onderneming te word.⁴ Verder vereis die Wet dat daar iii) 'n redelike waarskynlikheid moet bestaan, dat indien die maatskappy onder geregtelike bestuur geplaas word, die maatskappy in staat sal wees om sy skulde te betaal en weer 'n suksesvolle onderneming te word.⁵ Sodanige bevel sal slegs deur 'n hof toegestaan word indien dit blyk dat dit reg en billik is om die maatskappy onder geregtelike bestuur te plaas.⁶ Die bewyslas ten aansien van hierdie vereistes rus op die applikant.⁷ Die hof beskik derhalwe oor 'n diskresie om die geregtelike bestuursbevel toe te staan al dan nie.⁸

Die 2008 Maatskappywet stel egter nuwe vereistes, wat wesenlik verskil van die vereistes in die 1973 Maatskappywet. Ingevolge die nuwe Maatskappywet⁹ geld twee stelde vereistes. Eerstens wanneer die maatskappy by wyse van 'n besluit 'n ondernemingsreddingskema wil inisieer, moet die maatskappy bewys dat daar

² Die vereistes wat hier bespreek word hou verband met die verlening van 'n voorlopige geregtelike bestuursbevel aangesien die vereistes vir die toestaan van 'n finale bevel hiervan verskil en in 'n aparte artikel, nl. artikel 432(2)(a-e) van die Maatskappywet 61/1973 vervat word.

³ Maatskappywet 61/1973: art 427(1).

⁴ 61/1973: art 427(1).

⁵ 61/1973: art 427(1).

⁶ 61/1973: art 427(1).

⁷ *Le Roux Hotel Management (Pty) Ltd v E Rand Bank (Pty) Ltd (FBC Fidelity Bank Ltd (under Curatorship), intervening)* 2001 2 SA 727 K. Vir 'n volledige bespreking aangaande wie die aansoek mag bring, sien hoofstuk 5.

⁸ *Ben-Tovim v Ben-Tovim* 2000 3 SA 325 C; Tsatsawane 2000: 155.

⁹ Maatskappywet 71/2008.

redelike gronde is om te glo dat dit in finansiële nood is en dat daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word.¹⁰

Tweedens sou die ondernemingsreddingskema deur 'n geaffekteerde persoon aanhangig gemaak word, moet die hof oortuig word dat: i) die maatskappy in finansiële nood is;¹¹ ii) die maatskappy ten opsigte van indiensnemingsverwante aangeleenthede versuim het om enige bedrag kragtens 'n verpligting ingevolge 'n openbare regulasie of kontrak te betaal;¹² 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.¹³ Soortgelyk aan die geregtelike bestuursmodel rus die bewyslas ten aansien van hierdie vereistes op die applikant.

3. GEREGETELIKE BESTUUR

3.1 OORSAAK

Alvorens daar na die vereistes vir die verlening van 'n geregtelike bestuursbevel gekyk word, is dit noodsaaklik om die oorsaak van die ongunstige omstandighede te oorweeg.

Ingevolge artikel 427(1) kan 'n geregtelike bestuursbevel toegestaan word indien die maatskappy weens wanbestuur of enige ander rede onder finansiële druk verkeer.¹⁴ Daar kan geargumenteer word dat die vereistes vir geregtelike bestuur streng gesproke gesien kan word as die gevolge van wanbestuur of 'n ander rede.

Wanbestuur as 'n oorsaak vir die maatskappy se probleme het die eerste keer in die Maatskappywet 46 van 1926 voorgekom.¹⁵ Ingevolge artikel 195(1) van die

¹⁰ 71/2008: art 129(1)(a) en (b).

¹¹ 71/2008: art 131(4)(a)(i).

¹² 71/2008: art 131(4)(a)(ii).

¹³ 71/2008: art 131(4)(a)(iii).

¹⁴ 61/1973: art 427(1).

¹⁵ Maatskappywet 46/1926: 195; Loubser 2004:142.

1926 Wet was wanbestuur 'n selfstandige vereiste vir 'n geregtelike bestuursbevel.¹⁶ In die 1973 Maatskappywet vorm wanbestuur egter geen selfstandige vereiste nie en derhalwe argumenteer Loubser dat enige verwysing daarna onnodig sowel as betekenisloos is.¹⁷ Sy huldig hierdie mening aangesien daar geen spesifieke rede vir die maatskappy se moeilikheid deur die 1973 Maatskappywet vereis word nie.¹⁸ Daar word intendeel vermeld dat enige ander besondere rede ook aanvaarbaar as oorsaak vir die ongunstige omstandighede is.¹⁹ Die logiese afleiding wat hieruit gemaak kan word, is dat daar geen spesiale omstandighede as oorsaak vir die probleme bewys hoef te word nie.²⁰ Henochsberg soos, aangehaal deur Loubser, maak melding van die feit dat die oorsaak van die finansiële probleme nie totaal irrelevant is nie, maar wel ter sprake kan kom wanneer die hof die kanse op die maatskappy se sukses moet oorweeg.²¹

In hierdie verband kan daar ook verwys word na regter Van Heerden se uitspraak in die *Ben-Tovim*-saak.²² Hy is van mening dat indien die oorsaak van die maatskappy se omstandighede te wyte is aan interne konflik daar geen sin daarin sal wees om 'n geregtelike bestuursbevel toe te staan nie:

“As far as I am able to ascertain from a careful reading of the authorities, the principal rationale for this approach is that, if the difficulties giving rise to the application for judicial management are attributable to internal disputes or even deadlock among the persons in control of the company, a judicial management order would not be practical, as it would be unlikely that the parties in dispute would be able to work together effectively after the eventual cancellation of the judicial management order.”²³

Dit is dus duidelik dat die oorsaak van die maatskappy se probleme nie 'n selfstandige vereiste vir die toestaan van 'n geregtelike bestuursbevel is nie,

¹⁶ Loubser 2004: 142. Dit is interessant dat Loubser die enigste outeur is om elke vereiste afsonderlik en breedvoerig te bespreek.

¹⁷ Loubser 2004: 142.

¹⁸ Loubser 2004:142.

¹⁹ 61/1973: art 427(1); Cilliers ea 2001:478; Loubser 2004: 142.

²⁰ Loubser 2004: 142.

²¹ Kunst ea 1994: 925; Loubser 2004: 142.

²² *Ben-Tovim v Ben-Tovim* 2000 3 SA 325 C.

²³ *Ben-Tovim v Ben-Tovim* 2000 3 SA 325 C.

maar dit kan egter 'n rol speel wanneer die moontlike effektiwiteit van die geregtelike bestuur oorweeg word.

3.2 VEREISTES INGEVOLGE 1973 MAATSKAPPYWET

3.2.1 ONVERMOË OM SKULD TE BETAAL

Ingevolge die geregtelike bestuursmodel moet die maatskappy nie in staat wees om sy skulde te betaal of sy verpligtinge na te kom nie.²⁴ Hierdie vereiste moet eers bewys word alvorens die applikant *locus standi* sal hê om die hof te nader vir 'n geregtelike bestuursbevel.²⁵

Hoofstuk 15 van die 1973 Maatskappywet,²⁶ die afdeling wat handel oor geregtelike bestuur, bevat geen beskrywing of lys van die omstandighede waarin die maatskappy geag word nie in staat te wees om sy skulde te betaal nie. Artikel 345 van die 1973 Maatskappywet bevat wel so lys van omstandighede, maar is slegs van toepassing op die likwidasierigtinge en word op geen stadium van toepassing gemaak op geregtelike bestuur nie.²⁷ Loubser maak wel melding van 'n uitsonderingsgeval, naamlik waar die hof 'n aansoek vir die likwidasie van 'n maatskappy op grond van een van die omstandighede soos uiteengesit in artikel 345 aanhoor en die hof van mening is dat die gronde vir die likwidasie verwyder kan word indien die maatskappy onder geregtlike bestuur geplaas word.

Hierdie vereiste word ook dikwels na verwys as die “insolvensie vereiste”.²⁸ In die lig hiervan is dit belangrik om te onderskei tussen die twee tipes insolvensie wat in die Suid-Afrikaanse Insolvensiereg bestaan, naamlik feitlike en

²⁴ 61/1973: art 427(1).

²⁵ Burdette 2004: 248.

²⁶ 61/1973.

²⁷ 61/1973: art 345; Loubser 2004: 143.

²⁸ Burdette 2004: 250.

kommersiële insolvensie. Feitlike insolvensie kom voor wanneer die maatskappy se laste sy bates oorskry. Daarteenoor kom kommersiële insolvensie voor wanneer die maatskappy se bates sy laste oorskry, maar as gevolg van likiditeitsprobleme of andersins, nie sy verpligtinge kan nakom nie.²⁹ Vanuit die omskrywing kan die afleiding gemaak word dat die vereiste dat die maatskappy nie in staat moet wees om sy skuld te betaal nie verwys na kommersiële insolvensie. Daar kan dus geargumenteer word dat kommersiële insolvensie bewys moet word ten einde aan hierdie vereiste te voldoen.³⁰ Alternatiewelik moet daar bewys word dat die maatskappy nie oor die vermoë beskik om sy verpligtinge na te kom nie.³¹

Loubser is van mening dat die begrip 'verpligting' 'n veel wyer betekenis het as die blote vereffening van skulde, maar dat dit die kontraktuele verpligtinge van die maatskappy insluit.³² Olver argumenteer selfs dat indien 'n maatskappy in staat is om sy huidige verpligtinge na te kom, dit steeds onder geregtelike bestuur geplaas kan word omdat dit moontlik nie toekomstige verpligtinge sal kan nakom nie.³³ Waarskynlik meer korrek is die opmerking van Loubser dat daar na die vereiste in die Wet in die teenwoordige tyd verwys word, derhalwe moet die onvermoë in die nabye toekoms wees.³⁴

Die onvermoë om skuld te betaal as 'n vereiste vir geregtelike bestuur dra grootliks by tot die feit dat geregtelike bestuur as reddingskema oneffektief is.³⁵ Kloppers is van mening dat die oomblik wanneer die maatskappy nie meer in staat is om sy verpligtinge na te kom nie, dit heelwaarskynlik reeds te laat is om die maatskappy te red.³⁶

²⁹ Van Jaarsveld ea 1978: 814.

³⁰ Loubser 2004:143.

³¹ Loubser 2004: 143.

³² Loubser 2004: 143.

³³ Olver 1986; Loubser 2004: 143.

³⁴ Loubser 2004: 143.

³⁵ Burdette 2004: 250; Kloppers 2001: 375.

³⁶ Kloppers 2001: 375 "*The earlier a company recognizes that it should reorganize itself because of looming*

financial disaster, the better the chances of avoiding eventual liquidation and the greater the possibility of successful reorganization"; Sien ook Burdette 1999: 58.

Deur te vereis dat die maatskappy kommersieel insolvent moet wees vir die verlening van 'n geregtelike bestuursbevel, verydel die doel wat deur hierdie reddingskema vooropgestel word naamlik om likwidasië te vermy en die maatskappy in staat te stel om weer 'n suksesvolle onderneming te word.³⁷

3.2.2 VERSUIM OM 'N SUKSESVOLLE ONDERNEMING TE WORD

Artikel 427(1) van die 1973 Maatskappywet³⁸ vereis verder dat die maatskappy nie 'n suksesvolle onderneming is nie of verhinder was om 'n suksesvolle onderneming te word as vereiste vir die geregtelike bestuursproses.

Hierdie vereiste blyk oortollig te wees, aangesien 'n maatskappy wat nie sy skulde kan betaal of sy verpligtinge kan nakom nie vanselfsprekend nie 'n suksesvolle onderneming kan wees nie.³⁹ Loubser gee te kenne dat indien hierdie vereiste letterlik geïnterpreteer word, dit 'n absurde gevolg sou hê, naamlik dat maatskappye wat suksesvol was, maar nie meer is nie, deur die vereiste uitgesluit sou word.⁴⁰

Deur te vereis dat 'n maatskappy nie 'n suksesvolle onderneming moet wees, skakel nie in by die doel van geregtelike bestuur nie, aangesien die doel daarvan is om 'n eens suksesvolle onderneming, wat 'n tydelike terugslag ervaar, geleentheid te gun om hul probleme te oorbrug en 'n weer suksesvolle onderneming te word.⁴¹ 'n Maatskappy wat nooit daarin kon slaag om 'n suksesvolle onderneming te word nie, sal waarskynlik nie met die hulp van 'n geregtelike bestuurder in 'n suksesvolle onderneming kan verander nie.⁴²

'n Sinvolle aanbeveling in die verband sou wees dat hierdie vereiste, met enkele

³⁷ Burdette 2004: 250; Kloppers 2001: 375.

³⁸ 61/1973: art 427(1)(b).

³⁹ Loubser 2004: 144.

⁴⁰ Loubser 2004: 144.

⁴¹ Cilliers ea 2001: 478. Die mikpunt van geregtelike bestuur is om die maatskappy weer 'n suksesvolle onderneming te maak.

⁴² Loubser 2004: 144.

wysigings, die vorige vereiste sal kan vervang.⁴³ Indien die bewoording ietwat gewysig word sou die vereiste eerder kon bepaal dat 'n maatskappy wat steeds in staat is om sy skulde te betaal en sy verpligtinge na te kom, maar wat sukkel om dit te doen, waarskynlik nie 'n suksesvolle onderneming is nie en derhalwe onder geregtelike bestuur geplaas kan word.⁴⁴ Die kans op sukses in hierdie geval is veel groter as wanneer die maatskappy reeds kommersiëel insolvent is.

45

3.2.3 'n REDELIKE WAARSKYNLIKHEID

Die derde vereiste waaraan 'n maatskappy moet voldoen alvorens daar 'n voorlopige geregtelike bestuursbevel toegestaan sal word, is dat daar 'n redelike waarskynlikheid moet bestaan dat, indien die maatskappy onder geregtelike bestuur geplaas word, dit in staat gestel sal word om sy skulde te betaal of verpligtinge na te kom en 'n suksesvolle onderneming te word.⁴⁶

Hierdie vereiste plaas 'n baie swaar bewyslas op die applikant.⁴⁷ Sodanige bewyslas dra by tot die feit dat geregtelike bestuur as besigheidsreddingmodel grootliks onsuksesvol was, aangesien die applikant selde 'n redelike waarskynlikheid kan bewys.⁴⁸

Verder is dit belangrik om daarop te let dat 'n redelike waarskynlikheid van herstel vereis word en nie slegs 'n blote moontlikheid nie.⁴⁹ Volgens Appèlregter Van Blerk is die verskil tussen die woorde "waarskynlikheid" en "moontlikheid"

⁴³ Loubser 2004: 144.

⁴⁴ Loubser 2004: 144.

⁴⁵ Kloppers 2001:375; Loubser 2004: 144.

⁴⁶ 61/1973: art 427(1); Cilliers ea 2001: 480.

⁴⁷ Loubser 2004: 144.

⁴⁸ Burdette 1999: 58. "*This burden of proof is, with respect, too high and should be changed to 'reasonable possibility' or 'reasonable prospect'.*"

⁴⁹ *Noordkaap Lewendehawe Ko-operasie (Bpk) v Screuder* 1974 3 SA 102 A. Die toets wat deur die Wet neergelê word vir die toestaan van 'n geregtelike bestuursbevel, is of daar 'n redelike waarskynlikheid bestaan dat die maatskappy in staat gestel sal word om aan sy verpligtinge te voldoen en nie of daar 'n redelike moontlikheid bestaan nie; *Kotzé v Tulryk (Bpk)* 1977 3 SA 118 T. Sien ook Henning 1992: 93.

wesenlik.⁵⁰ Hy meld verder dat in regstaal word dit wat 'n moontlikheid is, beskou as minder seker as dit wat 'n waarskynlikheid is. Hy verduidelik dat die wetgewer vermoedelik met die gebruik van die woord "waarskynlikheid" ten doel gehad het om die regte van skuldeisers wat nie betaling van hul eise kan kry nie omdat die maatskappy kommersieel insolvent is, so min as moontlik met 'n geregtelike bestuursbevel in te kort.⁵¹ Sou die wetgewer van die woord "moontlikheid" gebruik gemaak het, kon dit tot gevolg gehad het dat die krediteure se reg op 'n likwidasiëbevel onbepaald uitgestel word en dit kon nouliks die bedoeling van die wetgewer gewees het.⁵²

Die waarskynlikheid het egter nie nodig om 'n "sterk waarskynlikheid" te wees nie, slegs 'n "redelike waarskynlikheid" word vereis.⁵³

Dit blyk verder uit regspraak dat die waarskynlikheid dat die maatskappy sal herstel reeds op die eerste dag van die aansoek moet blyk.⁵⁴ 'n Geregtelike bestuursbevel kan dus nie verleen word as 'n eksperiment of om vir tyd te speel ten einde vas te stel of die maatskappy dalk gered kan word nie.⁵⁵

Daar word van die maatskappy vereis dat hy in staat moet wees om al sy skuld te kan betaal.⁵⁶ In die *Irvin and Johnson*-saak meld regter Reynolds dat ten einde aan hierdie vereiste te voldoen, die applikant moet bewys dat die maatskappy sy skuld ten volle sal kan betaal binne 'n redelike tyd.⁵⁷

⁵⁰ *Noordkaap lewendehawe Ko-operasie (Bpk) v Schreuder* 1974 3 SA 102 A.

⁵¹ *Noordkaap lewendehawe Ko-operasie (Bpk) v Schreuder* 1974 3 SA 102 A.

⁵² *Noordkaap Lewendehawe Ko-operasie (Bpk) v Schreuder* 1974 3 SA 102 A.

⁵³ *Kotzé v Tulryk (Bpk)* 1977 3 SA 118 T in kritiek teen die uitspraak in *Silverman v Doornhoek Mines Ltd. 1953 T.P.D 349* wat aangevoer het dat 'n "strong probability" vereis word. Sien ook *Le Roux Hotel Management (Pty) Ltd v E Rand Bank (Pty) Ltd (FBC Fidelity Bank Ltd (under Curatorship), intervening)* 2001 2 SA 727 K.

⁵⁴ *Kotzé v Tulryk (Bpk)* 1977 3 SA 118 T.

⁵⁵ Loubser 2004: 144.

⁵⁶ Loubser 2004: 144.

⁵⁷ *Irvin and Johnson Ltd v Oelofse Fisheries Ltd; Oelofse v Irvin and Johnson Ltd* 1954 1 SA 231 E: 237. "But it is obvious that there must be a time limit, settled in each case, for the creditor can hardly be made to wait indefinitely. Hence it seems that the chance of paying its debts must be such that the facts show with at least reasonable probability that the company will be able to pay its debts in a reasonable time."; *Tenowitz v Tenny Investments (Pty) Ltd; Spur Steak Ranches (Pty) Ltd v Tenny Investments (Pty) Ltd* 1979 2 SA 680.

Volgens Rajak en Henning is die vereiste dat die maatskappy se skuld ten volle betaal moet wees ouderwets, onrealisties en dikwels nie eens in die belang van die skuldenaar of skuldeiser nie.⁵⁸ Hierdie vereiste is te streng en in baie gevalle is dit onmoontlik om te bewys.

Die vereiste staan ook in stryd met artikel 311(1) van die 1973 Maatskappywet,⁵⁹ wat voorsiening maak vir skikkings tussen 'n maatskappy en sy krediteure.⁶⁰ Ingevolge sodanige skikking sal 'n krediteur van die maatskappy 'n gedeeltelike betaling van die maatskappy se skuld aanvaar. 'n Aansoek om die krediteure byeen te roep ten einde skikkings te oorweeg mag deur die geregtelike bestuurder voor die hof gebring word.⁶¹ Dit is dus duidelik dat hierdie twee bepalinge in die Wet mekaar weerspreek.⁶²

Regter Reynolds het die vereiste verder gekwalifiseer in sy uitspraak deur by te voeg dat al die skuld binne 'n redelike tyd betaal moet word.⁶³ Dit sou nie reg en billik wees indien 'n krediteur uitermatig lank moet wag vir die vereffening van sy skuld nie en derhalwe behoort tyd 'n faktor te wees by die oorweging van die aansoek om 'n geregtelike bestuursbevel.⁶⁴

Die laaste oorweging in hierdie verband is dat die vereiste die red van die korporatiewe entiteit in geheel beoog.⁶⁵ Sou die maatskappy egter slegs in staat

⁵⁸ Rajak en Henning 1999: 268. *"In the first place the requirement that to be eligible for protection a debtor must be seen to be one capable of recovery to the point where it is able to repay all its debts in full is outdated, unrealistic and often contrary to the wishes and interests of both debtor and creditors."*

⁵⁹ 61/1973.

⁶⁰ Loubser 2004: 145.

⁶¹ 61/1973: art 311(1).

⁶² Loubser 2004: 145.

⁶³ *Irvin and Johnson Ltd v Oelofse Fisheries Ltd; Oelofse v Irvin and Johnson Ltd* 1954 1 SA 231 E.

⁶⁴ *Tenowitz v Tenny Investments (Pty) Ltd; Spur Steak Ranches (Pty) Ltd v Tenny Investments (Pty) Ltd* 1979 2 SA 680; In die saak van *Noordkaap Lewendehawe Ko-operasie (Bpk) v Schreuder* 1974 3 SA 102 A is daar bepaal dat krediteure nie verplig sal word om lank te wag vir betaling van hulle eise, selfs indien hulle volle betaling sou ontvang, as hulle sou om onmiddellike betaling te ontvang nie, slegs omdat dit die belange van aandeelhouers beter sal dien indien die maatskappy onder geregtelike bestuur geplaas word. Sien ook *Bahnemann v Fritzmores Exploration (Pty) Ltd* 1963 2 SA 250 en *Tobacco Auctions Ltd v AW Hamilton (Pvt) Ltd* 1966 2 SA 452.

⁶⁵ Loubser 2004: 146.

wees om die besigheid van die maatskappy of 'n gedeelte daarvan te red word daar nie aan die vereiste voldoen nie.⁶⁶

Opsommenderwys kan daar gesê word dat hierdie vereiste te streng was en dat maatskappye wat moontlik steeds kon herstel deur die Suid-Afrikaanse howe weggewys is.

3.2.4 REG EN BILLIK

Die laaste vereiste waaraan die maatskappy moet voldoen, is om die hof te oortuig dat dit reg en billik is dat 'n geregtelike bestuursbevel ten opsigte van die maatskappy toegestaan word.⁶⁷

Aangesien die 1973 Maatskappywet geen duidelike uiteensetting bevat oor watter omstandighede as reg en billik geag sal word nie, is die howe getaak met die interpretasie van hierdie vereiste.⁶⁸ Die howe is van mening dat benewens die reeds uiters streng vereistes vir 'n geregtelike bestuursbevel, hierdie vereiste impliseer dat die bevel slegs toegestaan mag word in uitsonderlike omstandighede.⁶⁹ Geregtelike bestuur is dus omskep in 'n buitengewone remedie.

In die saak van *Silverman v Doornhoek Mines*⁷⁰ is dit as volg gestel:

“The object of the section is to obviate a company being placed in liquidation if there is some strong probability that by proper management or by proper conservation of its resources it may be able to surmount its difficulties and carry on. It is a special privilege given in favour of a company and it is to be authorized only in very special circumstances.”⁷¹

Hierdie benadering is ondersteun deur regter Hiemstra in die saak van *Kotzé v*

⁶⁶ Loubser 2004: 146.

⁶⁷ 61/1973: art 427(1)(b).

⁶⁸ Loubser 2004: 147.

⁶⁹ Loubser 2004: 147.

⁷⁰ *Silverman v Doornhoek Mines Ltd.* 1935 T.P.D. 349.

⁷¹ *Silverman v Doornhoek Mines Ltd.* 1935 T.P.D. 349.

Tulryk. Volgens hom is 'n skuldeiser geregtig daarop om vir die likwidasië van 'n maatskappy aansoek te doen ten einde sy geld of 'n gedeelte daarvan terug te kry.⁷²

Hiemstra was van mening dat 'n ingryping indruis teen die reg van 'n krediteur om sy geld op te eis.⁷³ Derhalwe moet geregtelike bestuur as 'n uitsonderlike regsmiddel aangewend word alleen wanneer dit waarskynlik lyk dat die uiteinde daarvan vir die krediteure en aandeelhouers 'n voordeel sal inhou.⁷⁴ Henning is hiermee in ooreenstemming en skryf die volgende:

*"An order for judicial management of a company should be limited to larger companies. It should be regarded as a special or extraordinary remedy, as a special privilege given in favour of a company. It is to be authorized only in very special circumstances and should not be regarded as an experiment to determine whether the company can extricate itself from financial or managerial difficulties."*⁷⁵

Alhoewel die bogenoemde benadering in verskeie hofsake nagevolg is, moet daar melding gemaak word van al die punte van kritiek wat daarvoor uitgespreek word. Kloppers is van mening dat daar geen rede bestaan waarom die houe geregtelike bestuur as 'n buitengewone remedie moet beskou nie, maar dat dit uiters moeilik vir hul sal wees om geregtelike bestuur as 'n alternatief tot likwidasië te hanteer in die lig van die presedente wat bestaan.⁷⁶

Volgens Burdette is die grootste probleem met geregtelike bestuur juis die feit dat hierdie remedie as 'n buitengewone remedie beskou word en nie as 'n alternatief tot likwidasië nie.⁷⁷ Hy maak verder melding van die feit dat besigheidsreddingsprosedures in ander jurisdiksies gesien word as 'n

⁷² *Kotzé v Tulryk (Bpk) 1977 3 SA 118 T; Tenowitz v Tenny Investments (Pty) Ltd; Spur Steak Ranches (Pty) Ltd v Tenny Investments (Pty) Ltd 1979 2 SA 680 "An unpaid creditor has the right ex debito justitiae to have a company placed in liquidation. The alternative procedure of judicial management must be regarded as a special or extraordinary remedy"; Kloppers 2001: 361.*

⁷³ *Kotzé v Tulryk (Bpk) 1977 3 SA 118 T. Sien ook Noordkaap Lewendehawe Ko-operasie (Bpk) v Schreuder 1974 3 SA 102 A "Geregtelike bestuur is 'n buitengewone remedie wat die regte van skuldeisers drasties inkort en word slegs in uitsonderlike omstandighede toegestaan".*

⁷⁴ *Kotzé v Tulryk (Bpk) 1977 3 SA 118 T.*

⁷⁵ Henning 1992: 93.

⁷⁶ Kloppers 1999: 426.

⁷⁷ Burdette 2004: 247.

noodsaaklike en natuurlike voorganger van insolvensie.⁷⁸ Hierdie konserwatiewe benadering om geregtelike bestuur slegs as buitengewone remedie aan te wend is ook gekritiseer deur regter Josman in die saak van *Le Roux Hotel Management*.⁷⁹

Volgens Loubser is hierdie vereiste ook al verkeerdelik geïnterpreteer om te beteken dat geregtelike bestuur nie bedoel is vir 'n klein privaat maatskappy nie.⁸⁰ Die uitspraak in die *Tobacco Auction*-saak is volgens haar die meer korrekte benadering.⁸¹ In hierdie saak het regter Goldin vermeld dat die omvang van die besigheidsaktiwiteite sowel as die bates, laste en die aard van die probleme van 'n maatskappy alles relevante faktore is in die oorweging of 'n geregtelike bestuursbevel toepassing kan vind en die feit dat die maatskappy klein, met slegs 'n paar aandeelhouers is, is net een van die faktore wat saam met al die ander oorweeg moet word.⁸²

Olver is egter van mening dat geregtelike bestuur nie beskikbaar moet wees as besigheidsreddingprosedure vir klein privaat maatskappye wat nie oor voldoende bates beskik om die koste van die prosedure te kan dek nie.⁸³ Kloppers daarteenoor kritiseer hierdie siening en meld dat indien klein maatskappye nie die koste van die prosedure kan dek nie, die koste van geregtelike bestuur te hoog is.⁸⁴ Volgens hom speel klein en medium maatskappye 'n belangrike rol in die ekonomie en is derhalwe waardig om gered te word.⁸⁵

Die Suid-Afrikaanse hof het ook hierdie vereiste geïnterpreteer om te beteken dat 'n geregtelike bestuursbevel slegs toegestaan mag word indien daar geen

⁷⁸ Burdette 2004: 244.

⁷⁹ *Le Roux Hotel Management (Pty) Ltd v E Rand Bank (Pty) Ltd (FBC Fidelity Bank Ltd (under Curatorship), intervening)* 2001 2 SA 727 K.

⁸⁰ Loubser 2004: 149 in ooreenstemming met die uitspraak in *Rustomjee v Rustomjee (Pty) Ltd* 1960 2 SA 753 D.

⁸¹ Loubser 2004: 149.

⁸² *Tobacco Auctions Ltd v AW Hamilton (Pvt) Ltd* 1966 2 SA 451 R.

⁸³ Olver 1986.

⁸⁴ Kloppers 1999: 425.

⁸⁵ Kloppers 1999: 425 volgens Kloppers is die rede vir die hoë koste van geregtelike bestuur die feit dat geregtelike bestuur grootliks afhanklik is van die hof proses. Sien ook Rajak en Henning 1999: 268.

ander gepaste remedie beskikbaar is nie.⁸⁶

In die *Makhuva*-saak is daar by monde van regter Van der Spuy gemeld dat die hof nie betrokke behoort te raak waar 'n maatskappy by wyse van interne metodes probleme kan oplos nie.⁸⁷ Hy meld verder dat in 'n geval waar daar by wyse van 'n geregtelike bestuursbevel samehorigheid tussen strydige partye bewerkstellig kon word, dit eintlik die doel van 'n geregtelike bestuursbevel verydel:

“...the whole purpose of the judicial management would really be defeated if the Court interfered with the management of companies if this was unrelated to a moratorium or a breathing space, after which a company is supposed to surmount its difficulties, and carry on with the same management.”⁸⁸

'n Aangeleetheid wat nou hiermee in verband staan, is die feit dat 'n geregtelike bestuursbevel ook nie toegestaan behoort te word in gevalle waar dit duidelik 'n misbruik van die proses daarstel nie.⁸⁹

Loubser is egter van mening dat die verwydering van hierdie vereiste 'n groot verbetering met betrekking tot die reg ten opsigte van geregtelike bestuur daar sou stel.⁹⁰ Volgens haar het hierdie vereiste die howe in staat gestel om 'n geregtelike bestuursbevel te weier in gevalle waar dit onvanpas sou wees om een toe te staan, selfs al word daar aan al die ander formele vereistes voldoen.⁹¹ Sy is van mening dat die howe alreeds by wyse van die bewoording in artikel

⁸⁶ Loubser 2004: 149.

⁸⁷ *Makhuva v Lukhoto Bus Service (Pty) Ltd* 1960 2 SA 753 D: 393. “The authorities which I have consulted

clearly show that in circumstances such as these a Court ought not to get itself involved in a situation where first respondent was capable of resolving internal disputes and certainly, in such circumstances, I would be precluded from holding that it would be ‘just and equitable’ to place first respondent under judicial management”.

⁸⁸ *Makhuva v Lukhoto Bus Service (Pty) Ltd* 1960 2 SA 753 D: 394. Sien ook op 397: “On the contrary there is

an avalanche of authority to the effect that a judicial management order is only appropriate where ‘internal control mechanisms’ and ‘domestic remedies’ were intirely ineffectual in overcoming its internal problems, especially if those arose from clashes between the personalities of the various directors”.

⁸⁹ Loubser 2004: 149.

⁹⁰ Loubser 2004: 150.

⁹¹ Loubser 2004: 150.

427(1) van die 1973 Wet 'n diskresie ten opsigte van die verlening van 'n geregtelike bestuursbevel gehad het, nieteenstaande die feit dat daar aan al die vereistes voldoen is nie en volgens haar is dit al wat nodig is.⁹²

3.3 TOEPASSINGSGBIED

Geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmodel was slegs beskikbaar vir die maatskappy as ondernemingsvorm.⁹³ Die bepaling rakende geregtelike bestuur is nie van toepassing op beslote korporasies, vennootskappe of handeldrywende trusts nie.⁹⁴

Dit blyk dus dat besigheidsredding daargestel is om slegs vir sekere regspersone van hulp te wees, deurdat dit nie ook beskikbaar gestel word vir “*unincorporated*” of te wel oningelyfde ondernemings soos byvoorbeeld vennootskappe nie.⁹⁵

Kloppers sluit egter aan by Rajak en Henning wat van mening is dat die onderskeid nie getref behoort te word tussen geïnkorporeerde en nie-geïnkorporeerde ondernemings nie, maar dat daar eerder tussen besigheidsdebiteure en verbruikersdebiteure onderskei moet word.⁹⁶

Besigheidsdebiteure se skuld het ontstaan gedurende die dryf van besigheid, terwyl verbruikersdebiteure se skuld ontstaan het deur die aankoop van goedere of aanskaffing van dienste vir hul persoonlike gebruik en nie as deel van enige besigheid nie.⁹⁷ Rajak en Henning stel dus voor dat die geregtelike bestuursproses beskikbaar gestel moet word vir besigheidsdebiteure en dat daar

⁹² Loubser 2004: 150. Artikel 427(1) van die Maatskappywet 61/1973 maak gebruik van die woord “mag” wat dui op die howe se diskresie in verband met die verlening van die geregtelike bestuursbevel.

⁹³ Rajak en Henning 1999: 273. “*Judicial Management is only available to companies incorporated under the Companies Act 61 of 1973 or a predecessor of the Act*”.

⁹⁴ Burdette 2004: 250; Burdette 1999: 58. Vir meer inligting aangaande ander ondernemingsvorme in finansiële nood sien Loubser 2007: 446-449.

⁹⁵ Kloppers 1999: 418.

⁹⁶ Rajak en Henning 1999: 270; Kloppers 1999: 418; Kloppers 2001: 367.

⁹⁷ Rajak en Henning 1999: 270.

wegbeweeg word van die “inkorporasie”-vereiste.⁹⁸

Kloppers is inderdaad korrek in sy siening dat die feit dat die geregtelike bestuursproses slegs beskikbaar vir maatskappye is ‘n groot tekortkoming in die Suid-Afrikaanse reg is, in die lig van die rol wat besigheidsreddingsprosedures kan speel in die ekonomie van ‘n land.⁹⁹ Hy stel voor dat daar ‘n besigheidsreddingsmodel beskikbaar behoort te wees vir vennootskappe, beslote korporasies, die eenmansaak sowel as vir handeldrywende trusts.¹⁰⁰ Burdette voorsien egter 'n probleem met hierdie oplossing, veral met betrekking tot beslote korporasies, deurdat hy verwys na die doel waarvoor hierdie tipe ondernemingsvorm geskep is teenoor die hoë koste implikasies verbonde aan die geregtelike bestuursproses.¹⁰¹

Alhoewel die prosedure duur kan wees vir kleiner ondernemingsvorme soos beslote korporasies, is Burdette egter steeds van mening dat die koste implikasies afgeweg teen die moontlikheid van rehabilitasie die moeite werd is.¹⁰²

Hierdie benadering bring ‘n volgende kwessie na vore. Aangesien die besigheidsreddingsprosedure vervat word in die Maatskappywet, wat slegs van toepassing is op die maatskappy as ondernemingsvorm, sou die voorstel van Kloppers nie in die Maatskappywet beliggaam kon word nie.¹⁰³ ‘n Saak kan egter uitgemaak word vir Insolvensiewetgewing waarin die voorstel vervat kan word.¹⁰⁴

⁹⁸ Rajak en Henning 1999: 273. *A distinction between business and consumer debtors is, in our view, sensible and workable.*

⁹⁹ Kloppers 2001: 367. *There is no logical reason to restrict its (judicial management) application to companies.*

¹⁰⁰ Kloppers 2001: 367.

¹⁰¹ Burdette 1999: 59-60. *"It is a simplified form of business enterprise aimed at small businesses, and has been designed to encourage the small entrepreneur while at the same time providing him or her with a vehicle which has juristic personality, and thus a limited form of limitation of liability." "By and large this was done to limit costs, business rescue can be costly."*

¹⁰² Burdette 1999: 60.

¹⁰³ Kloppers 2001:367.

¹⁰⁴ Kloppers 2001: 367. Sien hoofstuk 2 hierbo vir ‘n volledige bespreking aangaande die vraag waar besigheidsredding tuis hoort, die insolvensiereg of die maatskappyereg?

4. ONDERNEMINGSREDDINGSKEMAS: VEREISTES INGEVOLGE 2008 WET

4.1 MAATSKAPPYBESLUIT INGEVOLGE ARTIKEL 129

Die direksie van 'n maatskappy kan ingevolge die 2008 Maatskappywet, by wyse van 'n besluit die maatskappy vrywilliglik onder toesig plaas deur met ondernemingsreddingsverrigtinge te begin.¹⁰⁵ Sodanige besluit kan egter slegs geneem word indien die direksie van mening is dat hulle redelike gronde het om te glo dat die maatskappy in finansiële nood is en dat daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word.¹⁰⁶

Die Wet meld geensins wat bedoel word met die term "redelike gronde" nie. Daar kan egter 'n saak uitgemaak word vir die toepassing van die nuwe sake-oordeeltoets soos vervat in artikel 76(4) van die 2008 Wet.¹⁰⁷ Dit sou beteken dat die direksie aan die sake-oordeeltoets sal moet voldoen ten einde te bewys dat hulle die besluit om die maatskappy onder reddingsverrigtinge te plaas op redelike gronde geneem het en dat die besluit in die beste belang van die maatskappy was.¹⁰⁸ 'n Direkteur sal die sake-oordeeltoets slaag indien hy sy verpligtinge nakom deur redelik noulettende stappe te neem om oor 'n bepaalde saak ingelig te word,¹⁰⁹ deur geen werklike persoonlike finansiële belang by die onderwerp van die besluit te hê nie¹¹⁰ en deur besluite te neem indien hy rasonele gronde gehad het om te glo, en daadwerklik geglo het, dat dit in die beste belang van die maatskappy is.¹¹¹ Die sake-oordeeltoets behels dat 'n

¹⁰⁵ 71/2008: art 129(1). Let wel dat die Hof se betrokkenheid by die instel van die besigheidsreddingsverrigtinge grootliks geminimaliseer is, in aggenome die kritiek teen die hof se betrokkenheid by die verrigtinge en die siening dat dít bygedra het tot die mislukking van geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmodel.

¹⁰⁶ 71/2008: art 129(1)(a) en (b).

¹⁰⁷ 71/2008: art 76(4).

¹⁰⁸ 71/2008: art 76(3).

¹⁰⁹ 71/2008: art 76(4)(a)(i); Davis ea 2010: 117.

¹¹⁰ 71/2008: art 76(4)(a)(ii); Davis ea 2010: 117.

¹¹¹ 71/2008: art 76(4)(a)(iii); Davis ea 2010: 117.

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 beste belang van die maatskappy was.¹¹²

Die direksie mag nie by wyse van 'n besluit besigheidsredding aanhangig maak indien daar alreeds met likwidasierrigtinge teen die maatskappy begin is nie.¹¹³

Hierdie beperking is betreurenswaardig, want dit beteken dat selfs indien die direksie oortuig is dat die maatskappy gered kan word, hulle nie die likwidasierrigtinge kan stopsit nie.¹¹⁴ Daar kan egter 'n teenargument geopper word, naamlik dat die beperking ten doel het om misbruik deur die direksie te voorkom.

4.1.1 FINANSIËLE NOOD

Artikel 128 van die Wet bepaal wat met “finansiële nood” bedoel word.¹¹⁵ Hierdie artikel bepaal dat ‘n maatskappy in finansiële nood is as dit redelik onwaarskynlik is dat die maatskappy in staat sal wees om binne die onmiddelik daaropvolgende ses maande al sy skulde te kan betaal namate dit betaalbaar raak.¹¹⁶ ‘n Maatskappy is verder ingevolge hierdie definisie in finansiële nood indien dit redelik waarskynlik is dat die maatskappy binne die onmiddelik daaropvolgende ses maande insolvent sal raak.¹¹⁷

Eersgenoemde definisie naamlik dat die maatskappy waarskynlik nie in staat sal wees om sy skulde in die onmiddelik daaropvolgende ses maande te kan betaal nie, het te make met kontantvloei-insolvensie, of te wel kommersiële insolvensie.

¹¹² Davis ea 2010: 117. Vir 'n volledige bespreking aangaande die sake-oordeeltoets of te wel die “*business judgement rule*” sien Coetzee en Kennedy-Good 2006: 278.

¹¹³ 71/2008: art 129(2)(a) ; Loubser 2010: 501.

¹¹⁴ Loubser 2010: 509.

¹¹⁵ 71/2008: art 128(1)(f).

¹¹⁶ 71/2008: art 128(1)(f)(i).

¹¹⁷ 71/2008: art 128(1)(f)(ii).

¹¹⁸ Daarteenoor hou die tweede definisie aangaande die insolvensie van die maatskappy verband met 'n balansstaat-toets, dit wil sê of die waarde van die maatskappy se bates minder is as die laste van die maatskappy op enige gegewe oomblik, ook bekend as feitlike insolvensie.¹¹⁹

Dit wil dus voorkom asof die 2008 Maatskappywet die vereistes in hierdie verband uitgebrei het deurdat kommersiële sowel as feitlike insolvensie nou as grondige rede vir die instel van besigheidsreddingsverrigtinge gebruik kan word.

120

'n Verdere verbetering in die formulering van hierdie vereiste kan gevind word in die feit dat die maatskappy nie reeds in nood hoef te verkeer alvorens die ondernemingsredding aanhangig gemaak word nie.¹²¹ Die ses maande tydperk gee aan die maatskappy die geleentheid om besigheidsredding aan te pak waar daar nog net 'n moontlikheid van nood bestaan. Die nuwe formulering spreek dus die kritiek van skrywers soos Kloppers¹²² aan deurdat dit 'n groter moontlikheid van sukses kan meebring teenoor die vorige model wat eers vir besigheidsredding voorsiening gemaak het as dit alreeds te laat is om die maatskappy te red.

Verder hou die vereiste in dat die direksie deurgaans op hoogte moet wees van die maatskappy se finansiële toestand, ten einde die ondernemingsredding te inisieer indien dit nodig word en dit sal meebring dat balanstade op 'n meer gereelde basis voorberei moet word.¹²³

Die direkteure word egter nie aan hul eie genade oorgelaat waar dit kom by die

¹¹⁸ Rushworth 2010: 377.

¹¹⁹ Rushworth 2010: 377.

¹²⁰ Sien 3.1.2 hierbo. Kommersiële insolvensie word vereis vir die toestaan van 'n geregtelike bestuursbevel
ingevolge van die Maatskappywet 61 van 1973.

¹²¹ Rushworth 2010: 377. *"It should, in any event, be noted that the proceedings may commence, with the right of the company to be protected from creditors from enforcing their rights, a considerable time before the company becomes insolvent, either on a cash-flow or balance-sheet basis."*

¹²² Kloppers 2001: 375.

¹²³ Rushworth 2010: 377.

neem van hierdie besluite of die oorweging van die inligting ten einde te bepaal of daar redelike gronde is vir die maatskappy om met ondernemingsredding te begin nie, aangesien die Maatskappywet daarvoor voorsiening maak dat die direksie hulp van buite kan inroep.¹²⁴ Artikel 76(5) bepaal dat die direksie gebruik kan maak van die hulp van regslui, rekenkundiges en ander professionele persone.¹²⁵

4.1.2 REDELIKE VOORUITSIG

Daar behoort verder ook 'n redelike vooruitsig te wees dat die maatskappy gered kan word.¹²⁶ Die Engelse teks van die Wet verwys na 'n "*reasonable prospect*" wat verskil van die vereiste soos dit uiteengesit is vir die verlening van 'n geregtelike bestuursbevel, naamlik dat die applikant moes bewys dat daar 'n redelike waarskynlikheid is dat die maatskappy gered sal word. By geregtelike bestuur verwys die Engelse teks na 'n "*reasonable probability*".¹²⁷ Dit is onduidelik waarom die wetgewer die bewoording verander het vanaf "waarskynlikheid" na "vooruitsig", aangesien die woorde dieselfde betekenis het.

128

Artikel 128 verskaf 'n omskrywing van die omstandighede waarin die maatskappy gered geag sal wees.¹²⁹ Die maatskappy kan as gered beskou word indien dit die doelwitte wat vir ondernemingsredding uiteengesit word bereik.¹³⁰ Die doelwitte wat die maatskappy moet bereik is om i) weer op 'n solvente grondslag voort te bestaan of, ii) indien dit onmoontlik is om voort te bestaan, die

¹²⁴ Rushworth 2010: 378. Sien ook Benade ea 2009: 60.

¹²⁵ 71/2008: art 76(5)(b). "*To the extent contemplated in subsection (4) (b) a director is entitled to rely on legal counsel, accountants, or other professional persons retained by the company, the board or a committee as to the matters involving skills or expertise that the director reasonably believes are matters- (i) within the particular person's professional or expert competence; or (ii) as to which the particular person merits confidence*".

¹²⁶ 71/2008: art 129(1)(b).

¹²⁷ 61/1973: art 427(1).

¹²⁸ Collins verklarendewoordeboek: *Prospect- something hoped for; apparent chance for success.*

Probability- likelihood; likely to occur or be.

¹²⁹ 71/2008: art 128(1)(h) saamgelees met art 128(1)(b).

¹³⁰ 71/2008: art 128(1)(b)(iii).

ondernemingsredding daar toe sal lei dat 'n beter opbrengs vir die maatskappy se skuldeisers of aandeelhouers sal voortspruit as wat uit die onmiddellike likwidasië van die maatskappy sou.¹³¹

Om weer op 'n solvente grondslag voort te bestaan sal inhou dat die maatskappy se bates sy laste moet oorskry en dat die maatskappy in staat is om sy skuld te betaal namate dit betaalbaar word. Hierdie doelwit blyk haalbaar te wees aangesien daar 'n moontlikheid bestaan dat die maatskappy aan ondernemingsredding onderwerp kan word nog voordat dit werklik insolvent is en is dit dus voor die hand liggend dat die moontlikheid bestaan dat die maatskappy nooit insolvent geword het nie.

Sou die direksie versuim om ingevolge artikel 129(1) die besluit te neem om die maatskappy onder ondernemingsredding te plaas, waar hulle oor redelike gronde beskik om te glo dat die maatskappy in finansiële nood verkeer, moet hulle skriftelik kennis aan elke geaffekteerde persoon gee.¹³² Hierdie kennisgewing behoort inligting te bevat aangaande die maatskappy se finansiële posisie sowel as die rede waarom die maatskappy nie onder ondernemingsredding geplaas is nie.¹³³ Dit staan die geaffekteerde persoon dan vry om aansoek te doen by die hof ten einde ondernemingsreddingsverrigtinge aanhangig te maak.¹³⁴

4.2 ONDERNEMINGSREDDING BY WYSE VAN 'n HOFBEVEL (ARTIKEL 131)

Soos dit uit bogenoemde blyk, is dit dus moontlik vir 'n geaffekteerde persoon om by wyse van 'n aansoek die hof te nader ten einde die maatskappy onder

¹³¹ 71/2008: art 128(1)(b)(iii).

¹³² 71/2008: art 129(7); Rushworth 2010: 379. 'n Geaffekteerde persoon word in artikel 128(1)(a) gedefinieer as: (i) 'n aandeelhouer of 'n skuldeiser van die maatskappy; (ii) enige geregistreerde vakbond wat werknemers van die maatskappy verteenwoordig; en (iii) indien enige van die werknemers van die maatskappy nie deur 'n geregistreerde vakbond verteenwoordig word nie, elk van daardie werknemers of hulle onderskeie verteenwoordigers.

¹³³ 71/2008: art 129(7).

¹³⁴ Rushworth 2010: 379.

ondernemingsredding te plaas.

Ingevolge artikel 131(1) van die Wet kan 'n geaffekteerde persoon te enige tyd by 'n hof aansoek doen vir 'n bevel om die maatskappy onder toesig te plaas en met ondernemingsreddingsverrigtinge te begin, tensy die maatskappy reeds by wyse van 'n besluit die verrigtinge geïnisieer het.¹³⁵

Dit is verder interessant om daarop te let dat alhoewel die direksie nie besigheidsreddingsverrigtinge kan inisieer indien daar reeds met likwidasierigtinge begin is nie, die hof wel deur 'n geaffekteerde persoon genader kan word na aanvang van likwidasierigtinge.¹³⁶

Die vereistes waaraan daar in hierdie omstandighede voldoen moet word, verskil van die vereistes waaraan daar voldoen moet word indien die ondernemingsredding by wyse van maatskappybesluit begin word. Artikel 131(4) sit die vereistes uiteen en bepaal dat die hof die aansoek sal toestaan indien die hof oortuig is dat i) die maatskappy in finansiële nood is; ii) die maatskappy ten opsigte van indiensnemingsverwante aangeleenthede versuim het om enige bedrag kragtens 'n verpligting ingevolge 'n openbare regulasie of kontrak te betaal; of iii) dit andersins billik en regverdig is om dit om finansiële redes te doen en daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word.¹³⁷

Die omstandighede waaronder die hof die aansoek om die maatskappy onder ondernemingsredding te plaas, word dus nie alleen beperk tot finansiële nood nie.¹³⁸

Dit is duidelik uit bogenoemde dat die vereistes vir die instel van ondernemingsreddingsverrigtinge deur geaffekteerde persone meer omvangryk

¹³⁵ 71/2008: art 131(1).

¹³⁶ 71/2008: art 131(6) (a) en (b). Indien likwidasierigtinge deur of teen die maatskappy reeds begin het wanneer 'n aansoek kragtens art 131(1) ingedien word, sal die aansoek daardie likwidasierigtinge opskort totdat (a) die hof aansoek bereg het; of (b) die ondernemingsreddingsverrigtinge eindig indien die hof die bevel maak waarvoor aansoek gedoen is. Sien ook 3.2.1 hierbo.

¹³⁷ 71/2008: art 131(4)(a)(i)-(iii).

¹³⁸ Loubser 2008: 382.

is as die instel van verrigtinge deur 'n maatskappybesluit.¹³⁹

4.2.1 MAATSKAPPY IN VERSUIM

Die 2008 Wet bepaal dat 'n geaffekteerde persoon die hof kan nader ten einde die maatskappy onder ondernemingsredding te plaas waar die maatskappy versuim om ten opsigte van indiensnemingsverwante aangeleenthede enige bedrag kragtens 'n verpligting oor te betaal.¹⁴⁰ Sodanige verpligting kon ontstaan het as gevolg van 'n openbare regulasie of 'n kontraktuele verhouding.¹⁴¹

Loubser is inderdaad korrek in haar siening dat hierdie bepaling problematies is. Die bepaling is van toepassing selfs waar die maatskappy versuim om slegs een betaling te maak.¹⁴² Daar word ook nie ingedagte gehou dat die versuim kon voorkom as gevolg van 'n administratiewe of tegniese probleem wat deur die maatskappy of sy bank ondervind word nie en dat dit moontlik geensins in verband staan met enige finansiële gronde nie.¹⁴³

'n Beter formulering van hierdie bepaling sou wees dat die versuim deur die maatskappy oor 'n minimum voorgeskrewe tydperk moes geskied het of dat die maatskappy ten minste moes versuim om twee opeenvolgende betalings te maak.¹⁴⁴

4.2.2 REG EN BILLIK OM FINANSIËLE REDES

Die volgende vereiste wat deur die geaffekteerde persone bewys moet word, is dat dit reg en billik om finansiële redes is om die maatskappy onder

¹³⁹ Rushworth 2010: 381.

¹⁴⁰ 71/2008: art 131(4)(ii).

¹⁴¹ 71/2008: art 131(4)(ii).

¹⁴² Loubser 2010: 510.

¹⁴³ Loubser 2010: 510.

¹⁴⁴ Loubser 2010: 510.

ondernemingsredding te plaas.¹⁴⁵

Daar kan weereens met Loubser saamgestem word ten aansien van hierdie vereiste. Sy is van mening dat die vereiste te vaag is en dat dit onduidelik is wat presies met "finansiële redes" bedoel word.¹⁴⁶ Die argument kan gevoer word dat hierdie finansiële redes verband hou met gronde wat nie vervat word in die definisie van "finansiële nood" soos uiteengesit in artikel 128 van die Wet nie.¹⁴⁷ Dit is egter seker dat hierdie vereiste sal lei tot interpretasieprobleme.¹⁴⁸ Die vaagheid van die vereiste veroorsaak regsonsekerheid en behoort liefers nie ingesluit te word nie.¹⁴⁹

'n Moontlike oplossing kan gevind word in die 1973 Wet waar die omstandighede waarin 'n maatskappy geag sal word in finansiële nood te verkeer gelys word.¹⁵⁰

4.2.3 TOEPASSINGSGBIED

Ten einde die toepassingsgebied van die ondernemingsreddingskema as besigheidsreddingsmodel te ondersoek, word daar verwys na die regulasies tot die Wet.¹⁵¹ Dit wil voorkom asof die prosedure vir alle maatskappye wat in finansiële nood verkeer beskikbaar is, hetsy dit 'n klein, medium of groot maatskappy is.

¹⁴⁵ 71/2008: art 131(4)(a)(iii).

¹⁴⁶ Loubser 2010: 510.

¹⁴⁷ 71/2008: art 128(1)(f); Loubser 2010:510.

¹⁴⁸ Loubser 2010: 511.

¹⁴⁹ Loubser 2010: 511.

¹⁵⁰ Loubser 2010: 511; Sien ook 61/1973: art 345(1)(a) en 3.1.2 hierbo.

¹⁵¹ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 127(2)(b). "Companies undergoing business rescue proceedings are classified in the following three groups: (i) "large companies", being any company, other than a state owned company, whose most recent public interest score, as calculated in terms of Regulation 26(2), is 500 or more; (ii) "medium companies" being (aa) any public company whose most recent public interest score, as calculated in terms of Regulation 26 (2), is less than 500; or (bb) any other company, other than a state owned company, whose most recent public interest score, as calculated in terms of Regulation 26 (2), is at least 100 but less than 500; and (iii) "small companies" being any company, other than a state owned or public company, whose most recent public interest score, as calculated in terms of Regulation 26 (2), is less than 100."*

Volgens Salant word beslote korporasies ook uitgesluit by die werking of te wel toepassingsgebied van ondernemingsreddingskemas.¹⁵² Bylae Drie van die Wet maak egter ondernemingsredding ook van toepassing op beslote korporasies en bepaal die volgende:

"Die bepalings van Hoofstuk 6 van die Maatskappywet, gelees met die veranderinge wat deur die samehang vereis word, is van toepassing op 'n korporasie, maar 'n verwysing in daardie Hoofstuk na- (a) 'n maatskappy moet as 'n verwysing na 'n korporasie beskou word; of (b) 'n aandeelhouer van 'n maatskappy, of die houer van sekuriteite uitgegee deur 'n maatskappy, moet as 'n verwysing na 'n lid van 'n korporasie gelees word."¹⁵³

Alhoewel ondernemingsredding nou op meer ondernemingsvorme as sy voorganger van toepassing is, behoort daar in gedagte gehou te word dat weens die hoë koste verbonde aan besigheidsredding dit steeds buite die bereik van kleiner besighede val.

5. UNCITRAL

Die gids meld dat nie alle skuldenaars wat ernstige finansiële nood in 'n mededingende ekonomie ervaar noodwendig gelikwideer moet word nie.¹⁵⁴ Indien 'n skuldenaar 'n redelike vooruitsig op sukses het, behoort dit die geleentheid gegun te word om te bewys dat daar meer waarde daarin is om die noodsaaklike besigheid en ander belangrike dele van die skuldenaar bymekaar te hou.¹⁵⁵

Volgens die UNCITRAL-gids word daar in verskeie ander jurisdiksies ook gebruik

¹⁵² Salant 2010: Jan/Feb. Vir 'n volledige bespreking aangaande die invloed van die 2008 Maatskappywet op die beslote korporasie sien Henning 2010: 456-479.

¹⁵³ 71/2008: Bylae 3(6).

¹⁵⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 27 item 24.

¹⁵⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 27 item 24. *"Not all debtors that falter or experience serious financial difficulty in a competitive marketplace should necessarily be liquidated; a debtor with a reasonable prospect of survival (such as one that has a potentially profitable business) should be given that opportunity where it can be demonstrated that there is greater value (and, by deduction, greater benefit for creditors in the long term) in keeping the essential business and other component parts of the debtor together"*.

gemaak van verskillende aanvangsvereistes afhangend van die feit of dit die skuldenaar self of die skuldeisers is wat die proses wil begin.¹⁵⁶

5.1 SKULDENAAR

Volgens die gids staan dit die skuldenaar vry om 'n aansoek te bring vir besigheidsredding indien die skuldenaar kan voorsien dat hy nie in staat sal wees om sy skulde te betaal soos dit opeisbaar word nie, dit wil sê verwagte of dreigende insolvensie of illikiditeit.¹⁵⁷

Verder word daar in verskeie ander jurisdiksies ook van die skuldenaar verwag om bewys te lewer dat daar 'n werklike of redelike vooruitsig bestaan dat die skuldenaar die finansiële nood sal oorleef of dat die skuldenaar se besigheid ekonomies lewensvatbaar sal wees.¹⁵⁸

'n Sinvolle aanbeveling deur die gids:

"...it may be desirable that the insolvency law focuses upon discouraging improper use rather than making commencement more difficult to the potential detriment of all eligible applicants."¹⁵⁹

Die skuldenaar kan egter die proses misbruik, hierdie probleem kan byvoorbeeld aangespreek word deur aan die hof die mag te verleen om die aansoek van die hand te wys en in sodanige geval die skuldenaar aanspreeklik hou vir die koste wat deur die skuldeisers aangegaan is vir die aantekening van beswaar.¹⁶⁰

5.2 SKULDEISER

¹⁵⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 53 item 45.

¹⁵⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 53 item 46.

¹⁵⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 53 item 46. "A number of reorganisation laws also require evidence of a real or reasonable prospect of survival of the debtor or of the economic viability of the debtor's business".

¹⁵⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 54 item 47.

¹⁶⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 54 item 47.

Jurisdiksies wat wel toelaat dat skuldeisers ook die reddingsproses aanhangig maak, het verskillende benaderings ten aansien van die aanvangstandaard¹⁶¹

Een van hierdie benaderings vereis presies dieselfde standaard van die skuldeiser as wat daar van die skuldenaar verwag word in die geval waar laasgenoemde die proses begin.¹⁶² Daar bestaan egter kritiek teen hierdie benadering en dit is dat dit moeilik is om te regverdig dat die skuldeiser toekomstige kontantvloeiprobleme moet bewys:

*"This is not only because of the difficulties associated with creditors being able to prove that a standard of prospective illiquidity has been met by the debtor, but rather because, as a general matter, it would seem unreasonable for any form of insolvency proceeding to be commenced against the debtor's will, unless creditors can demonstrate that their rights already have been impaired."*¹⁶³

Party lande vereis van die skuldeisers om sekere faktore te bewys bykomend tot die Skuldenaar se insolvensie of te wel dreigende insolvensie soos byvoorbeeld: daar is genoeg kontant beskikbaar vir die dag-tot-dag dryf van die besigheid,¹⁶⁴ dat die waarde van die skuldenaar se bates die redding ondersteun¹⁶⁵ en dat die skuldeisers waarskynlik 'n groter voordeel sal ontvang in die redding as wat hulle sou ontvang in likwidasië.¹⁶⁶ Een duidelike nadeel van hierdie benadering is dat dit van die skuldeisers vereis om 'n evaluering te maak het, of nog te maak, van die skuldenaar se besigheid voordat die aansoek gebring word.¹⁶⁷ Ten einde hierdie evaluering te kan doen moet die skuldeisers in staat wees om relevante en betroubare inligting van die skuldenaar te verkry.¹⁶⁸ Die gids maak

¹⁶¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 54 item 49.

¹⁶² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 54 item 49.

¹⁶³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 54-55 item 49.

¹⁶⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 55 item 50. "...they must show that ongoing cash will be available to pay for the day-to-day running of the business..."

¹⁶⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 55 item 50. "...that the value of the assets will support reorganization..."

¹⁶⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 55 item 50. " and that the return to creditors in reorganization is likely to exceed the return in liquidation".

¹⁶⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 55 item 50.

¹⁶⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 55 item 50.

egter 'n voorstel oor hoe sodanige situasie vermy kan word, naamlik dat die regvoorsiening kan maak vir die aanstelling van 'n onafhanklike persoon om die evaluering te behartig.¹⁶⁹

Die gids stel ook waarskuwings hier soos in die geval van skuldenaars:

"Care may be needed to ensure, however, that the additional requirements do not serve to complicate the application procedure, discouraging creditors from proposing reorganization and promoting liquidation as an easier alternative or delaying commencement of the proceedings with consequences for maximization of value of the assets and the likelihood of successful reorganization."¹⁷⁰

6. GEVOLGTREKKING EN SAMEVATTING

Ten slotte kan daar eerstens gemeld word dat die vereistes vir die aanvang van ondernemingsreddingsverrigtinge wesenlik van die van sy voorganger verskil.

Die 1973 Wet maak voorsiening vir slegs een stel vereistes waaraan daar voldoen moet word ten einde die maatskappy onder geregtelike bestuur te plaas, ongeag wie die aansoek bring. Daarteenoor bevat die 2008 Wet twee stelde vereistes, naamlik een vir die gevalle waar ondernemingsredding deur 'n maatskappybesluit aanhangig gemaak word en 'n ander waar 'n geaffekteerde persoon die proses inisieer. Daar kan gemeld word dat die feit dat die nuwe bepaling vir twee verskillende applikante voorsiening maak 'n verbetering daarstel deurdat die bewysstandaard verskil tussen die applikante, 'n hoër standaard vir die skuldenaar is meer regverdig aangesien die skuldenaar toegang het tot meer inligting as die geaffekteerde persoon. Die nuwe bepaling is nou ook meer inlyn met die internasionale standaard soos in die UNCITRAL-gids vervat.

In die vorige Wet¹⁷¹ word daar kortliks verwys na die oorsaak van die finansiële probleme, naamlik wanbestuur of enige ander rede.¹⁷² Volgens Loubser is

¹⁶⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 55 item 50.

¹⁷⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 55 item 50.

¹⁷¹ 61/1973.

¹⁷² 61/1973: art 427(1).

sodanige verwysing onnodig en betekenisloos aangesien daar geen spesifieke rede vir die probleme vereis word nie.¹⁷³ Die 2008 Wet sowel as die UNCITRAL-gids maak geensins melding van die oorsaak van die finansiële nood nie. Die afleiding kan dus gemaak word dat die oorsaak van die krisis nie werklik van belang is nie. Dit kan egter 'n rol speel, soos met geregtelike bestuur, om die moontlike effektiwiteit van die reddingsproses te oorweeg.

Een van die eerste vereistes wat ingevolge die 1973 Wet bewys moes word, is die onvermoë van die maatskappy om sy skuld te betaal of te wel kommersiële insolvensie. Dit word ook aangeteken as een van die redes waarom geregtelike bestuur as reddingsmodel onsuksesvol was, aangesien die maatskappy by die voldoening aan hierdie vereiste gewoonlik reeds verby die punt van redding is.

Die nuwe Wet bring egter 'n groot verbetering op hierdie gebied aan. Die 2008 Wet se bepalings wat van toepassing is op beide die skuldenaar¹⁷⁴ en die skuldeiser¹⁷⁵ vereis slegs dat "finansiële nood"¹⁷⁶ bewys hoef te word. Artikel 128 bepaal dat 'n maatskappy in finansiële nood is as dit redelik onwaarskynlik is dat die maatskappy in staat sal wees om binne die onmiddelik daaropvolgende ses maande al sy skulde te kan betaal namate dit betaalbaar raak.¹⁷⁷ 'n Maatskappy is verder ingevolge hierdie definisie in finansiële nood indien dit redelik waarskynlik is dat die maatskappy binne die onmiddelik daaropvolgende ses maande insolvent sal raak.¹⁷⁸ Alhoewel besigheidsredding nou op grond van beide feitlike en kommersiële insolvensie aanhangig gemaak kan word, lê die verbetering daarin opgesluit dat die maatskappy nie reeds in nood hoef te verkeer alvorens die reddingsproses aanhangig gemaak word nie. Die ses maande tydperk gee aan die maatskappy die geleentheid om besigheidsredding aan te pak waar daar nog net 'n moontlikheid van nood bestaan en verbeter dus die maatskappy se kans op 'n suksesvolle reddingsproses. Laasgenoemde

¹⁷³ Loubser 2004: 142.

¹⁷⁴ 71/2008: art 129.

¹⁷⁵ 71/2008: art 131.

¹⁷⁶ 71/2008: art 128(1)(f).

¹⁷⁷ 71/2008: art 128(1)(f)(i).

¹⁷⁸ 71/2008: art 128(1)(f)(ii).

blyk inlyn met die UNCITRAL-gids te wees. Volgens die gids staan dit die skuldenaar vry om 'n aansoek te bring vir besigheidsredding indien die skuldenaar kan voorsien dat hy nie in staat sal wees om sy skulde te betaal soos dit opeisbaar word nie, dit wil sê slegs verwagte of dreigende insolvensie of illikiditeit.¹⁷⁹

Artikel 427(1) van die 1973 Maatskappywet¹⁸⁰ het vereis dat die maatskappy nie 'n suksesvolle onderneming is nie of verhinder was om 'n suksesvolle onderneming te word. Hierdie bepaling was oortollig aangesien 'n maatskappy wat nie die vermoë het om sy skulde te betaal nie vanselfsprekend nie 'n suksesvolle onderneming is nie en derhalwe is dit in die 2008 Wet uitgelaat.

Die 1973 Wet het vereis dat daar bewys moet word dat daar 'n redelike waarskynlikheid, nie 'n moontlikheid nie, moet bestaan dat die maatskappy in staat gestel sal word om na afloop van die geregtelike bestuursproses al sy skulde te betaal of verpligtinge na te kom, binne 'n redelike tyd, en dat die maatskappy weer as 'n entiteit in geheel 'n suksesvolle onderneming sal wees.¹⁸¹

Hierdie vereiste was te streng en in baie gevalle onmoontlik om te bewys, met die gevolg dat maatskappye wat moontlik steeds kon herstel deur die Suid-Afrikaanse howe weggewys is.

Ingevolge die 2008 Wet moet daar bewys word dat daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word.¹⁸² Die 2008 Wet het dus die woord "waarskynlikheid" vervang met die woord "vooruitsig". Die woorde het egter dieselfde betekenis. Die verbetering op hierdie gebied is egter daarin geleë dat die Wet dit duidelik maak in artikel 128(b) wanneer daar aan hierdie vereiste voldoen is.¹⁸³ Die maatskappy sal geag word gered te wees indien die maatskappy i) weer op 'n solvente grondslag voort kan bestaan of, ii) indien dit onmoontlik is om voort te bestaan, die ondernemingsredding daar toe sal lei dat

¹⁷⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 53 item 46.

¹⁸⁰ 61/1973: art 427(1)(b).

¹⁸¹ 61/1973: art 427(1)(b).

¹⁸² 71/2008: art 129(1)(b).

¹⁸³ 71/2008: art 128(b).

'n beter opbrengs vir die maatskappy se skuldeisers of aandeelhouders sal voortspruit as wat uit die onmiddellike likwidasië van die maatskappy sou voortspruit.¹⁸⁴ Hierdie vereistes sal makliker deur die maatskappy behaal kan word aangesien daar 'n moontlikheid bestaan dat die maatskappy aan ondernemingsredding onderwerp kan word nog voordat dit werklik insolvent is en is dit dus voor die hand liggend dat die moontlikheid bestaan dat die maatskappy nooit insolvent geword het nie. Hierdie benadering blyk inlyn te wees met die internasionale standaard soos uiteengesit in die UNCITRAL-gids. Die gids meld dat daar in verskeie ander jurisdiksies ook van die skuldenaar verwag word om bewys te lewer dat daar 'n werklike of redelike vooruitsig bestaan dat die skuldenaar die finansiële nood sal oorleef of dat die skuldenaar se besigheid ekonomies lewensvatbaar sal wees.¹⁸⁵

Die vereiste vervat in die 1973 Wet wat van die applikant verwag om te bewys dat dit reg en billik is dat 'n geregtelike bestuursbevel toegestaan word,¹⁸⁶ het hierdie reddingsproses in 'n buitengewone remedie omskep. Laasgenoemde was 'n groot bydraende faktor tot die mislukking van geregtelike bestuur as reddingsproses. Volgens Loubser het hierdie vereiste die howe in staat gestel om 'n geregtelike bestuursbevel te weier in gevalle waar dit onvanpas sou wees om een toe te staan, selfs al word daar aan al die ander formele vereistes voldoen.¹⁸⁷

Die bepaling vervat in die nuwe Wet¹⁸⁸ stel geensins 'n verbetering daar nie. Die vorige bepaling is nou vervang met die vereiste dat dit reg en billik om finansiële redes moet wees alvorens 'n maatskappy onder ondernemingsredding geplaas kan word. Hierdie vereiste sal verseker lei tot interpretasie probleme.¹⁸⁹

¹⁸⁴ 71/2008: art 128(1)(b)(iii).

¹⁸⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 53 item 46. "A number of reorganisation laws also require evidence of a real or reasonable prospect of survival of the debtor or of the economic viability of the debtor's business".

¹⁸⁶ 61/1973.

¹⁸⁷ Loubser 2004: 150.

¹⁸⁸ 71/2008.

¹⁸⁹ Loubser 2010: 511.

Die UNCITRAL-gids bevat ook nie 'n verwysing na enige vereiste wat verband hou met reg en billik nie. Die argument kan gevoer word dat hierdie finansiële redes in die 2008 Wet verband hou met gronde wat nie vervat word in die definisie van "finansiële nood" soos uiteengesit in artikel 128 van die wet nie.¹⁹⁰ Die vaagheid daarvan veroorsaak regsonsekerheid en behoort nie ingesluit te word nie.¹⁹¹ 'n Moontlike oplossing kan egter gevind word in die 1973 Wet waar die omstandighede gelys word, waarin 'n maatskappy geag sal word in finansiële nood te verkeer.¹⁹²

Die nuwe Wet bevat die volgende bepaling wat glad nie, in enige vorm, in die 1973 Wet vervat is nie, naamlik dat 'n geaffekteerde persoon die hof kan nader ten einde die maatskappy onder ondernemingsredding te plaas waar die maatskappy versuim om ten opsigte van indiensnemingsverwante aangeleenthede enige bedrag kragtens 'n verpligting oor te betaal.¹⁹³ Sodanige verpligting kon ontstaan het as gevolg van 'n openbare regulasie of 'n kontraktuele verhouding.¹⁹⁴ Hierdie bepaling kan egter baie probleme in praktyk veroorsaak, die geaffekteerde persoon kan selfs die hof nader na slegs een wanbetaling deur die maatskappy, maar daar moet ingedagte gehou word dat die versuim die gevolg kon wees van 'n tegniese of administratiewe probleem wat deur die maatskappy of sy bank ondervind word, en dat dit moontlik geensins in verband staan met enige finansiële gronde nie.¹⁹⁵ Loubser beveel tereg aan dat die formulering van hierdie bepaling gewysig moet word. 'n Beter formulering daarvan sou wees dat die versuim deur die maatskappy oor 'n minimum voorgeskrewe tydperk moes geskied het of dat die maatskappy ten minste twee opeenvolgende betalings moes mis.¹⁹⁶

Laastens moet daar ook melding gemaak word van die toepassingsgebied ten aansien van geregtelike bestuur en ondernemingsredding onderskeidelik. Soos

¹⁹⁰ 71/2008: art 128(1)(f); Loubser 2010:510.

¹⁹¹ Loubser 2010: 511.

¹⁹² Loubser 2010: 511; Sien ook 61/1973: art 345(1)(a) en 3.1.2 hierbo.

¹⁹³ 71/2008: art 131(4)(ii).

¹⁹⁴ 71/2008: art 131(4)(ii).

¹⁹⁵ Loubser 2010: 510.

¹⁹⁶ Loubser 2010: 510.

reeds uit die bespreking hierbo afgelei kan word was die feit dat geregtelike bestuur slegs vir maatskappye beskikbaar was 'n groot punt van kritiek onder die kenners.¹⁹⁷ Die nuwe Wet¹⁹⁸ het egter die toepassingsgebied uitgebrei na beslote korporasies. Laasgenoemde kan verseker as 'n verbetering beskou word, maar daar behoort sulke geleenthede vir meer as net maatskappye en beslote korporasies te bestaan. Vennootskappe en eenmansake speel 'n groot rol in die Suid-Afrikaanse ekonomie en met dit ingedagte behoort daar aandag geskenk te word aan die skep van 'n universele wet wat vir die besigheidsredding van alle ondernemingsvorme voorsiening maak.

Alhoewel meeste kenners nie 'n goeie woord oor die nuwe Maatskappywet te sê het nie, moet hulle toegee dat die Wet wel op sekere gebiede groot verbeterings aangebring het. Die bepalings betreffende die vereistes vir ondernemingsredding het 'n paar problematiese punte, maar oor die algemeen moet daar toegegee word dat die meeste bepalings beter as in die vorige Wet geformuleer is en dat dit nou meer inlyn met die internasionale standarde is. Indien die haakplekke ten aansien van die vereistes aangespreek word, sal hierdie afdeling van die nuwe ondernemingsreddingsproses bykans foutloos wees. Die groot toets lê egter nog en wag, aangesien daar eers werklik na die eerste paar ondernemingsreddingsaansoeke bepaal sal kan word of daar wel verbetering is.

¹⁹⁷ Rajak en Henning onder andere.

¹⁹⁸ 71/2008.

HOOFSTUK 5

DIE PROSES

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 DOELSTELLINGS

Hierdie hoofstuk het 'n uiteensetting en ontleding van die reddingsproses ten doel. Die ondernemingsreddingsproses verskil wesenlik van sy geregtelike bestuur voorganger en derhalwe sal daar gepoog word om vas te stel in welke mate die prosedures ooreenstem en in welke mate dit van mekaar verskil. Daar sal ook gepoog word om die wesenlike veranderinge te identifiseer en te evalueer.

1.2 WERKSWYSE

Ten einde die prosedurele aspekte van die onderskeie reddingsmodelle as 'n geheel te ondersoek, sal hierdie hoofstuk die geregtelike bestuursproses eers volledig bespreek waarna die ondernemingsreddingsproses bespreek en met eersgenoemde proses vergelyk sal word. Die besprekings handel onder andere oor die partye geregtig om besigheidsreddingsverrigtinge te inisieer, hoe dit geskied en die verloop van die proses tot en met die beëindiging daarvan.

2. GEREGETELIKE BESTUUR - MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

2.1 DIE AANVANG VAN DIE REDDINGSPROSES

Die geregtelike bestuursproses is veral gekenmerk deur 'n groot mate van hofbetrokkenheid. Volgens Kloppers en Burdette is dit juis die oorweldigende hofbetrokkenheid wat een van die deurslaggewende faktore was vir die lae

sukseskoers van geregtelike bestuur.¹ Die grootste rede hiervoor was die kostes wat gepaard gegaan het met die aansoek by die hof.²

Die aanvang van hierdie prosedure is gedoen by wyse van 'n hofaansoek. Ingevolge artikel 427(2) kon sodanige aansoek gebring word deur enige persoon wie ingevolge artikel 346 van die Wet daarop geregtig was om vir die likwidasië van die maatskappy aansoek te doen.³ Hierdie persone sluit in die maatskappy self,⁴ een of meer van die maatskappy se skuldeisers⁵ sowel as een of meer van die maatskappy se lede.⁶ Alhoewel die Wet nie uitdruklik melding van die direkteure van die maatskappy maak nie, word hulle by wyse van regspraak ook by hierdie groep ingesluit en kan die direksie van die maatskappy dus ook aansoek doen vir om 'n geregtelike bestuursbevel.⁷ Die prosedure ten aansien van die aansoek was vir al die partye dieselfde. Tydens 'n aansoek vir die likwidasië van 'n maatskappy kon die hof ook uit eie beweging geregtelike bestuur gelas indien die omstandighede dit regverdig het.⁸ Dit is belangrik om daarop te let dat die werknemers van die maatskappy ingevolge die 1973 Wet geen regte in hierdie verband gehad het nie.⁹

Die bepalinge aangaande die aansoek vir die likwidasië van 'n maatskappy is *mutatis mutandis* van toepassing op 'n aansoek om 'n geregtelike bestuursbevel.

¹ Kloppers 2001: 370; Burdette 2004: 249.

² Burdette 2004: 249. "...the cost of running a judicial management is hardly a financially sound one".

³ Maatskappywet 63/1973: art 427; art 346.

⁴ 63/1973: art 346(1)(a). Loubser 2004: 151. Die direksie is by magte om in die geval van finansiële nood sonder enige bystand op te tree en die nodige stappe namens die maatskappy te neem.

⁵ 63/1973: art 346(1)(b).

⁶ 63/1973: art 346(1)(c).

⁷ *Ex parte Tangent Sheeting (Pty) Ltd* 1993 (3) SA 488 (W). "There are trenchant reasons why a board of directors should be empowered to apply for a winding-up without having to wait for a decision by the members, which in companies of any size takes a considerable time. Indeed, there are cases in which it is the duty of directors to bring an end to the activities of a company as soon as possible. Also, they may have a proper interest in doing so, in that if they do not, they may be guilty of carrying on the business of an insolvent company". Sien ook *Ex parte Graaff-Reinet Rollermeule (Edms) Bpk* 2000 (4) SA 670 (E).

⁸ 63/1973: art 427(3); Sharrock ea 1996: 264.

⁹ Blackman 1993: 543. "As such, the employee is given no say in the matter". Volgens Blackman verander laasgenoemde indien die werknemer ook 'n skuldeiser van die maatskappy is.

¹⁰ Artikel 346 van die 1973 Wet sit die prosedure vir die aansoek om likwidasië van die maatskappy uiteen.¹¹ Ingevolge laasgenoemde artikel moet daar voordat die aansoek voor die hof dien, 'n afskrif van die aansoek en elke beëdigde verklaring ter bevestiging van die feite in die aansoek vervat by die Meester ingedien word.¹² Die Meester moet op sy beurt, nadat hy bogenoemde dokumente ontvang het, verslag doen aan die hof oor die feit of die hof geregverdig sou wees om die aansoek toe te staan al dan nie.¹³

Die partye wat aansoek gedoen het vir die geregtelike bestuur moes die volgende bewys ten einde 'n voorlopige geregtelike bestuursbevel te verkry:¹⁴ dat die maatskappy weens wanbestuur of op grond van enige ander rede, i) nie in staat is om sy skulde te betaal of sy verpligtinge na te kom nie en ii) die maatskappy nie 'n suksesvolle onderneming is nie of verhinder is om 'n suksesvolle onderneming te word.¹⁵ Verder vereis die Wet dat daar bewys moet word dat daar iii) 'n redelike waarskynlikheid bestaan, dat indien die maatskappy onder geregtelike bestuur geplaas word, die maatskappy in staat sal wees om sy skulde te betaal en weer 'n suksesvolle onderneming te word.¹⁶ Sodanige bevel sal slegs deur 'n hof toegestaan word indien dit blyk dat dit reg en billik is om die maatskappy onder geregtelike bestuur te plaas.¹⁷

Die hof sal na oorweging van alle tersaaklike feite eerstens 'n voorlopige geregtelike bestuursbevel toestaan en sal ook 'n keerdatum vasstel vir die oorweging van die finale bevel.¹⁸ Die keerdatum moet nie later as sestig dae na die datum van die voorlopige bevel wees nie, alhoewel die hof dit om 'n grondige

¹⁰ 61/1973: art 427(2).

¹¹ 61/1973: art 346(4).

¹² 61/1973: art 346(4)(a).

¹³ 61/1973: art 346(4)(b).

¹⁴ Vir 'n volledige bespreking aangaande die vereistes vir 'n geregtelike bestuursbevel sien hoofstuk 4 hierbo.

¹⁵ 61/1973: art 427(1).

¹⁶ 61/1973: art 427(1).

¹⁷ 61/1973: art 427(1).

¹⁸ 61/1973: art 428(1). Ingevolge hierdie artikel is die hof ook by magte om die aansoek van die hand te wys of 'n ander bevel te gee wat dit regverdig ag. Sharrock ea 1996: 264.

rede mag verleng.¹⁹

Artikel 434(3) van die Wet bepaal dat die koste van die geregtelike bestuuraansoek hanteer word asof daardie koste die koste van die die sekwestrasie van 'n boedel is.²⁰ Dit beteken dat die applikant dus die kostes wat deur hom aangegaan is in die bring van die aansoek, verhaal.

Ingevolge artikel 428(3) kan die hof te enige tyd op aansoek van 'n skuldeiser, 'n lid van die maatskappy, die voorlopige geregtelike bestuurder of selfs die Meester die bepalings van die geregtelike bestuursbevel wysig of dit ophef.²¹

Volledigheidshalwe behoort daar weereens melding gemaak te word van die argument dat die hofbetrokkenheid grootliks bygedra het tot die onbekostigbaarheid van geregtelike bestuur as besigheidsreddingsmodel.²²

2.2. DIE VERLOOP VAN DIE REDDINGSPROSES

2.2.1 VOORLOPIGE BEVEL EN DIE AANSTELLING VAN DIE VOORLOPIGE GEREGETELIKE BESTUURDER

Soos reeds in hierbo aangedui sal die hof eers 'n voorlopige geregtelike bestuursbevel toestaan en 'n keerdatum vasstel vir die oorweging van 'n finale bevel.²³

Die voorlopige bevel moes vermeld dat die maatskappy bestuur sou word deur 'n voorlopige geregtelike bestuurder wat onderworpe aan die toesig van die hof optree en dat die bestaande bestuurspersoneel van die bestuur van die maatskappy ontnem word.²⁴ Die bevel het ook ander voorskrifte bevat wat die

¹⁹ 61/1973: art 428; Sharrock ea 1996: 264.

²⁰ 61/1973: art 434(3).

²¹ 61/1973: art 428(3)

²² Loubser 2004: 151. *"The fact that an application to court is required, has also given rise to criticism as some commentators believe that this renders the procedure too costly and onerous for smaller businesses in particular"*.

²³ 61/1973: art 428.

²⁴ 61/1973: art 428(2)(a); Sharrock ea 1996: 265.

hof nodig geag het aangaande die bestuur van die maatskappy of 'n aangeleentheid wat daarmee in verband staan.²⁵

Ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge²⁶ moet 'n werkgewer in finansiële nood welke nood moontlik tot die werkgewer se inslovensie kan lei, die wekrnemers daarvan inlig.²⁷ Dit bring dus mee dat 'n maatskappy wat om 'n geregtelike bestuursbevel aansoek doen ook onderhewig is aan hierdie bepaling.

By die verlening van sodanige voorlopige bevel was al die bates van die betrokke maatskappy geag om in die bewaring van die Meester te wees totdat 'n voorlopige geregtelike bestuurder aangestel is.²⁸ Die rede waarom die direksie onmiddelik van hul bestuursverpligtinge ontnem is en die eiendom in die Meester gevestig het, is om te verseker dat die skuldenaar se eiendom nie in die oorgangsperiode deur die bestuur van die maatskappy vervreem word nie.²⁹

Die Meester is ook ingevolge artikel 429 verplig om so gou as moontlik 'n voorlopige geregtelike bestuurder aan te stel en sekerheid van hom te eis vir die behoorlike uitoefening van sy pligte.³⁰ Die voorlopige geregtelike bestuurder se pligte het, onder andere, behels dat hy die bestuur van die maatskappy op hom moet neem en die bates van die maatskappy in besit neem,³¹ en dat hy 'n verslag moet opstel en voorlê aan die vergaderings van skuldeisers, lede en skuldbriefhouers.³²

2.2.2 VERGADERINGS VAN SKULDEISERS EN LEDE

²⁵ 61/1973: art 428(2)(c); Shorrock ea 1996: 265.

²⁶ Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995.

²⁷ 66/1995: art 197B.

²⁸ 61/1973: art 429(1)(a).

²⁹ Loubser 2004: 153. *"By immidiately divesting the directors of the management of the company and vesting the property of the company in the Master, the Act prevents the possible dissipation of company assets by management during this transitional period"*.

³⁰ 61/1973: art 429(1)(b)(i).

³¹ 61/1973: art 430(a).

³² 61/1973: art 430(c).

Die vergaderings van skuldeisers tydens insolvensieverrigtinge is 'n bekende verskynsel in Suid-Afrika juis as gevolg van die skuldeiser-vriendelike aard van die Suid-Afrikaanse regstelsel.³³ Hierdie vergaderings is gehou op sleuteloomblikke gedurende die administrasieproses ten einde maksimum skuldeiserdeelname te verseker.³⁴ Die hoofdoel van die vergaderings was om aan die skuldeisers die geleentheid te bied om instruksies aan die geregtelike bestuurder te gee aangaande belangrike besluite ten aansien van die boedel.

Die Meester moes na die verlening van die voorlopige bevel onverwyld afsonderlike vergaderings van die skuldeisers, die lede en die skuldbriefhouers (as daar was) van die maatskappy belê.³⁵ 'n Vergadering belê ingevolge artikel 429 is onder die voorsitterskap van die Meester of 'n landdros met jurisdiksie in die gebied waar die vergadering gehou word en is belê en gehou op dieselfde wyse as wat voorgeskryf is ten opsigte van 'n vergadering by die likwidasië van 'n maatskappy.³⁶ Die doel van so 'n vergadering was om eerstens die verslag van die voorlopige geregtelike bestuurder te oorweeg en aanbevelings te maak oor die maatskappy finaal onder geregtelike bestuur geplaas moes word.³⁷ Daar is ook tydens hierdie vergadering name van persone geïdentifiseer wat aan die Meester voorgelê is vir aanstelling as finale geregtelike bestuurder of bestuurders.³⁸ Indien die vergadering 'n vergadering van skuldeisers was, moes hulle ook van die geleentheid gebruik maak om hul eise teen die maatskappy te bewys.³⁹

Daar is van die voorsitter van hierdie vergaderings verwag om verslag aan die hof te doen oor elke vergadering en die besluite wat geneem is asook oor die

³³ Burdette 2004: 437.

³⁴ Burdette 2004: 437.

³⁵ 61/1973: art 429(1)(b)(ii).

³⁶ 61/1973: art 431(1) saamgelees met art 412.

³⁷ 61/1973: art 431(2)(a). "Die doel van so vergadering is om die verslag van die voorlopige geregtelike bestuurder kragtens artikel 430(c) en die wenslikheid of andersins om die maatskappy finaal onder geregtelike bestuur te plaas, te oorweeg met inagneming van die vooruitsigte dat die maatskappy 'n suksesvolle onderneming sal word". Sien ook Loubser 2004: 154.

³⁸ 61/1973: art 431(2)(b); Loubser 2004: 154.

³⁹ 61/1973: art 431(2)(c); Loubser 2004: 154.

redes vir elke besluit op die vergadering op te som.⁴⁰

2.2.3 FINALE GEREGETELIKE BESTUURSBEVEL EN DIE AANSTELLING VAN DIE FINALE GEREGETELIKE BESTUURDER

Die voorlopige geregetelike bestuurder moes sy pligte uitoefen tot en met die verlening van 'n finale geregetelike bestuursbevel en die aanstelling van 'n finale geregetelike bestuurder. Laasgenoemde sou gewoonlik plaasvind op die keerdatum soos deur die hof bepaal. Sodanige keerdatum mag nie later as sestig dae na die datum van die voorlopige geregetelike bestuursbevel gewees het nie.⁴¹

Op hierdie keerdatum moes die hof die verlening van 'n finale geregetelike bestuursbevel oorweeg. Die hof het verskeie faktore in aanmerking geneem tydens die oorweging, naamlik: die skuldeisers en lede van die maatskappy se mening en wense in die verband;⁴² die voorlopige geregetelike bestuurder se verslag aangaande die toestand van die maatskappy;⁴³ die getal skuldeisers wat nie tydens die eerste vergadering van skuldeisers hul eise of die aard en bedrae van hul eise bewys het nie;⁴⁴ die meestersverslag;⁴⁵ en die verslag van die registrateur van maatskappye.⁴⁶ Die hof moes met inagneming van die bogenoemde faktore besluit of die maatskappy indien dit onder geregetelike bestuur geplaas sou word weer 'n suksesvolle onderneming sou word en of dit reg en billik was om die maatskappy onder geregetelike bestuur te plaas.⁴⁷

Die finale geregetelike bestuursbevel het ook voorskrifte bevat vir die vestiging

⁴⁰ 61/1973: art 431(3); Loubser 2004: 154.

⁴¹ 61/1973: art 432(1). Die hof kon egter op grondige redes die datum vooruitskuif.

⁴² 61/1973: art 432(2)(a).

⁴³ 61/1973: art 432(2)(b).

⁴⁴ 61/1973: art 432(2)(c).

⁴⁵ 61/1973: art 432(2)(d).

⁴⁶ 61/1973: art 432(2)(e).

⁴⁷ 61/1973: art 432. Let daarop dat die vereistes in die geval van 'n voorlopige geregetelike bestuursbevel soos uiteengesit in artikel 427 verskil van die vereistes soos uiteengesit in artikel 432 vir 'n finale geregetelike bestuursbevel; Loubser 2004: 152.

van die bestuur en oorhandiging van alle aangeleenthede van die maatskappy in die finale geregtelike bestuurder.⁴⁸ Laasgenoemde het geskied onder die toesig van die hof.⁴⁹ Die hof was ook by magte om tydens hierdie verrigtinge enige voorskrifte aangaande die bestuur van die maatskappy op die geregtelike bestuurder te lê.⁵⁰

2.3 GEVOLGE VAN DIE REDDINGSPROSES

Die 1973 Wet bevat verskeie bepalings aangaande die gevolge van geregtelike bestuur wat onder meer handel oor regsdinge teen die maatskappy, die aanwending van bates tydens die geregtelike bestuursproses asook die hantering van vernietigbare en onbehoorlike voorkeure.⁵¹

2.3.1 MORATORIUM

Ingevolge artikel 428(2) van die Wet kon die voorlopige geregtelike bestuursbevel voorskrifte bevat dat terwyl die maatskappy onder geregtelike bestuur is alle gedinge, geregtelike stappe en die ten uitvoerlegging van alle lasbriewe en dagvaardings en ander regsproses teen die maatskappy opgeskort word en nie sonder die hof se toestemming voortgesit kon word nie.⁵²

Die sogenaamde moratorium was dus nie outomaties deel van die besigheidsreddingsproses nie en is dit belangrik om daarop te let dat daar geregtelike bestuurgevalle kon wees wat nie onderworpe aan 'n moratorium was nie.

Die moratorium ten aansien van die regsdinge teen die maatskappy maak dit vir die skuldeisers van die maatskappy onmoontlik om hul kontraktuele of ander

⁴⁸ 61/1973: art 432(3)(a); Loubser 2004: 152.

⁴⁹ 61/1973: art 432(3)(a).

⁵⁰ 61/1973: art 432(3)(c).

⁵¹ 61/1973. Weens die beperkte omvang van die studie sal daar slegs op die moratorium gefokus word.

⁵² 61/1973: art 428(2)(c); Benade ea 2009: 416.

afdwingingremedies tydens die duur van die moratorium te gebruik.⁵³

*"The moratorium, however, provides the essential breathing space for the company to reorganise which is in the interest of the creditors".*⁵⁴

Alhoewel die moratorium 'n noodsaaklike element van die reddingsproses is, moet dit nie vir 'n lang tyd duur nie, sodat die afdwingsregte van die skuldeisers nie onnodiglik op inbreuk gemaak word nie.⁵⁵

Artikel 432 wat handel oor die finale geregtelike bestuursbevel bevat geen bepaling ten aansien van 'n moratorium soortgelyk aan die bepalings vervat in artikel 428 nie.⁵⁶ Normaalweg sou die voorskrifte ten aansien van die moratorium in die voorlopige bevel, bevestig word by die verlening van 'n finale geregtelike bestuursbevel.⁵⁷

Aangesien geen *concursum creditorum* deur die geregtelike bestuursbevel tot stand gebring is nie, was die gevolg dat skuldvergelyking tussen skulde aangegaan voor en nadat die bevel gegee is, outomaties plaasvind, ten spyte van die moratorium.⁵⁸

2.4 BEÏNDIGING VAN DIE REDDINGSPROSES

Die 1973 Maatskappywet skryf nie 'n spesifieke tydperk vir die duur van geregtelike bestuur voor nie en hang die beëindiging daarvan grootliks van ander faktore af.⁵⁹

⁵³ Kloppers 1999: 430. *"The moratorium or stay ons proceedings against the company makes it impossible for creditors to pursue their contractual or other enforcement remedies for the duration of the moratorium"*.

⁵⁴ Kloppers 1999: 430; 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"*.

⁵⁵ Kloppers 1999: 430.

⁵⁶ 61/1973: art 428 & 432.

⁵⁷ Loubser 2004: 154. Daar bestaan geen rede waarom die moratorium nie outomaties deel kan vorm van die finale geregtelike bestuursbevel nie.

⁵⁸ Cilliers ea 2001: 484. *Lief NO v Western Credit (Africa) (Pty) Ltd* 1966 (3) SA 344 (W). *Transkei Development Corporation Ltd v Oshkosh Africa (Pty) Ltd* 1986 (1) SA 150 (K).

⁵⁹ Loubser 2005: 60.

Indien die geregtelike bestuurder te enige tyd van mening was dat die voortsetting van die geregtelike bestuur nie die maatskappy in staat sou stel om 'n suksesvolle onderneming te word nie, moes hy by die hof aansoek doen om die intrekking van die betrokke geregtelike bestuursbevel en die uitreiking van 'n bevel vir die likwidasië van die maatskappy.⁶⁰ Hy was ook verplig om minstens veertien dae voordat die aansoek gehoor word al die lede en skuldeisers van die maatskappy in kennis te stel.⁶¹ In so 'n geval moes die geregtelike bestuurder dus bewys dat: i) hy *locus standi* het om die aansoek te bring omdat hy te goeder trou van mening is dat die voortsetting van geregtelike bestuur nie die maatskappy in 'n suksesvolle onderneming sal omskep nie; ii) die geregtelike bestuursbevel ingetrek behoort te word omdat die voortgesette werking daarvan onwenslik is; en iii) 'n likwidasiëbevel gelyktydig verleen behoort te word op een van die gronde vir likwidasië wat in artikel 344⁶² uiteengesit is.⁶³

Die bevoegdheid om die hof te nader ten einde die geregtelike bestuursbevel op te hef is ook aan ander persone verleen en nie slegs aan die geregtelike bestuurder nie.⁶⁴ Ingevolge artikel 440 kon 'n persoon met 'n belang in die maatskappy (of die geregtelike bestuurder) indien dit blyk dat die doel van daardie bevel bereik is of dat dit om die een of ander rede onwenslik is dat die bevel van krag moet bly, die hof⁶⁵ nader ten einde die geregtelike bestuur te beëindig.⁶⁶ Die hof was dan by magte om die bevel in te trek en die geregtelike bestuurder van sy werksaamhede te onthef.⁶⁷

Die hof sou ook by die intrekking van die bevel sekere voorskrifte gee wat nodig is vir die hervatting van die bestuur en beheer van die maatskappy deur sy beamptes, insluitende voorskrifte vir die belê van 'n algemene vergadering van

⁶⁰ 61/1973: art 433(l).

⁶¹ 61/1973: art 433(l). Kennis geskied per aangetekende pos.

⁶² 61/1973: art 344.

⁶³ Cilliers en Benade 2001: 491.

⁶⁴ 61/1973: art 440(1).

⁶⁵ Die hof wat die geregtelike bestuursbevel toegestaan het.

⁶⁶ 61/1973: art 440(1).

⁶⁷ 61/1973: art 440(1).

lede vir die doel om direkteure van die maatskappy te kies.⁶⁸

Die opheffing van die bevel was in die diskresie van die hof.⁶⁹ Waar al die partye ten gunste van die opheffing van geregtelike bestuur was, is 'n finale bevel uit die staanspoor gegee sonder 'n voorafgaande bevel *nisi*.⁷⁰

Waar die hof gelyktydig met die opheffing van die geregtelike bestuursbevel 'n likwidasiëbevel wil gee, word 'n finale opheffingsbevel verleen en 'n bevel *nisi* waarin belanghebbendes gevra word om redes aan te voer waarom die maatskappy nie gelikwideer moet word nie.⁷¹

3. ONDERNEMINGSREDDING - MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

3.1 DIE AANVANG VAN DIE REDDINGSPROSES

Soos reeds aangedui in hoofstuk vier hierbo kan die ondernemingsreddingsverrigtinge deur verskillende partye geïnisieer word. Artikel 129 maak voorsiening vir die neem van 'n maatskappybesluit deur die direksie van die maatskappy.⁷² Die alternatief tot laasgenoemde is waar 'n geaffekteerde persoon die hof kan nader ten einde die maatskappy onder reddingsverrigtinge te plaas.⁷³ 'n Geaffekteerde persoon sluit ingevolge artikel 128 die volgende persone in: i) 'n aandeelhouer of skuldeiser van die maatskappy;⁷⁴ ii) enige geregistreerde vakbond wat die werknemers van die maatskappy verteenwoordig;⁷⁵ en iii) indien enige werknemers van die maatskappy nie deur 'n vakbond verteenwoordig word nie, elke een van daardie werknemers of hul onderskeie verteenwoordigers.⁷⁶ Die laaste party wat

⁶⁸ 61/1973: art 440(2).

⁶⁹ Cilliers en Benade 2001: 491.

⁷⁰ Cilliers en Benade 2001: 491.

⁷¹ Cilliers en Benade 2001: 491.

⁷² Maatskappywet 71/2008: art 129.

⁷³ 71/2008: art 131.

⁷⁴ 71/2008: art 128(a)(i).

⁷⁵ 71/2008: art 128(a)(ii).

⁷⁶ 71/2008: art 128(a)(iii).

reddingsverrigtinge 'n aanvang kan laat neem, is die hof ingevolge artikel 131(7).

77

Die feit dat 'n vakbond of die werknemers van die maatskappy die reddingsproses aanhangig kan maak, stel 'n groot verandering daar deurdat laasgenoemde partye nie ingevolge die 1973 Wet die proses kon begin nie. Of hierdie verandering egter 'n verbetering daarstel, is nog onduidelik.

3.1.1 MAATSKAPPYBESLUIT INGEVOLGE ARTIKEL 129

Die direksie van die maatskappy is by magte om die maatskappy by wyse van 'n besluit vrywilliglik onder toesig te plaas indien die direksie redelike gronde het om te glo dat die maatskappy in finansiële nood verkeer⁷⁸ en dat daar 'n redelike vooruitsig bestaan dat die maatskappy gered sal kan word.⁷⁹

Laasgenoemde besluit mag nie geneem word indien daar reeds likwidasierigtinge teen die maatskappy aanhangig gemaak is nie.⁸⁰

Die direksie se besluit het geen regsrag of uitwerking tot en met die liassing daarvan by die Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele Eiendom nie.⁸¹

Binne vyf dae nadat die maatskappybesluit geliasseer is,⁸² moet die maatskappy 'n kennisgewing van die besluit en die effektiewe datum daarvan in die voorgeskrewe vorm aan elke geaffekteerde persoon gee.⁸³ Ingesluit by hierdie kennisgewing moet daar 'n beëdigde verklaring wees waarin die feite relevant tot die gronde waarop die direksie die besluit gebaseer het, uiteengesit is.⁸⁴ Ingevolge regulasie 123(1) moet hierdie kennisgewing op die vorm CoR 123.1

⁷⁷ 71/2008: art 131(7).

⁷⁸ 71/2008: art 129(1)(a).

⁷⁹ 71/2008: art 129(1)(b).

⁸⁰ 71/2008: art 129(2)(a).

⁸¹ 71/2008: art 129(2)(b).

⁸² 71/2008: art 129(3).

⁸³ 71/2008: art 129(3)(a).

⁸⁴ 71/2008: art 129(3)(a).

gegee word.⁸⁵ Verder moet daar ook binne die bogenoemde vyf dae 'n ondernemingsreddingspraktisyn deur die maatskappy aangestel word.⁸⁶ Die ondernemingsreddingspraktisyn moet voldoen aan die vereistes soos uiteengesit in artikel 138 en die regulasies en hy moet toestem tot die aanstelling en dit skriftelik aanvaar.⁸⁷

Die maatskappy moet binne twee dae na die aanstelling van die reddingspraktisyn 'n kennisgewing van die aanstelling liasseer by die Kommissie en moet ook 'n afskrif van sodanige kennisgewing aan elke geaffekteerde persoon binne vyf dae na die liassing van die kennisgewing publiseer.⁸⁸ Die kennisgewing van die aanstelling moet op die vorm CoR 123.2 geskied.⁸⁹

Indien die maatskappy versuim om aan enige van die kennisgewing,- liassing- of publikasievereistes te voldoen, sal die maatskappy se besluit om die maatskappy onder toesig te plaas en met ondernemingsredding te begin nietig wees.⁹⁰ Die maatskappy word verder ook verbied om in die laasgenoemde gevalle weer 'n maatskappybesluit in die daaropvolgende drie maande te liasseer.⁹¹ Daar bestaan egter uitsonderingsgevalle soos gevind kan word in die bepaling dat die hof, by wyse van 'n *ex parte* aansoek, toestemming mag verleen aan die maatskappy om 'n besluit te neem en te liasseer. Die hof sal slegs sodanige toestemming gee indien die hof oortuig is dat daar goeie gronde ter ondersteuning van die aansoek verstrekkend is.⁹²

Indien die direksie van 'n maatskappy redelike gronde het om te glo dat die maatskappy in finansiële nood verkeer, maar besluit om nie die maatskappy onder toesig te plaas nie, moet die maatskappy 'n skriftelike kennisgewing aan

⁸⁵ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 123.*

⁸⁶ 71/2008: art 129(3)(b).

⁸⁷ 71/2008: art 129(3)(b). Sien ook hoofstuk 6 hieronder vir 'n volledige bespreking aangaande die ondernemingsreddingspraktisyn.

⁸⁸ 71/2008: art 129(4)(a)-(b). Publikasie geskied aan die hand van riglyne uiteengesit in artikel 6 van die Wet.

⁸⁹ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 123(3).*

⁹⁰ 71/2008: art 129(5)(a).

⁹¹ 71/2008: art 129(5)(b); Loubser 2010: 503.

⁹² 71/2008: art 129(5)(b); Loubser 2010: 504.

elke geaffekteerde persoon aflewer.⁹³

Die kennisgewing moet uiteensit dat die maatskappy onder finansiële nood verkeer en spesifiek welke gronde vir finansiële nood op die maatskappy van toepassing is, sowel as die redes waarom die maatskappy nie ondernemingsredding aanhangig gemaak het nie.⁹⁴ Die Wet maak geensins melding dat hierdie kennisgewing moet verwys na die moontlikheid of te wel vooruitsig dat die maatskappy wel gered sal kan word nie en beteken dit dus dat die kennisgewing gegee moet word selfs al glo die direksie dat daar geen kans op sukses is nie en dat likwidasië die enigste opsie is.⁹⁵ Aflewering van hierdie kennisgewing sal verrykende nadelige gevolge vir die maatskappy inhou: kredietooreenkomste en oortrokkefasiliteite sal gekanselleer word, verskaffers sal aandrang op betaling by wyse van kontant by aflewering en skuldeisers sal aandrang op onmiddellike betaling van hul eise.⁹⁶ Die maatskappy sal sukkel om enige besigheid te doen en die moontlikheid op redding by wyse van 'n hofaansoek deur 'n geaffekteerde persoon sal aansienlik verminder.⁹⁷ As gevolg van laasgenoemde wil dit dus voorkom asof hierdie betrokke bepaling nie veel van hulp gaan wees vir enige geaffekteerde persoon nie.⁹⁸ Daar behoort ook melding gemaak te word van die feit dat die vereiste aangaande finansiële nood verwys na 'n toekomstige situasie wat moontlik kan gebeur, maar wat dalk nooit sal gebeur nie en derhalwe kom dit onverantwoordelik voor om van 'n maatskappy se direksie te verwag om so skadelike kennisgewing uit te stuur in die lig daarvan dat die finansiële nood dalk nie gaan verwerklik nie.⁹⁹

'n Geaffekteerde persoon mag by die hof aansoek doen om die tersydestelling van die maatskappybesluit.¹⁰⁰ Sodanige aansoek mag gebring word te enige tyd

⁹³ 71/2008: art 129(7).

⁹⁴ 71/2008: art 129(7); Loubser 2010: 503.

⁹⁵ Loubser 2010: 503.

⁹⁶ Loubser 2010: 504.

⁹⁷ Loubser 2010: 504.

⁹⁸ Loubser 2010: 504.

⁹⁹ Loubser 2010: 504.

¹⁰⁰ 71/2008: art 130.

nadat die reddingsverrigtinge 'n aanvang geneem het, maar voordat die ondernemingsreddingsplan aanvaar is.¹⁰¹

Die gronde waarop die geaffekteerde persoon kan steun behels: i) dat daar geen redelike gronde bestaan om te glo dat die maatskappy in finansiële nood verkeer nie,¹⁰² ii) dat daar geen redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered sal kan word nie,¹⁰³ of iii) dat die maatskappy versuim het om aan die prosedurele vereistes, soos in artikel 129 uiteengesit, te voldoen.¹⁰⁴ Dit is onduidelik waarom die wetgewer die eerste twee gronde vir die terydestelling in die teenwoordige tyd fraseer het naamlik, "*there is no reasonable...*" aangesien dit kan meebring dat die hof die omstandighede soos tydens die aansoek oorweeg en nie die omstandighede soos dit tydens die besluit daarna uitgesien het nie.¹⁰⁵ Die ondernemingsreddingspraktisyn word verder verplig om indien hy bewus word dat daar geen redelike kans op sukses is dat die maatskappy gered sal kan word nie die hof te nader om die verrigtinge te beëindig¹⁰⁶ of om indien die maatskappy nie meer in finansiële nood verkeer nie, 'n kennisgewing van die beëindiging van die verrigtinge te liasseer.¹⁰⁷ Derhalwe kan daar geargumenteer word dat daar geen rede bestaan waarom die besluit nie by die reddingspraktisyn kan berus nie.¹⁰⁸

Die hof kan dus die besluit van die maatskappy tersyde stel op enige van die bogenoemde drie gronde of indien die die hof dit andersins as regverdig en billik beskou.¹⁰⁹ Die Wet verskaf egter geen aanduiding van wat regverdige en billike gronde daar sou stel nie.¹¹⁰ Loubser gee tereg te kenne dat hierdie bepaling

¹⁰¹ 71/2008: art 130(1).

¹⁰² 71/2008: art 130(1)(a)(i).

¹⁰³ 71/2008: art 130(1)(a)(ii).

¹⁰⁴ 71/2008: art 130(1)(a)(iii).

¹⁰⁵ Loubser 2010: 505.

¹⁰⁶ 71/2008: art 141(2)(a)(ii); Loubser 2010: 505.

¹⁰⁷ 71/2008: art 141(2)(b)(ii); Loubser 2010: 506.

¹⁰⁸ Loubser 2010: 506.

¹⁰⁹ 71/2008: art 130(5)(a)(ii). "*When considering an application in terms of subsection 1(a) to set aside the company's resolution, the court may set aside the resolution if, having regard to all of the evidence, the court considers that it is otherwise just and equitable to do so*". Loubser 2010: 506.

¹¹⁰ Loubser 2010: 506.

moontlik op dieselfde wyse as die "reg en billik"-vereiste van geregtelike bestuur geïnterpreteer kan word.¹¹¹

*"This could prove disastrous for the new procedure since any application by a creditor who insists on immediate winding-up of the company would be almost always regarded as a just and equitable reason to set aside the resolution unless very special and extraordinary circumstances exist".*¹¹²

Sodanige ongekwalifiseerde grond vir die tersydestelling van die ondernemingsreddingsbesluit behoort liefers nie ingevoeg te word nie.¹¹³

Ingevolge artikel 132 neem die ondernemingsredding amptelik 'n aanvang wanneer die maatskappy die besluit liasseer of wanneer die maatskappy 'n aansoek bring by die hof ten einde toestemming te verkry om die besluit te neem.¹¹⁴

3.1.2 HOFAANSOEK DEUR 'n GEAFFEKTEERDE PERSOON INGEVOLGE ARTIKEL 131

Die Wet¹¹⁵ maak voorsiening daarvoor dat die maatskappy onder toesig geplaas kan word by wyse van 'n hofaansoek gebring deur 'n geaffekteerde persoon.¹¹⁶ Hierdie aansoek kan te enige tyd gebring word, selfs waar daar reeds likwidasierrigtinge met betrekking tot die maatskappy begin is.¹¹⁷ Dit is egter onduidelik wanneer gedurende die begin van die likwidasierrigtinge sodanige aansoek gebring kan word.

¹¹¹ Loubser 2010: 506. Sien ook Hoofstuk 4 paragraaf 3.2.4 hierbo.

¹¹² Loubser 2010: 506.

¹¹³ Loubser 2010: 506. *"Considering the history of this requirement for judicial management, the drafters should have avoided this phrase or at least attempted to indicate with more clarity exactly what it entails".*

¹¹⁴ 71/2008: art 132(1)(a).

¹¹⁵ 71/2008.

¹¹⁶ 71/2008: art 131. Sien 3.1 hierbo.

¹¹⁷ 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."*

In die *Pinnacle Point*-saak¹¹⁸ het een van die maatskappy se beleggers die aansoek ingevolge artikel 131 gebring. Die applikant het tagtig miljoen aandele in die maatskappy gehou en deur die suksesvolle aansoek was bates ter waarde van ongeveer dertigmiljoenrand teen skuldeisers beskerm.¹¹⁹

Ingevolge artikel 131(2) moet die applikant 'n afskrif van die aansoek op die maatskappy en die Kommissie beteken.¹²⁰ Verder word die applikant ook verplig om aan elke ander geaffekteerde persoon kennis te gee van die aansoek op die voorgeskrewe wyse.¹²¹ Elke geaffekteerde persoon het die reg om deel te neem aan die aansoekproses.¹²²

In die *Pinnacle Point*-saak is die skuldeisers by wyse van e-posse aangaande die verrigtinge in kennis gestel.¹²³ Laasgenoemde metode is inlyn met die vereistes van die Wet. Wat betref die aandeelhouders, is daar slegs op die Johannesburg se Effektebeurs (JSE) nuusdiens (SENS) 'n aankondiging geplaas,¹²⁴ alhoewel daar egter nie vir sodanige metode van kennisgewing in die Wet voorsiening gemaak word nie. Waarnemende regter Rogers het in die saak duidelikheid verskaf oor hoe die geaffekteerde persone in die praktyk kennis van die verrigtinge mag kry:

*"Where email addresses for shareholders and creditors are available, these should be used, rather than resorting to substituted service. Where in respect of a listed company, an applicant desires to use publication in addition to or as a substitute for personal notification, it would be preferable for the proposed substituted service to include not only publication via SENS but also publication in a national newspaper."*¹²⁵

'n Geaffekteerde persoon wat 'n aansoek ingevolge artikel 131 bring moet die hof

¹¹⁸ *Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd* saaknommer: 12746/2011.

¹¹⁹ <http://www.fm.co.za/Article.aspx?id=152837>. 18/10/2011.

¹²⁰ 71/2008: art 131(2)(a).

¹²¹ 71/2008: art 131(2)(b). *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 124.

¹²² 71/2008: art 131(3).

¹²³ *Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd* saaknommer: 12746/2011.

¹²⁴ <http://www.fm.co.za/Article.aspx?id=152837>. 18/10/2011.

¹²⁵ *Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd* saaknommer: 12746/2011.

oortuig dat die maatskappy in finansiële nood verkeer,¹²⁶ dat die maatskappy versuim het om ten opsigte van indiensnemingsverwante aangeleenthede enige bedrag kragtens 'n verpligting ingevolge 'n openbare regulasie of kontrak te betaal,¹²⁷ of dat dit andersins billik en regverdig is om finansiële redes en dat daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word.¹²⁸ Die hof kan egter die aansoek van die hand wys en 'n ander geskikte bevel maak, insluitende 'n bevel wat die maatskappy onder likwidasie plaas.¹²⁹ Indien die hof egter die aansoek toestaan, sal dit terselfdetyd ook 'n voorlopige ondernemingsreddingspraktisyn aanstel wat aan die vereistes in artikel 138 en die regulasies voldoen.¹³⁰ Die reddingspraktisyn sal deur die applikant genomineer word en sy aanstelling is onderhewig aan bevestiging deur 'n meerderheid van die skuldeisers op die eerste vergadering van skuldeisers.¹³¹

Die 2008 Wet maak geensins melding van die kostes verbonde aan die aansoek nie.¹³² Ingevolge die 1973 Wet was die party wat die aansoek om die bevel gebring het daarop geregtig om die kostes wat deur hom aangegaan is, te verhaal.¹³³

¹²⁶ 71/2008: art 131(4)(a)(i).

¹²⁷ 71/2008: art 131(4)(a)(ii).

¹²⁸ 71/2008: art 131(4)(a)(iii).

¹²⁹ 71/2008: art 131(4)(b).

¹³⁰ 71/2008: art 131(5).

¹³¹ 71/2008: art 131(5).

¹³² <http://www.fm.co.za/Article.aspx?id=152837>. 18/10/2011.

¹³³ <http://www.fm.co.za/Article.aspx?id=152837>. 18/10/2011.

In die *Pinnacle Point*-saak het regter Rogers die posisie rakende kostes uiteengesit:

*"An inability to recoup reasonable costs would serve as a discentive for affected persons to bring proceedings under s131 and might encourage them instead to apply for liquidation (where their costs would be part of the costs of the liquidation). This would be an undesirable outcome."*¹³⁴

Laasgenoemde sal inderdaad nie 'n gewenste uitwerking hê nie en sal meebring dat die poging tot 'n reddingskultuur skade lei.

Die maatskappy moet aan elke geaffekteerde persoon kennis gee van die bevel binne vyf dae nadat die hof besigheidsredding gelas het.¹³⁵

Ingevolge artikel 132 neem die ondernemingsredding amptelik 'n aanvang wanneer die geaffekteerde persoon die aansoek by die hof bring om die maatskappy onder toesig te plaas.¹³⁶ Laasgenoemde bepaling skep ook 'n reeks interpretasieprobleme. Dit is onduidelik of die bepaling in die Engelse teks wat verwys na "*applies to court*" dieselfde betekenis het as wanneer die aansoek aan die hof voorgehou word, soos in die geval van die aansoek vir die likwidasië van 'n maatskappy.¹³⁷ By die aansoek vir die likwidasië van die maatskappy beteken laasgenoemde die oomblik waarop die dokumente by die Griffier van die hof geliasseer word.¹³⁸ Volgens Loubser is dit die waarskynlike bedoeling van die wetsopstellers, maar aangesien daar nie van die bestaande statutêre uitdrukking gebruik gemaak is en daar geen definisie in die Wet verskaf word nie, kan daar geargumenteer word dat dit verwys na die daadwerklike verskyning van die applikant of sy regsvertegenwoordiging in die hof.¹³⁹ 'n Verdere weerspreking is daarin geleë dat artikel 131(1) bepaal dat die verrigtinge 'n aanvang neem deurdat die hof so gelas, terwyl artikel 132(1)(b) bepaal dat dit baie vroeër

¹³⁴ *Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd* saaknommer: 12746/2011.

¹³⁵ 71/2008: art 131(8)(b).

¹³⁶ 71/2008: art 132(1)(b).

¹³⁷ 71/2008: art 132(1)(b); Loubser 2010: 512.

¹³⁸ Loubser 2010: 512.

¹³⁹ Loubser 2010: 512.

alreeds 'n aanvang neem, naamlik wanneer die geaffekteerde persoon by die hof aansoek doen.¹⁴⁰

Die grootste probleem geleë in hierdie bepaling is dat die ondernemingsreddingsverrigtinge ingevolge artikel 132 amptelik 'n aanvang neem alhoewel die hof nog nie die feite van die saak aangehoor het of tot 'n gevolgtrekking gekom het nie. Dit is 'n sinnelose bepaling indien dit vereis dat die hof oortuig moet word van sekere omstandighede alhoewel die oortuiging nie nodig is nie aangesien die verrigtinge reeds begin het. Hierdie bepaling laat te veel ruimte vir misbruik aangesien 'n *mala fide* geaffekteerde persoon 'n ongegronde aansoek kan bring om die maatskappy onder reddingsverrigtinge te plaas ten einde die besigheid van die maatskappy aan bande te lê. 'n Verdere probleem is dat wanneer die verrigtinge amptelik 'n aanvang neem, word die beheer- en bestuursbevoegdheid van die direksie ingeperk, maar op hierdie stadium het die hof nog nie 'n reddingspraktisyn aangestel nie, aangesien hy eers aangestel word nadat die hof ondernemingsredding gelas het.¹⁴¹ Die moratorium ten aansien van die regsdinge teen die maatskappy tree ook inwerking sodra die verrigtinge 'n aanvang geneem het, dit wil sê nog voordat die hof die aansoek aangehoor het.¹⁴² Loubser vra ook tereg die vraag oor wat die gevolge sal wees indien die hof die aansoek van die hand wys nadat die verrigtinge reeds begin het.¹⁴³ Loubser som korrek die situasie met betrekking tot hierdie bepaling as volg op:

"This most surely rank as one of the most ill-considered or badly drafted provisions in the act".¹⁴⁴

3.1.3 BEVEL DEUR DIE HOF INGEVOLGE ARTIKEL 131(7)

Ingevolge artikel 131(7) is die hof by magte om 'n maatskappy onder toesig te

¹⁴⁰ 71/2008: art 131(1) & 132(1)(b); Loubser 2010: 513.

¹⁴¹ Loubser 2010: 513.

¹⁴² Loubser 2010: 513.

¹⁴³ Loubser 2010: 513.

¹⁴⁴ Loubser 2010: 513.

plaas tydens likwidasieverrigtinge of verrigtinge vir die afdwinging van 'n sekuriteit teen die maatskappy.¹⁴⁵

In hierdie geval besluit die hof uit eie beweging dat 'n bevel wat ondernemingsredding gelas die mees gepaste in die omstandighede is. Wanneer die hof sodanige bevel gee, moet elke geaffekteerde persoon kennis kry van die bevel op die voorgeskrewe wyse en binne die voorgeskrewe tydperke.

Ondernemingsredding neem in hierdie geval amptelik 'n aanvang sodra die hof die bevel gegee het.¹⁴⁶

3.2 DIE VERLOOP VAN DIE REDDINGSPROSES

3.2.1 ONDERSOEK DEUR DIE PRAKTISYN

Die praktisyn word verplig om ingevolge artikel 141 van die Wet¹⁴⁷ so gou as moontlik na sy aanstelling 'n ondersoek te loods na die sake, besigheid, eiendom en finansiële situasie van die maatskappy, ten einde vas te kan stel of daar 'n redelike vooruitsig bestaan dat die maatskappy gered sal kan word.¹⁴⁸

3.2.2 EERSTE VERGADERINGS

Die ondernemingsreddingspraktisyn word verplig om binne tien dae na sy aanstelling twee vergaderings byeen te roep, naamlik die vergadering van skuldeisers¹⁴⁹ en die vergadering van werknemers of werknemers verteenwoordigers.¹⁵⁰ Daar moet ook na die publisering van die

¹⁴⁵ 71/2008: art 131(7).

¹⁴⁶ 71/2008: art 132(1)(c).

¹⁴⁷ 71/2008.

¹⁴⁸ 71/2008: art 141(1). Vir 'n volledige bespreking aangaande die verpligting om ondersoek in te stel sien hoofstuk 6 hieronder.

¹⁴⁹ 71/2008: art 147.

¹⁵⁰ 71/2008: art 148.

ondernemingsreddingsplan 'n vergadering van skuldeisers byeengeroep word ten einde die plan te oorweeg.¹⁵¹ Ingevolge die 1973 Wet is hierdie vergaderings deur die Meester belê en nie deur die geregtelike bestuurder nie.¹⁵²

3.2.2.1 VERGADERING VAN SKULDEISERS

Soos reeds hierbo genoem, moet die praktisyn binne tien dae na sy aanstelling 'n vergadering van skuldeisers byeenroep en voorsit tydens die vergadering.¹⁵³ Die praktisyn moet kennis gee van die eerste vergadering van skuldeisers aan elke skuldeiser van die maatskappy wie se naam en adres aan die praktisyn bekend is of redelikerwys deur hom vasgestel sal kan word.¹⁵⁴ Sodanige kennisgewing moet die datum, tyd en plek van die vergadering sowel as die agenda vir die vergadering uiteensit.¹⁵⁵

By hierdie vergadering moet die praktisyn die skuldeisers inlig rakende sy mening oor die vooruitsig of die maatskappy gered sal kan word al dan nie.¹⁵⁶

Skuldeisers mag van hierdie geleentheid gebruik maak om hul eise teen die maatskappy te bewys en moet tydens hierdie vergadering bewyse daarvan aan die praktisyn voorhou.¹⁵⁷ Die skuldeisers mag ook tydens hierdie vergadering besluit of 'n komitee van skuldeisers aangestel moet word al dan nie en, indien wel, sal hulle die lede van die komitee aanstel.¹⁵⁸ Die skuldeisers is geregtig om deur hierdie komitee deur die praktisyn geraadpleeg te word ten aansien van die reddingsplan.¹⁵⁹

Indien daar tydens hierdie vergadering enige besluite geneem moet word sal die

¹⁵¹ 71/2008: art 152. Sien 4.3.2 hieronder.

¹⁵² 61/1973: art 429(1)(b)(ii).

¹⁵³ 71/2008: art 147(1).

¹⁵⁴ 71/2008: art 147(2).

¹⁵⁵ 71/2008: art 147(2)(a)-(b).

¹⁵⁶ 71/2008: art 147(1)(a)(i).

¹⁵⁷ 71/2008: art 147(1)(a)(ii).

¹⁵⁸ 71/2008: art 147(1)(b).

¹⁵⁹ 71/2008: art 145(3).

gewone meerderheid van die onafhanklike skuldeisers se stemdraende belange, wat oor 'n aangeleentheid gestem het, beslissend wees oor die aangeleentheid.

160

3.2.2.2 VERGADERING VAN WERKNEMERS OF VERTEENWOORDIGERS

Soos in die geval van die skuldeisers, word die praktisyn verplig om binne tien dae na sy aanstelling die eerste vergadering van werknemerverteenwoordigers byeen te roep.¹⁶¹

Die praktisyn moet kennis van hierdie vergadering aan elke geregistreerde vakbond wat werknemers van die maatskappy verteenwoordig gee en indien daar werknemers is wat nie deur 'n vakbond verteenwoordig word nie, aan elkeen van daardie werknemers of hul verteenwoordigers.¹⁶² Die kennisgewing moet die tyd, datum en plek van die vergadering sowel as die agenda vir die vergadering uiteensit.¹⁶³

Soortgelyk aan die vergadering van skuldeisers moet die praktisyn die werknemerverteenwoordigers of werknemers inlig rakende sy mening oor die vooruitsig of die maatskappy gered sal kan word al dan nie.¹⁶⁴ Die verteenwoordigers mag ook tydens hierdie vergadering besluit of 'n komitee van werknemers aangestel moet word al dan nie en, indien wel, sal hulle die lede van die komitee aanstel.¹⁶⁵

3.2.3 DIE ONDERNEMINGSREDDINGSPLAN

Die opstel, aanvaarding en implimentering van 'n besigheidsreddingsplan is een

¹⁶⁰ 71/2008: art 147(3)

¹⁶¹ 71/2008: art 148(1).

¹⁶² 71/2008: art 148(2).

¹⁶³ 71/2008: art 148(2)(a)-(b).

¹⁶⁴ 71/2008: art 148(1)(a).

¹⁶⁵ 71/2008: art 148(1)(b).

van die belangrikste aspekte van 'n moderne reddingsmodel.¹⁶⁶

Een van die ondernemingsreddingspraktisyn se verpligtinge behels die opstel en implimentering van sodanige ondernemingsreddingsplan. Die praktisyn moet die plan opstel nadat hy met die skuldeisers, geaffekteerde persone en die bestuur van die maatskappy gekonsulteer het.¹⁶⁷

Die ondernemingsreddingsplan is een van die groot verbeteringe ten aansien van die Suid-Afrikaanse reddingsmodel. Tydens 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.¹⁶⁸ Deurdat 'n besigheidsreddingsplan voorgestel, aanvaar en geïmplimenteer moet word, kan die herstrukturering van die skuldenaar vinniger volvoer word en is daar die bykomende voordeel dat sekerheid ten opsigte van die uitslag van die redding vir al die betrokke partye geskep word.¹⁶⁹

3.2.3.1 INHOUD VAN DIE PLAN

Artikel 150(2) van die Wet bepaal dat die inhoud van die plan alle inligting moet bevat wat redelikerwys deur die geaffekteerde persone benodig mag word ten einde te besluit of hulle ten gunste van die plan wil stem en of hulle dit wil

¹⁶⁶ 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"*. Burdette 2004: 438.

¹⁶⁷ 71/2008: art 150(1).

¹⁶⁸ Burdette 2004: 438. *"One of the drawbacks of judicial management is that the judicial manager is required to trade the ailing business out of trouble until all its creditors have been paid, and the business is once again a viable, solvent entity"*; 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"*.

¹⁶⁹ Burdette 2004: 438. *"By introducing the proposal, acceptance and implementation of a business rescue plan, the reorganisation of a debtor can be brought to finality a lot sooner, with the added advantage that it creates certainty for all the parties involved as to what the outcome of the business rescue will be once a plan has been accepted and implemented"*.

verwerp.¹⁷⁰

Die inhoud van die plan word opgedeel in drie dele naamlik, afdeling A waarin die agtergrond uiteengesit word,¹⁷¹ afdeling B waarin voorstelle vervat word¹⁷² en laastens afdeling C waarin die aannames en voorwaardes ten aansien van die plan vervat word.¹⁷³

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 ondernemingsreddingspraktisyn gemoeid met hierdie taak. Volgens Loubser bevat die bepaling egter te veel onnodige voorskrifte wat slegs sal bydra tot die koste van die verrigtinge.¹⁷⁴

Afdeling A, die afdeling aangaande die agtergrond behoort ingevolge die riglyne ten minste 'n volledige lys van die materiële bates wat deur die maatskappy gehou word te bevat, sowel as 'n aanduiding oor watter van die maatskappy se bates deur skuldeisers as sekuriteit gehou word.¹⁷⁵ Daar behoort ook 'n volledige lys van al die maatskappy se skuldeisers, soos tydens die aanvang van die verrigtinge, in die afdeling vervat te word tesame met 'n aanduiding van watter van die skuldeisers versekerde vorderings hou en welke preferente en konkurrente vorderings hou in ooreenstemming met die relevante insolvensiereg reëls.¹⁷⁶ Die lys van skuldeisers behoort ook aan te dui welke skuldeisers reeds hul eise bewys het.¹⁷⁷ Die volgende belangrike aspek wat deur hierdie afdeling gedek word is die waarskynlike dividend wat deur die skuldeisers, in hul onderskeie klasse, ontvang staan te word sou die maatskappy onder likwidasië

¹⁷⁰ 71/2008: art 150(2).

¹⁷¹ 71/2008: art 150(2)(a).

¹⁷² 71/2008: art 150(2)(b).

¹⁷³ 71/2008: art 150(2)(c).

¹⁷⁴ Loubser 2010: 692. "...the act goes on to prescribe a long list of specific and often unnecessary minimum information that must be included and which will undoubtedly add to the costs of the procedure".

¹⁷⁵ 71/2008: art 150(2)(a)(i). Die sekuriteit, gehou deur die skuldeisers, moet reeds tydens die aanvang van die reddingsproses bestaan.

¹⁷⁶ 71/2008: art 150(2)(a)(ii).

¹⁷⁷ 71/2008: art 150(2)(a)(ii).

geplaas word.¹⁷⁸ Aangesien verskeie onvoorspelbare faktore 'n invloed op die dividend kan hê, sal 'n kundige, soos byvoorbeeld 'n rekenkundige of ouditeur, ingewin moet word ten einde die nodige berekenings te maak, wat weereens groot koste-implikasies vir die maatskappy inhou.¹⁷⁹

Verder behoort daar 'n volledige lys van die houers van die maatskappy se uitgereikte sekuriteite in hierdie afdeling vervat te word.¹⁸⁰ 'n Afskrif van die skriftelike ooreenkoms tussen die maatskappy en die praktisyn ten aansien van sy vergoeding behoort ook in hierdie afdeling vervat te word,¹⁸¹ sowel as 'n verklaring deur die praktisyn oor of die ondernemingsreddingsplan 'n voorstel insluit wat informeel deur een van die maatskappy se skuldeisers gemaak is.¹⁸² Loubser is van mening dat laasgenoemde bepaling onnodig is aangesien die praktisyn deur die Wet aangesê word om met die skuldeisers te konsulteer.¹⁸³ Omdat die bepaling verwys na 'n voorstel wat op 'n informele basis deur 'n skuldeiser gemaak is, kan die argument gemaak word dat dit vermoedelik ingevoeg is om skuldeisers en ander belanghebbendes in te lig aangaande 'n voorstel wat nie in hul teenwoordigheid, byvoorbeeld tydens 'n vergadering, gemaak is.

Die tweede afdeling, naamlik afdeling B, aangaande voorstelle behoort ten minste uiteen te sit wat die aard en duur van enige moratorium is waarvoor daar in die ondernemingsreddingsplan voorsiening gemaak is.¹⁸⁴ Die mate waarin die maatskappy van die betaling van sy skuld vrygestel sal word, en die mate waarin voorgestel word dat enige skuld in ekwiteit in die maatskappy, of 'n ander

¹⁷⁸ 71/2008: art 150(2)(a)(iii).

¹⁷⁹ Loubser 2010: 692. *"Since there may be a number of factors that cannot be predicted with any degree of accuracy and that may influence these figures, the calculation of this dividend (and other projections and estimates required by the act) will in all probability require the services of an expert such as an accountant auditor, thereby adding to the costs of what is increasingly developing into a very expensive procedure".*

¹⁸⁰ 71/2008: art 150(2)(a)(iv). Loubser 2010: 692. Volgens Loubser sal daar waarskynlik duisende name op so lys verskyn en die koste vir die optrek daarvan sal substansieel wees, alhoewel dit onduidelik is watter doel daardeur gedien sal word.

¹⁸¹ 71/2008: art 150(2)(a)(v).

¹⁸² 71/2008: art 150(2)(a)(vi).

¹⁸³ Loubser 2010: 692.

¹⁸⁴ 71/2008: art 150(2)(b)(i).

maatskappy, omskep word behoort onder hierdie afdeling gemeld te word.¹⁸⁵ Daar behoort 'n uiteensetting van die voortgesette rol van die maatskappy, en die hantering van enige bestaande ooreenkomste in die afdeling vervat te word.¹⁸⁶ Die volgende belangrike aspek vervat in hierdie afdeling is die uiteensetting van die bates van die maatskappy wat beskikbaar is om die skuldeisers se eise te betaal soos wat daarvoor voorsiening gemaak word in die ondernemingsreddingsplan.¹⁸⁷ Hierna behoort die afdeling melding te maak van die rangorde waarvolgens die opbrengs van die bates onder skuldeisers versprei sal word indien die plan aanvaar word.¹⁸⁸ Moontlik een van die belangrikste aspekte wat in hierdie afdeling vervat moet word, is die uiteensetting van die voordele geleë in die aanvaarding van die plan teenoor wat die voordeel sou wees indien die skuldeisers die maatskappy onder likwidasië sal plaas.¹⁸⁹ Die laaste aspek wat in hierdie afdeling aangespreek word is 'n beskrywing van wat die effek van 'n reddingsplan op die houers van elke klas van die maatskappy se sekuriteite sal wees.¹⁹⁰

Die laaste afdeling, afdeling C, in die ondernemingsreddingsplan handel oor aannames en voorwaardes ten aansien van die plan. Die eerste aspek wat in hierdie afdeling vervat moet word is 'n staat van voorwaardes, indien enige, waaraan daar voldoen moet word alvorens die ondernemingsreddingsplan inwerking kan tree of ten volle geïmplimenteer kan word.¹⁹¹ Die volgende aspek is die effek, indien enige, wat die reddingsplan op die getal werknemers van die maatskappy veronderstel sowel as hul diensbepalings en -voorwaardes.¹⁹² Daar behoort ook omstandighede gelys te word in hierdie afdeling oor wanneer die besigheidsredding tot 'n einde sal kom.¹⁹³ 'n Voorgestelde balansstaat vir die

185 71/2008: art 150(2)(b)(ii).

186 71/2008: art 150(2)(b)(iii).

187 71/2008: art 150(2)(b)(iv).

188 71/2008: art 150(2)(b)(v).

189 71/2008: art 150(2)(b)(vi).

190 71/2008: art 150(2)(b)(vii).

191 71/2008: art 150(2)(c)(i)(aa)-(bb).

192 71/2008: art 150(2)(c)(ii).

193 71/2008: art 150(2)(c)(iii).

maatskappy sowel as 'n voorgestelde staat van inkomste en uitgawes vir die daaropvolgende drie jaar, op die veronderstelling dat die plan aanvaar word, moet ook by hierdie afdeling ingesluit word.¹⁹⁴ Hierdie vereiste hou weereens 'n groot mate van raaiwerk sowel as koste-implikasies in.¹⁹⁵

'n Ondernemingsreddingsplan kan bepaal dat, indien dit ooreenkomstig die voorwaardes en bepalinge daarvan geïmplementeer word, 'n skuldeiser wat die volle of gedeeltelike vereffening aanvaar het van skuld wat aan hom verskuldig is, die reg sal verloor om die tersaaklike skuld of gedeelte daarvan af te dwing.¹⁹⁶

Die ondernemingsreddingsplan moet binne vyf-en-twintig sakedae na die aanstelling van die reddingspraktisyn gepubliseer word.¹⁹⁷ Die Wet self verskaf egter geen duidelike voorskrifte aangaande die publikasie van die reddingsplan nie en moet daar dus weer na die regulasies tot die Wet verwys word. Ingevolge regulasie 125(3) moet die ondernemingsreddingspraktisyn die plan publiseer deur elke geaffekteerde persoon in te lig dat die plan beskikbaar is om na te gaan,¹⁹⁸ sowel as om 'n kennisgewing van die beskikbaarheid van die plan by die geregistreerde hoofkantoor van die maatskappy of op die webblad van die maatskappy te vertoon.¹⁹⁹

Alhoewel die Wet omvattende inligting in die ondernemingsreddingsplan vereis, bly dit egter in gebreke om sekere ander aspekte aan te spreek wat moontlik vir die skuldeisers van belang kan wees, soos byvoorbeeld die redes vir die finansiële nood van die maatskappy sowel as hoe hierdie probleme deur die praktisyn aangespreek gaan word.²⁰⁰

¹⁹⁴ 71/2008: art 150(2)(c)(iv)(aa)-(bb).

¹⁹⁵ Loubser 2010: 693.

¹⁹⁶ 71/2008: art 154(1).

¹⁹⁷ 71/2008: art 150(5). Die tydperk mag egter deur die hof of 'n meerderheid van skuldeisers verleng word.

¹⁹⁸ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 125(3)(a).

¹⁹⁹ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 125(3)(b)(i)-(ii).

²⁰⁰ Loubser 2010: 693.

3.2.3.2 VERGADERING TER OORWEGING VAN DIE PLAN EN TOEKOMS VAN DIE MAATSKAPPY

Binne tien sakedae na die publisering van die ondernemingsreddingsplan moet die reddingspraktisyn 'n vergadering byeenroep ten einde die plan en die toekoms van die maatskappy te oorweeg.²⁰¹ Die vergadering moet bygewoon word deur die skuldeisers van die maatskappy en enige ander houers van stemregte vir die doeleindes van die vergadering.²⁰²

Tydens hierdie vergadering moet die reddingspraktisyn die voorgestelde reddingsplan aan die skuldeisers en aandeelhouders voorhou ten einde hulle in staat te stel om dit te oorweeg.²⁰³ Die praktisyn moet ook van hierdie geleentheid gebruik maak om die vergadering in te lig oor of hy steeds glo dat daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word.²⁰⁴

Die skuldeisers en aandeelhouders kan tydens die vergadering gesprekke en argumente voer ten aansien van die plan asook enige stemming uitbring oor 'n mosie aangaande die wysiging van die plan of die verdaging van die vergadering ten einde die praktisyn geleentheid te bied om die plan te hersien met inagneming van die vergadering se aanbevelings.²⁰⁵

Tydens die vergadering kan die voorgestelde plan by wyse van stemming voorlopig goedgekeur word onderworpe aan sekere wysigings, tensy die vergadering alreeds verdaag is.²⁰⁶

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

²⁰¹ 71/2008: art 151(1).

²⁰² 71/2008: art 151(1).

²⁰³ 71/2008: art 152(1)(a).

²⁰⁴ 71/2008: art 152(1)(b).

²⁰⁵ 71/2008: art 152(1)(c), (d)(i)-(ii).

²⁰⁶ 71/2008: art 152(1)(e).

persent van die skuldeisers se stemdraende belang ingevolge waarvan gestem is,²⁰⁷ 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.²⁰⁸

Indien die voorgestelde plan nie voorlopig goedgekeur word nie, word die plan as verwerp beskou en mag dit slegs verder oorweeg word ingevolge artikel 153.²⁰⁹

Sou 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, onderhewig aan die nakoming van sekere voorwaardes waarvan die aanvaarding van die plan afhanklik is.²¹⁰ Indien die plan egter die regte van die houers van sekuriteite wysig moet die praktisyn onmiddelik 'n vergadering byeenroep vir die houers van daardie klas van sekuriteite sodat hulle die goedkeuring van die plan kan oorweeg.²¹¹ As die plan deur 'n meerderheid van die houers van die sekuriteite ondersteun word sal dit geld as die finale goedkeuring van die plan,²¹² maar indien dit afgekeur word geld artikel 153.²¹³

'n Ondernemingsreddingsplan wat op die bogenoemde wyses goedgekeur is, is bindend op die maatskappy, op elkeen van die skuldeisers van die maatskappy en op elke houer van sekuriteite van die maatskappy²¹⁴ hetsy daardie persoon teenwoordig was op die vergadering²¹⁵ of ten gunste van die plan gestem het al dan nie.²¹⁶

²⁰⁷ 71/2008: art 152(2)(a).

²⁰⁸ 71/2008: art 152(2)(b).

²⁰⁹ 71/2008: art 152(3)(a). Sien 3.2.3.3 hieronder.

²¹⁰ 71/2008: art 152(3)(b).

²¹¹ 71/2008: art 152(3)(c)(i).

²¹² 71/2008: art 152(3)(c)(ii)(aa).

²¹³ 71/2008: art 152(3)(c)(ii)(bb). Sien 3.2.3.3 hieronder.

²¹⁴ 71/2008: art 152(4).

²¹⁵ 71/2008: art 152(4)(a).

²¹⁶ 71/2008: art 152(4)(b).

Die praktisyn is daarvoor verantwoordelik om toe te sien dat die maatskappy enige en alle voorwaardes ten aansien van die plan na kom²¹⁷ sowel as om toe te sien dat die plan geïmplimenteer word soos wat dit aanvaar is.²¹⁸

Sodra die ondernemingsreddingspraktisyn die plan wesenlik geïmplimenteer het, moet hy 'n kennisgewing van wesenlike implimentering van die plan indien.²¹⁹

3.2.3.3 VERSUIM OM DIE REDDINGSPLAN AAN TE NEEM

Indien 'n ondernemingreddingsplan verwerp is kan die praktisyn 'n mosie van goedkeuring van die houers van stemdraende belang versoek om 'n hersiene plan op te stel en te publiseer,²²⁰ of die vergadering meedeel dat die maatskappy by 'n hof aansoek gaan doen om die resultaat van die stemming deur die houers van stemdraende belang of aandeelhouders, na gelang van die geval, tersyde te stel, op grond daarvan dat dit onvanpas was.²²¹ Die Wet is egter glad nie duidelik wat dit as onvanpas sou beskou nie en sal dit interessant wees om die howe se interpretasie daarvan te sien.²²²

Sou die praktisyn nie enige stappe neem nie, kan enige geaffekteerde persoon wat op die vergadering teenwoordig is 'n mosie van goedkeuring van die houers van stemdraende belang versoek. Die mosie kan vereis dat die praktisyn 'n hersiene plan moet opstel en publiseer.²²³ Die geaffekteerde persoon kan ook by die hof aansoek doen om die resultaat van die stemming deur die houers van stemdraende belang of aandeelhouders, na gelang van die geval, tersyde te stel, op grond daarvan dat dit onvanpas was.²²⁴ Enige geaffekteerde persoon, of kombinasie van geaffekteerde persone, kan 'n bindende aanbod maak om die

²¹⁷ 71/2008: art 152(5)(a).

²¹⁸ 71/2008: art 152(5)(b).

²¹⁹ 71/2008: art 152(8).

²²⁰ 71/2008: art 153(1)(a)(i).

²²¹ 71/2008: art 153(1)(a)(ii).

²²² Loubser 2010: 695.

²²³ 71/2008: art 153(1)(b)(i)(aa).

²²⁴ 71/2008: art 153(1)(b)(i)(bb).

stemdraende belang te koop van een of meer persone wat die aanneming van die ondernemingsreddingsplan teengestaan het, teen 'n waarde wat onafhanklik en deskundig, op versoek van die praktisyn, as 'n billike en redelike raming van die opbrengs vir daardie persoon of daardie persone bepaal is, indien die maatskappy gelikwieder sou word.²²⁵

3.3 GEVOLGE VAN DIE REDDINGSPROSES

Soos in die geval van geregtelike bestuur is daar verskeie bepalings in die Wet wat spesifiek verwys na die gevolge van die reddingsproses. Ingesluit hierby is bepalings aangaande die maatskappy se eiendom,²²⁶ die hantering van kontrakte waarby die maatskappy betrokke is²²⁷ en die opskorting van gedinge teen die maatskappy by wyse van 'n algemene moratorium.²²⁸

3.3.1 MORATORIUM

Ingevolge artikel 133 van die Maatskappywet ontstaan daar 'n algemene moratorium ten aansien van geregtelike stappe en afdwingingsaksies teen die maatskappy sodra die ondernemingsreddingsverrigtinge 'n aanvang neem en duur vir die verloop van die verrigtinge.²²⁹ Aangesien daar onduidelikheid heers oor die presiese oomblik wanneer die verrigtinge 'n aanvang neem ingevolge 'n artikel 131-aansoek, skep hierdie bepaling 'n probleem en sou 'n sinvolle voorstel 'n tussentydse moratorium behels.²³⁰

Die eerste belangrike verandering kan dus gevind word in die feit dat die moratorium tydens ondernemingsreddingsverrigtinge outomaties intree anders

²²⁵ 71/2008: art 153(1)(b)(ii).

²²⁶ 71/2008: art 134.

²²⁷ 71/2008: art 136.

²²⁸ 71/2008: art 133. Weens die beperkte omvang van die studie sal daar in hierdie bespreking slegs op die moratorium gefokus word.

²²⁹ 71/2008: art 133(1).

²³⁰ Loubser 2010: 689.

as in die geval van geregtelike bestuur.²³¹

Die moratorium is 'n noodsaaklike deel van die ondernemingsreddingsproses en speel 'n belangrike rol in die sukses van die redding:

"The effect is to give the business rescue practitioner and, where appropriate the directors an opportunity to develop and implement a business rescue plan, whilst the company's operations continue, without the threat of action by creditors to enforce their rights".²³²

Artikel 133 bepaal dat geen geregtelike stappe, insluitende afdwingingsaksies, teen die maatskappy, of ten opsigte van enige eiendom wat aan die maatskappy behoort, of wettiglik in sy besit is, mag tydens ondernemingreddingsverrigtinge in enige forum begin of voortgaan nie, behalwe in sekere uitsonderingsgevalle.²³³

Stappe mag geneem word teen die maatskappy met die skriftelike toestemming van die praktisyn,²³⁴ met magtiging van die hof en ooreenkomstig enige bepalinge wat die hof geskik ag,²³⁵ as 'n skuldverrekening ten opsigte van enige eis wat in enige regsdinge deur die maatskappy gedoen word, ongeag of daardie verrigtinge voor of na die ondernemingreddingsverrigtinge begin het,²³⁶ strafregtelike verrigtinge teen die maatskappy of enige van sy direkteure of beamptes,²³⁷ of verrigtinge rakende enige eiendom of reg waaroor die maatskappy die bevoegdhede van 'n trustee uitoefen,²³⁸ of laastens verrigtinge deur 'n regulerende gesag in die uitvoering van sy werksaamhede nadat daar skriftelike kennis aan die reddingspraktisyn gegee is.²³⁹

Dit is belangrik om daarop te let dat die bring van 'n likwidasië-aansoek teen die maatskappy nie onder die uitsonderingsgevalle gedek word nie en kan die

²³¹ Burdette 2004: 419.

²³² Rushworth 2010: 383.

²³³ 71/2008: art 133(1); Loubser 2010: 689.

²³⁴ 71/2008: art 133(1)(a).

²³⁵ 71/2008: art 133(1)(b).

²³⁶ 71/2008: art 133(1)(c).

²³⁷ 71/2008: art 133(1)(d).

²³⁸ 71/2008: art 133(1)(e).

²³⁹ 71/2008: art 133(1)(f).

afleiding dus gemaak word dat sodanige aansoek steeds tydens ondernemingsreddingsverrigtinge gebring kan word.

"This effectively means that an application for the winding-up of of the company may be brought without any obligation on the applicant to first have the business rescue proceedings terminated or set aside by satisfying the court that the rescue of the company is no longer a reasonable or viable option. The only precondition would be the consent of the practitioner or the court to institute this action against the company".²⁴⁰

Deur 'n skuldeiser of ander belanghebbende persoon toe te laat om aansoek te mag doen vir die likwidasië van die maatskappy onder ondernemingsredding behoort nie toegelaat te word tot en met die beëindiging van die reddingsverrigtinge nie.²⁴¹ Die maatskappy behoort 'n regverdigde kans gegun te word om te rehabiliteer van die ongunstige finansiële toestand waarin dit verkeer.

Tydens ondernemingreddingsverrigtinge 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 bepalinge wat die hof in die omstandighede billik en regverdig ag.

²⁴²

3.4 BEËINDIGING VAN DIE REDDINGSPROSES

Die Wet bevat duidelike bepalinge aangaande wanneer die ondernemingsredding begin en eindig, sowel as vereistes ten aansien van hoe lank die verrigtinge mag voortduur.²⁴³

Ingevolge artikel 132(2) eindig die ondernemingsreddingsverrigtinge wanneer die hof die maatskappybesluit ingevolge artikel 129 tersyde stel,²⁴⁴ of wanneer die hof die verrigtinge omskakel in likwidasiëverrigtinge.²⁴⁵

²⁴⁰ Loubser 2010: 690.

²⁴¹ Loubser 2010: 690.

²⁴² 71/2008: art 133(2).

²⁴³ Rushworth 2010: 382.

²⁴⁴ 71/2008: art 132(2)(a)(i).

²⁴⁵ 71/2008: art 132(2)(a)(ii).

Een van die reddingspraktisyn se verpligtinge is om indien hy te enige tyd gedurende die reddingsproses vasstel of tot die besef kom dat daar geen redelike vooruitsig bestaan om die maatskappy te red nie, die hof en ander geaffekteerde persone dienooreenkomstig daaroor in te lig²⁴⁶ en by die hof aansoek doen om 'n bevel vir die beëindiging van die redding en wat die maatskappy onder likwidasië plaas.²⁴⁷ Die reddingspraktisyn kan ook die verrigtinge beëindig deur 'n kennisgewing van die beëindiging van ondernemingreddingsverrigtinge by die Kommissie in te dien.²⁴⁸

Indien die ondernemingsreddingsplan afgekeur word sal die reddingsverrigtinge tot 'n einde kom ook indien die praktisyn 'n kennisgewing van wesenlike implementering van die plan ingedien het.²⁴⁹

Indien die maatskappy se ondernemingreddingsverrigtinge nie binne drie maande na die aanvang van daardie verrigtinge, of sodanige langer tydperk as wat die hof op aansoek van die praktisyn mag toelaat, geëindig het nie, moet die praktisyn 'n verslag oor die vordering van die ondernemingreddingsverrigtinge opstel. Die verslag moet aan die einde van elke daaropvolgende maand deur hom opgedateer word totdat daardie verrigtinge eindig.²⁵⁰ Hy moet ook die verslag en elke opdatering daarvan op die voorgeskrewe wyse aan elke geaffekteerde persoon lewer, en aan die hof, indien die verrigtinge die onderwerp van 'n hofbevel was,²⁵¹ of in enige ander geval, aan die Kommissie.²⁵²

4. UNCITRAL

4.1 DIE AANVANG VAN DIE REDDINGSPROSES

²⁴⁶ 71/2008: art 141(2)(a)(i).

²⁴⁷ 71/2008: art 141(2)(a)(ii).

²⁴⁸ 71/2008: art 132(2)(b). Rushworth 2010: 382.

²⁴⁹ 71/2008: art 132(c)(i)-(ii).

²⁵⁰ 71/2008: art 132(3)(a).

²⁵¹ 71/2008: art 132(3)(b)(i).

²⁵² 71/2008: art 132(3)(b)(ii).

Ingevolge die UNCITRAL-gids is die standaard vir die aanvang van insolvensieverrigtinge sentraal tot die ontwerp van die land se insolvensieregsisteem.²⁵³ Die standaard, as basis van die insolvensieregsisteem, is instrumenteel in die identifikasie van die applikante vir die aanvang van die verrigtinge, hetsy dit die skuldenaar self, skuldeisers of ander partye is.²⁵⁴

Die gids stel dit duidelik dat die aanvangstandaard deursigtig en seker moet wees, ten einde toegang tot die verrigtinge so vinnig en goedkoop as moontlik te maak sodat dit die skuldenaar aangemoedig word om vrywilliglik die proses te begin.²⁵⁵ Verder word daar in die gids klem geplaas op die gemak waarmee die verrigtinge kan begin:

*"Restrictive access can deter both debtors and creditors from commencing proceedings, while the effects of delay can be harmful to the value of assets and the successful completion of insolvency proceedings in particular in cases of reorganization".*²⁵⁶

Hierdie sogenaamde gemaklike of eenvoudige aanvangswyse behoort gebalanseer te word deur behoorlike en voldoende veiligheidsmaatreëls ten einde te verhoed dat die verrigtinge misbruik word.²⁵⁷ Voorbeelde van misbruik sluit in aansoeke deur skuldenaars wat nie werklik in finansiële nood verkeer nie, maar wat die voordeel van die moratorium wil gebruik,²⁵⁸ of waar skuldeisers wat ook mededingers van die skuldenaar is 'n aansoek bring ten einde die skuldenaar se besigheid te ontwig en sodoende 'n mededingende voordeel bekom.²⁵⁹

²⁵³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 45 item 20. "The standard to be met for commencement of insolvency proceedings is central to the design of an insolvency law".

²⁵⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 45 item 20.

²⁵⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 45 item 21. "As a general principle it is desirable that the commencement standard be transparent and certain, facilitating access to insolvency proceedings conveniently, cost-effectively and quickly to encourage financially distressed or insolvent businesses to voluntarily commence proceedings".

²⁵⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 45 item 21.

²⁵⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 45 item 21.

²⁵⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 45 item 21.

²⁵⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 45 item 21.

Volgens die gids behoort die wetgewing die prosedurele vereistes vir die bring van 'n aansoek duidelik te spesifiseer,²⁶⁰ soos byvoorbeeld of die aansoek by die hof of 'n ander regulerende gesag gebring moet word.²⁶¹

4.1.1 AANVANG DEUR SKULDENAAR

Soos reeds genoem, is dit een van die doelstellings van 'n reddingsprosedure om 'n raamwerk daar te stel wat die skuldenaar sal aanmoedig om die finansiële nood so gou as moontlik aan te spreek sodat die besigheid tot almal se voordeel kan voortbestaan.²⁶² 'n Aanvangstandaard wat met bogenoemde ooreenstem sal heel moontlik 'n meer buigsame standaard wees as die een vir likwidasië, wat nie van die skuldenaar gaan verwag om eers in versuim te wees met betalings nie, maar wat die aansoek sal toestaan in finansiële omstandighede wat kan uitloop op insolvensie indien dit nie aangespreek word nie.²⁶³

'n Buigsame standaard kan egter misbruik word:

"...it may be desirable that the insolvency law focuses upon discouraging improper use rather than making commencement more difficult to the potential detriment of all eligible applicants".²⁶⁴

4.1.2 AANVANG DEUR SKULDEISERS

Omdat die gevolg van 'n suksesvolle reddingsproses die waarde van die skuldenaar se bates laat toeneem en dus ook die opbrengs beskikbaar vir die skuldeisers verhoog, is dit belangrik dat die aanvang van die proses nie net eksklusief aan die skuldenaar toekom nie, maar ook aan die sluldeisers.²⁶⁵

4.1.3 BEVOEGDHEID OM AANSOEK TE WEIER

²⁶⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 56 item 54.

²⁶¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 56 item 54.

²⁶² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 53 item 46.

²⁶³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 53 item 46.

²⁶⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 54 item 47.

²⁶⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 54 item 48.

In sommige omstandighede is dit wenslik vir die hof om die aansoek vir die aanvang van 'n reddingsproses te weier byvoorbeeld waar daar 'n vermoede is dat die proses misbruik gaan word of waar daar nie aan die aanvangstandaard voldoen is nie.²⁶⁶ Voorbeelde van die laasgenoemde sluit in waar 'n versekerde eis teen die maatskappy die waarde van al die bates oorskry en waar die skuldenaar oor onvoldoende bates beskik om die administrasiekoste te dek.²⁶⁷

4.1.4 KENNIS AAN BELANGHEBBENDES

"Giving notice of an application for commencement and of the commencement of insolvency proceedings is central to several key objectives of an insolvency regime".²⁶⁸

Kennisgewing aan belanghebbendes verseker deursigtigheid van die verrigtinge asook dat alle geaffekteerde persone goed ingelig is.²⁶⁹

In die geval waar 'n skuldenaar aansoek doen, is dit belangrik dat skuldeisers en ander belanghebbende partye kennis van die verrigtinge kry sodat hulle die geleentheid het om die vermoede van geskiktheid van die skuldenaar vir die reddingsproses te betwis.²⁷⁰ Die belangrike vraag handel egter oor die tyd wanneer of waarin die belanghebbendes sodanige kennis moet ontvang.²⁷¹ Die kennisgewing kan of tydens die aansoek of by die aanvang van die prosedure gegee word.²⁷²

Die belange van die partye moet in hierdie geval teen mekaar opgeweeg en gebalanseer word. Indien die skuldeisers in kennis gestel word van die aansoek kan hulle 'n ingeligte besluit neem oor die verskaffing van goedere en dienste aan die maatskappy ten einde verdere skuld te vermy.²⁷³ 'n Vertraging in kennis gee aan die skuldeisers en ander partye tussen die aansoek en die aanvang van

²⁶⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 58 item 61.

²⁶⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 59 item 61.

²⁶⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 59 item 64.

²⁶⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 59 item 64.

²⁷⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 59 item 65.

²⁷¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 59 item 65.

²⁷² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 59 item 65.

²⁷³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 59 item 65.

die verrigtinge, kan nadelige gevolge vir die skuldeisers inhou indien hulle voortgaan om besigheid met die skuldenaar te doen, terwyl hulle onbewus is van die finansiële nood waarin die skuldenaar verkeer.²⁷⁴ Die teendeel is egter dat indien die skuldeiser tydens die aansoek kennis van die verrigtinge ontvang die moontlikheid bestaan dat dit die besigheid van die skuldenaar onnodiglik nadelig kan affekteer indien die aansoek van die hand gewys word, deurdat die besigheid nou 'n slegte naam sal hê. 'n Verdere moontlikheid is dat die skuldeisers kan poog om hul eise voor die aanvang van die verrigtinge af te dwing.²⁷⁵

Hierdie aangeleentheid kan aangespreek word deurdat die skuldeisers eers by die aanvang van die verrigtinge in kennis gestel word, maar dat die proses nie van so aard is dat dit onnodig sloer tussen die aansoek en die aanvang van die verrigtinge nie.²⁷⁶

In die geval van skuldeisers of ander persone wat die aansoek om die aanvang van die verrigtinge bring, is die algemene benadering dat die skuldenaar onmiddellike kennis van die aansoek moet ontvang:²⁷⁷

"...it is increasingly recognized that the debtor should have a fundamental right to immediate notice of the application and an opportunity to be heard and to dispute the applicant's claims as to its financial position".²⁷⁸

In sekere omstandighede kan die hof wegdoen met die vereiste dat daar kennis aan die skuldenaar gegee moet word, soos in gevalle waar kennis die doel van die aansoek sal verydel.²⁷⁹ Laasgenoemde omstandighede kan gevalle insluit waar kennis aan die skuldenaar daartoe kan lei dat die skuldenaar bates buite die bereik van die skuldeisers of die praktisyn plaas.²⁸⁰ Die teenargument is egter dat indien die skuldenaar nie kennis ontvang nie, hy onwetend op 'n wyse

²⁷⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 59-60 item 65.

²⁷⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 60 item 65.

²⁷⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 60 item 65.

²⁷⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 60 item 67.

²⁷⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 60 item 67.

²⁷⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 60 item 67.

²⁸⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 60 item 67.

kan handel wat nadelig vir die waarde van die bates en dus ook nadelig vir die skuldeisers is.²⁸¹

*"This concern may be better addressed in terms of provisional measures such as the imposition of a stay than by dispensing with notice of the application. However, where the law does permit the court to dispense with notice of the application, the debtor should nevertheless receive notice of commencement of proceedings as soon as possible".*²⁸²

Die ander skuldeisers wat nie betrokke by die aansoek is nie, behoort ook kennis van die aansoek te kry aangesien dit hul belange direk raak.²⁸³

Natuurlik ook van belang is die wyse waarop die kennis gegee word, sowel as die inligting wat in sodanige kennisgewing vervat behoort te word.²⁸⁴ Skuldeisers wat bekend is, kan individueel in kennis gestel word, terwyl kennis aan onbekende skuldeisers wetgewers genoodsaak het om wye kennisgewingsvereistes te stel.²⁸⁵ Hierdie wye vereistes kan insluit publikasie in 'n staatskoerant of 'n wydverspreide kommersiële koerant afhangend van die besondere omstandighede van die saak en watter metode die mees koste-effektief sal wees.²⁸⁶

Ten einde te verhoed dat die kennisgewingsprosedure onhanteerbaar word deur in elke geval 'n ondersoek na die mees effektiewe metode te vereis, kan die verpligting eerder na meer algemene metodes, met meer buigsaamheid, verwys.²⁸⁷ Ander opsies kan byvoorbeeld verskeie vorms van elektroniese kommunikasie en relevante openbare registers insluit.²⁸⁸

Wat die inhoud van die kennisgewing betref, kan daarin verwys word na die effek van die aanvang van die verrigtinge (veral indien dit 'n moratorium insluit) en die tyd, metode en ander relevante inligting met betrekking tot die bewys van eise

²⁸¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 60 item 67.

²⁸² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 60 item 67.

²⁸³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 60 item 67.

²⁸⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 61 item 69.

²⁸⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 61 item 69.

²⁸⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 61 item 69.

²⁸⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 61 item 70.

²⁸⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 61 item 70.

teen die skuldenaar.²⁸⁹

4.2 DIE VERLOOP VAN DIE REDDINGSPROSES

4.2.1 VERGADERINGS VAN SKULDEISERS

Die kennisgewings wat aan skuldeisers gestuur word kan ook inligting aangaande aanvanklike skuldeiservergaderings, wat deur die hof of die insolvensiepraktisyn belê kan word, bevat.²⁹⁰ Volgens die UNCITRAL-gids is daar jurisdiksies waar hierdie aanvanklike vergadering van skuldeisers die enigste vergadering is, in welke geval dit wenslik is dat die insolvensiewetgewing duidelik uiteensit wat tydens die vergaderings bespreek sal word²⁹¹

Indien die insolvensiereg egter voorsiening maak vir ander vergaderings van skuldeisers kan daar van verskillende benaderings gebruik gemaak word.²⁹² Ingevolge sommige jurisdiksies kan sodanige ander skuldeiservergaderings deur die hof of die insolvensiepraktisyn byeengeroep word vir 'n spesifieke doelstelling.²⁹³ Daarteenoor maak ander jurisdiksies voorsiening vir die byeenoep van vergaderings, op 'n *ad hoc* basis, deur die skuldeisers, insolvensiepraktisyn en selfs in beperkte gevalle, die skuldenaar.²⁹⁴

Waar die reg voorsiening maak vir die byeenoep van vergaderings deur skuldeisers behoort daar beperkings te wees op wanneer die vergadering gehou kan word of die voorwaardes waaraan voldoen moet word alvorens die vergadering gehou kan word.²⁹⁵

Dit is egter belangrik om die gekose benadering deeglik te oorweeg:

"Whichever approach is adopted, it is important that a balance be achieved

²⁸⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 61 item 71.

²⁹⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 195 item 91.

²⁹¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 195 item 91.

²⁹² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 195 item 92.

²⁹³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 195 item 92.

²⁹⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 195 item 92.

²⁹⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 195 item 92.

between facilitating creditor participation and the protection of the interests of creditors on the one hand and efficient and effective conduct of proceedings without undue delay, on the other."²⁹⁶

Dit is verder wenslik dat alle skuldeisers die reg het om tydens die verrigtinge, ten aansien van enige aangeleentheid wat daar dien, gehoor te word.²⁹⁷ Waar dit nodig is dat 'n stem deur die skuldeisers uitgebring word, behoort die insolvensiewetgewing voorsiening te maak vir bepalings oor wie mag stem, die stemmeganisme en of daar van 'n gevolmagtigde verteenwoordiger gebruik gemaak mag word gedurende die stem.²⁹⁸ Daar behoort ook bepalings te wees rakende die moontlike gebruik van elektroniese kommunikasie soos byvoorbeeld die uitbring van 'n stem by wyse van 'n epos.²⁹⁹

Daar behoort verder voorsiening gemaak te word vir bepalings waarin die skuldeisers bemaagtig word om reëls vir die verloop van die vergadering op te stel.³⁰⁰ Aangeleenthede wat deur laasgenoemde gedek kan word sluit in: wie die vergadering mag bywoon, wie gemaagtig is om te stem tydens die vergadering, wie op die vergadering sal voorsit en die algemene gedrag wat tydens die vergadering gehandhaaf moet word.³⁰¹

4.2.2 DIE REDDINGSPLAN

'n Sentrale element tot die besigheidsreddingsverrigtinge is die herstrukturierungsplan en insolvensiewetgewing hanteer gewoonlik verskeie aspekte in verband met hierdie plan.³⁰² Laasgenoemde aspekte kan handel oor wie die plan moet opstel, wanneer dit opgestel moet word, die inhoud, hoe die

²⁹⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 195 item 92.

²⁹⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 195 item 93.

²⁹⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 196 item 93.

²⁹⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 196 item 93.

³⁰⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 196 item 94.

³⁰¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 196 item 94.

³⁰² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 209 item 1. Sien ook Burdette 2004: 438.

"The design, acceptance and implementation of a business rescue plan is surely one of the most important aspects of a modern business rescue model".

plan aan die skuldeisers voorgelê moet word, of die hof die plan moet bekragtig en natuurlik wat die uitwerking van die plan sal wees en hoe die plan geïmplimenteer gaan word.³⁰³

Daar bestaan verskillende herstrukteringsplanne vir verskillende tipes verrigtinge.³⁰⁴ Die herstrukteringsplan wat egter van belang is in die geval, is daardie tipe plan wat by die aanvang van die verrigtinge voorgestel word en die wyse uiteensit waarop die skuldenaar en die besigheid hanteer behoort te word tydens die reddingsverrigtinge, soortgelyk aan 'n besigheidsplan.³⁰⁵

4.2.2.1 AARD EN VORM VAN DIE PLAN

Aangesien die doel van die reddingsproses so verskillend geïnterpreteer word, is dit 'n natuurlike gevolg dat die aard van die plan sowel as die vorm wat dit aanneem, sal verskil van geval tot geval.³⁰⁶

Daar bestaan verder verskillende sienings rondom die doelstellings van die plan asook die wyse waarop hierdie doelstellings die beste bereik sal word.³⁰⁷ Sommige rolspelers verkies die voortsetting van die skuldenaar se besigheid terwyl ander weer 'n ekwiteitsaandeel in die besigheid verkies.³⁰⁸ Om hierdie rede is daar 'n reeks opsies vir die aard en vorm van die plan beskikbaar.³⁰⁹

³⁰³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 209 item 1.

³⁰⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 209 item 2.

³⁰⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 209 item 1. *"Reorganization plans perform different functions in different types of proceeding. In some, the plan may be the tailpiece of the reorganization proceedings, dealing with the payout of a dividend in full and final settlement of all claims and the final structure of the business after the reorganization is complete. In others, the plan may be proposed at the commencement of the proceedings and set out the way the debtor and the business should be dealt with during the reorganization period, much like a business plan, as well as expected dividends and dates of payment".*

³⁰⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 209 item 3.

³⁰⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 209 item 3.

³⁰⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 209 item 3.

³⁰⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 209 item 3.

Die gids waarsku egter teen wetgewing waarvan die bepalings voorskriftelik van aard is, aangesien dit daartoe kan lei dat dit beperkend geïnterpreteer kan word:

*"It is desirable that the law not restrict reorganization plans to those designed only to fully rehabilitate the debtor; prohibit debt from being written off; restrict the amount that must eventually be paid to creditors by specifying a minimum percentage; or prohibit exchange of debt for equity. A non-intrusive approach that does not prescribe such limitations is likely to provide sufficient flexibility to allow the most suitable of a range of possibilities to be chosen for a particular debtor."*³¹⁰

4.2.2.2 VOORLEGGING VAN DIE PLAN

Wat betref die voorlegging van die plan, is daar twee uiters belangrike aspekte waaraan oorweging geskenk moet word.³¹¹ Eerstens die stadium tydens die verrigtinge wanneer die plan voorgelê moet word en tweedens die persoon of persone wie gemagtig sal wees om 'n plan voor te lê.³¹²

Wanneer die plan voorgelê word, sal afhang van die doelstellings van die proses of die manier waarop die besigheidsredding 'n aanvang neem.³¹³ Daar is jurisdiksies wat voorsiening maak vir die voorlegging van 'n reddingsplan tesame met die aansoek vir die aanvang van die prosedure.³¹⁴ Die nadeel van hierdie benadering is dat die skuldenaar se vermoë om aansoek te kan doen om die proses aanhangig te maak en dus spoedige verligting te bekom, uitgestel word.³¹⁵ Dit is verder belangrik om in gedagte te hou dat waar die skuldeisers en ander rolspelers nie 'n geleentheid gebied is om insae ten aansien van die plan te hê nie, die moontlikheid bestaan dat hulle die plan en die werking daarvan sal verwerp.³¹⁶ Ander jurisdiksies maak op hul beurt weer voorsiening vir onderhandeling met rolspelers en daarna die voorlegging van die

³¹⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 209-210 item 3.

³¹¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 210 item 6.

³¹² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 210 item 6.

³¹³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 210 item 7.

³¹⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 211 item 7.

³¹⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 211 item 7.

³¹⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 211 item 7.

besigheidsreddingsplan, maar eers wanneer die proses reeds 'n aanvang geneem het.³¹⁷ Hierdie is 'n meer buigsame opsie aangesien daar geleentheid is vir konsultasie en onderhandeling om 'n geskikte plan te ontwikkel terwyl die skuldenaar onder die beskerming van die moratorium verkeer.³¹⁸ Weereens sal daar gelet moet word op die moontlikheid van die misbruik van die proses.³¹⁹

Wat betref die persone wie die die plan mag voorlê, bepaal die gids dat die deelnemers aan die proses wel oor verskillende magte en bevoegdhede kan beskik ten aansien van die reddingsplan, afhangend van die manier waarop die insolvensiewetgewing ontwerp is asook die verkillende verpligtinge wat aan die reddingspraktisyn, die skuldenaar en die skuldeisers toegeken word.³²⁰

"In determining which party should be permitted to propose, or which parties are capable of proposing, a plan, a balance may be desirable between the freedom accorded to the different parties to propose a plan (e.g. should all parties be able to propose a plan, should they be able to do so at the same time or should proposal by different parties be sequential and dependant upon the acceptability of a plan proposed) and the restraints necessarily attached to the process in terms of approval (voting) requirements (e.g. should all creditors play a role in formulating a plan they have to approve), time limits for negotiation and proposal, possible amendment of the plan and other procedural considerations."³²¹

4.2.2.3 INHOUD VAN DIE PLAN

Die sukses van die plan hang grootliks af van wat in werklikheid moontlik is en of, op grond van die beskikbare feite en redelike veronderstellings, daar 'n

³¹⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 211 item 7.

³¹⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 211 item 7.

³¹⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 211 item 7.

³²⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 211 item 8.

³²¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 211 item 8. Vir verdere inligting aangaande voorleggings deur verskillende rolspelers sien bl 211 - 214.

waarskynlikheid bestaan dat die plan en die skuldenaar suksesvol sal wees.³²² Daar is twee aspekte wat hiermee in verband staan naamlik, wat die inhoud van die plan behels en die manier waarop die voorstelle in die plan aan die skuldeisers voorgehou en verduidelik gaan word ten einde hulle samewerking te ontlok.³²³

Daar is jurisdiksies wat voorsiening maak vir bepalings aangaande die inhoud van die plan; sommige wetgewing spreek die inhoud aan deur te verwys na algemene kriteria soos byvoorbeeld bepalings wat vereis dat die plan inligting in verband met die skuldenaar se finansiële toestand aan alle betrokke partye verskaf moet word.³²⁴ In ander jurisdiksies word meer spesifieke inligting met betrekking tot die skuldenaar se finansiële toestand in die plan vereis, byvoorbeeld: die balansstate van die skuldenaar, state waarop die kontantvloei van die skuldenaar aangedui word en inligting wat verband hou met die oorsaak van die skuldenaar se finansiële nood.³²⁵

Die voorstelle vervat in die plan sal afhang van die doel van die plan en die omstandighede van die spesifieke skuldenaar.³²⁶ Laasgenoemde kan inligting bevat aangaande onder andere die verskillende klasse van eise, die voortsetting aldan nie van onvoltooide kontrakte, die hantering van huurkontrakte, die hantering van die skuldenaar se bates, die verkoop van beswaarde bates of 'n aanduiding hoe daarmee te werk gegaan sal word, die blootlegging- en

³²² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 214 item 17. "The outcome of the plan rests on what is feasible, that is, whether, on the basis of known facts and circumstances and reasonable assumptions, the plan and the debtor are more likely than not to succeed."

³²³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 214 item 17.

³²⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 215 item 18. "Some laws address the content of the plan by reference to general criteria, such as requirements that the reorganization plan should adequately and clearly disclose to all parties information regarding both the financial condition of the debtor and the transformation of legal rights that is being proposed in the plan, or by reference to minimal requirements, such as that the plan must make provision for payment of certain preferred claims. It should be noted that a plan need not modify or otherwise affect the rights of every class of creditor".

³²⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 215 item 19.

³²⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 215 item 19.

aanvaardingsprosedure ensovoorts.³²⁷ Dit is egter wenslik dat die wetgewing die minimum voorgeskrewe inhoud van die plan identifiseer, met die fokus op die hoofdoelstellings van die plan en die proses van implementasie, eerder as wyd gespesifiseerde en gedetailleerde voorskrifte ten aansien van die plan se inhoud.

328

Dit is nodig dat die plan vergesel word van sekere andere inligting of te wel verdere inligting. Die rede hiervoor is dat die skuldeisers en ander belanghebbende partye, wie moontlik 'n stem oor die plan moet uitbring, nodig het om te weet of die voorgestelde plan moontlik is en dat dit nie op verkeerde aannames gebaseer is nie.³²⁹ Daar moet ook vasgestel word of die plan nie die skuldenaar verder in die skuld gaan dompel nie.³³⁰ Om laasgenoemde rede stel die gids voor dat die plan vergesel word van 'n blootleggingsverklaring waarin daar volledige inligting uiteengesit word, ten einde die betrokke partye die geleentheid te gun om die plan behoorlik te evalueer.³³¹ Ten einde te verseker dat sodanige verklaring geloofwaardig en objektief is, kan dit deur 'n

³²⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 215 item 19. "Information relating to what is proposed by the plan could include, depending upon the objective of the plan and the circumstances of a particular debtor, details of classes of claims; claims modified or affected under the plan and the treatment to be accorded to each class under the plan; the continuation or rejection of contracts that are not fully executed; the treatment of unexpired leases; measures and arrangements for dealing with the debtor's assets (e.g. transfer, liquidation or retention); the sale or other treatment of encumbered assets; the disclosure and acceptance procedure; the rights of disputed claims to take part in the voting and provisions for disputed claims to be resolved; arrangements concerning personnel of the debtor; remuneration of management of the debtor; financing implementation of the plan; extension of the maturity date or a change in the interest rate or other term of outstanding security interests; the role to be played by the debtor in implementation of the plan and identification of those to be responsible for future management of the debtor's business; the settlement of claims and how the amount that creditors will receive will be more than they would have received in liquidation; payment of interest on claims; distribution of all or any part of the assets of the estate among those having an interest in those assets; possible changes to the instrument or organic document constituting the debtor (e.g. changes to by-laws or articles of association) or the capital structure of the debtor or merger or consolidation of the debtor with one or more persons; the basis upon which the business will be able to keep trading and can be successfully reorganized; supervision of the implementation of the plan; and the period of implementation of the plan, including in some cases a statutory maximum period".

³²⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 215 item 20.

³²⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 216 item 23.

³³⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 216 item 23.

³³¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 216 item 23.

gekwalifiseerde professionele persoon opgestel word.³³²

4.2.2.4 GOEDKEURING VAN DIE PLAN

Wanneer die bepalings ten aansien van die goedkeuring van die plan ontwerp word, moet die volgende ingedagte gehou word: welke skuldeisers geregtig sal wees om 'n stem ten opsigte van die plan uit te bring,³³³ of die stem by wyse van klasse skuldeisers gaan geskied,³³⁴ asook die wyse waarop skuldeisers wat nie ten gunste van die plan is, hanteer gaan word.³³⁵

'n Paar onderliggende beginsels in hierdie verband behels: dat skuldeisers slegs aan 'n reddingsplan gebonde gehou kan word indien hulle die geleentheid gegun is om te stem ten opsigte van die plan,³³⁶ dat versekerde skuldeisers apart van onversekerde skuldeisers stem,³³⁷ en dat skuldeisers wat in dieselfde klas val gelyke behandeling ingevolge die plan kry.³³⁸

Die wetgewing behoort die prosedure vir die goedkeuring van die plan uiteen te sit. In sommige jurisdiksies bepaal die wetgewing dat daar 'n spesiale vergadering van skuldeisers gehou word, ten einde hul in staat te stel om oor die

³³² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 216 item 23.

³³³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 217 item 26.

³³⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 217 item 26.

³³⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 217 item 26.

³³⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 217 item 26.

³³⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 217 item 26.

³³⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 217 item 26.

plan te stem.³³⁹ Verder sal die wetgewing gewoonlik voorsiening maak vir die moontlikheid aldan nie vir die gebruik van 'n gevolmagtigde tydens die stemming.

340

4.2.2.5 NIE-GOEDKEURING VAN DIE PLAN

Die gids stel verder voor dat die wetgewing voorsiening moet maak vir die terugverwysing van 'n reddingsplan in die geval waar skuldeisers die reg het om te onderhandel ten aansien van die bepalings daarin vervat.³⁴¹ Die doel hiervan is weereens om die skuldeisers 'n geleentheid te gun om deel te neem aan die reddingsproses. Sodanige bepaling moet egter die aantal terugverwysings kan beperk ten einde misbruik te voorkom.³⁴²

Die wetgewing behoort ook te bepaal hoe daar te werk gegaan moet word in die geval waar daar nie tot 'n vergelyk gekom kan word nie.³⁴³ In sommige jurisdiksies word laasgenoemde geïnterpreteer as 'n aanduiding dat die skuldeisers nie ten gunste van die redding is nie en dat die verrigtinge omgeskakel kan word na likwidasieverrigtinge.³⁴⁴ Hierdie benadering sal egter verseker dat die skuldenaar gemotiveer word om 'n aanvaarbare plan voor te lê.

³³⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 218 - 219 item 30. Sien paragraaf 4.2.1 hierbo.

³⁴⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 219 item 30.

³⁴¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 225 item 52. "*Whichever voting mechanism is chosen, it is desirable that the insolvency law be sufficiently flexible to allow a plan submitted for approval to be negotiated by creditors and other parties in interest in the course of the voting procedure with a view to achieving wide support. Where such negotiation is not possible and voting is restricted to the plan as proposed, the chances of achieving approval of that plan may be reduced*".

³⁴² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 219 item 30. "*As with many other provisions of the insolvency law, however, it is desirable that any such an adjournment is available in limited circumstances or at least a limited number of times, with perhaps time limits being included to facilitate speedy resolution of the renegotiations and avoid abuse*".

³⁴³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 225 item 53.

³⁴⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 225 item 53.

³⁴⁵ Daarteenoor bepaal die wetgewing in ander jurisdiksies dat die reddingsproses gestaak word, wat die skuldenaar steeds in 'n finansiële noodtoestand laat en veroorsaak dat die onvermydelike likwidasieverrigtinge slegs uitgestel word.³⁴⁶

Wat betref die bekragtiging van die plan deur die hof, vereis nie alle jurisdiksies dat 'n plan wat deur die voorgeskrewe meerderheid skuldeisers goedgekeur is, ook deur die hof goedgekeur moet word nie.³⁴⁷ In ander jurisdiksies sal die plan nie bindend wees tot en met die bekragtiging daarvan nie.³⁴⁸ Waar die wetgewing egter voorsiening maak vir bekragtiging, bestaan die moontlikheid dat ander partye die goedkeuring daarvan sal uitdaag en moet dit dus ook die moontlike partye wat sodanige uitdaging sal kan maak duidelik identifiseer.³⁴⁹ Volgens die gids bestaan daar stelsels wat die gronde vir die bogenoemde uitdagings uiteensit.³⁵⁰ Voorbeelde van hierdie gronde sluit in: waar die goedkeuring van die plan op 'n bedrieglike wyse verkry is,³⁵¹ waar daar onreëlmatighede ten aansien van die stemprosedure was,³⁵² en dat die voorstelle vervat in die plan vir 'n onbehoorlike doel ingevoeg is of dat die plan in

³⁴⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 225 item 53. "*This approach may encourage debtors to propose an acceptable plan, subject to safeguards to prevent abuse in cases where liquidation is not in the interests of all creditors*".

³⁴⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 225 item 53. "*Other insolvency laws provide that the reorganization proceedings should be dismissed. In many circumstances, this approach has the disadvantage of leaving the debtor in a state of financial difficulty, where further debts may accrue and the value of the assets diminish, and postponing the commencement of the liquidation proceedings that may be inevitable*".

³⁴⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 226 item 56.

³⁴⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 226 item 56.

³⁴⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 227 item 57.

³⁵⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 226 item 58.

³⁵¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 227 item 58. "...e.g. false or misleading information was given to creditors and other parties in interest or material information was withheld with respect to the reorganization plan or the financial affairs of the debtor".

³⁵² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 227 item 58. "...e.g. related persons participated where this is not permitted under the insolvency law or the resolution approving the plan was not consistent with the interests of creditors generally".

stryd is met die reg of selfs dat die plan nie haalbaar is nie.³⁵³

4.2.2.6 EFFEK VAN 'n GOEDGEKEURDE PLAN

Waar die plan deur die voorgeskrewe meerderheid van skuldeisers goedgekeur is, bepaal die wetgewing in meeste jurisdiksies dat die plan bindind op alle gewone, onversekerde skuldeisers of te wel konkurrente skuldeiseisers sal wees.

³⁵⁴ In sommige gevalle word daar bepaal dat die plan ook bindind is op die direksie van die maatskappy en ander rolspelers.³⁵⁵

Laasgenoemde is veral van belang in jurisdiksies waar die wetgewing bepaal dat diegene wat gebonde is aan die plan, nie die hof kan nader vir 'n likwidasiebevel of enige ander regsverrigtinge ter afdwinging teen die skuldenaar nie.³⁵⁶

4.3 DIE GEVOLGE VAN DIE REDDINGSPROSES

4.3.1 MORATORIUM

"Essential objectives of an effective insolvency law are protecting the value of

³⁵³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 227 item 58. "...e.g. encumbered assets are required for successful implementation of the plan, but secured creditors are not bound by the plan and no agreement has been reached with relevant secured creditors concerning enforcement of their security interests".

³⁵⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 229 item 64.

³⁵⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 229 item 64.

³⁵⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 229 item 64. "Some insolvency laws stipulate that the parties who are bound will be prevented from applying to the court to have the debtor liquidated (except in specific circumstances, such as where implementation fails or the debtor fails to perform its obligations as required under the plan), to start or continue legal proceedings against the debtor or to pursue enforcement without approval of the court".

the insolvency estate against diminution by the actions of the various parties to insolvency proceedings and facilitating administration of those proceedings in a fair and orderly manner. The parties from whom the estate needs the greatest protection are the debtor and its creditors."³⁵⁷

Een van die fundamentele beginsels van insolvensiereg is dat insolvensieverrigtinge 'n kollektiewe proses is, wat vereis dat die belange van al die skuldeisers teen die individuele optrede van een van hulle beskerm word.³⁵⁸

Om hierdie rede het verskeie jurisdiksies 'n meganisme in hul insolvensieregstelsels gevoeg ten einde die waarde van die insolvente boedel te beskerm, deur nie net te verhoed dat skuldeisers aksie instel teen die skuldenaar nie, maar ook aksies wat reeds aanhangig is vir die duur van die verrigtinge op te skort.³⁵⁹

Die mees algemene wyse waarop die boedel van die skuldenaar dus teen bogenoemde beskerm kan word, is volgens die gids, by wyse van 'n moratorium. Alhoewel die gids eerder verwys na 'n "*stay*".³⁶⁰

Die moratorium in reddingsprosedures speel 'n belangrike rol. Dit fasiliteer die voortgesette werking van die skuldenaar se besigheid, dit verskaf die nodige blaaskans aan die skuldenaar ten einde hom geleentheid te bied om sy sake te kan herstruktureer asook 'n kans om 'n reddingsplan te ontwikkel en te implimenteer.³⁶¹

Soos in ander gevalle behoort daar in hierdie verband ook 'n balans getref te word:

"The immediate benefits that accrue to the debtor by having a broad stay quickly imposed to limit the actions of creditors will need to be balanced against the longer-term benefits that are derived from limiting the degree to which the stay interferes

³⁵⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 83 item 25. Weens die beperkte omvang van die studie sal daar in hierdie bespreking slegs op die moratorium gefokus word.

³⁵⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 83 item 26.

³⁵⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 83 item 26. "*Many insolvency laws include a mechanism to protect the value of the insolvency estate that not only prevents creditors from commencing actions to enforce their rights through legal remedies during some or all of the period of the liquidation or reorganization proceedings, but also suspends actions already under way against the debtor*".

³⁶⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 83 item 26. Daar word ook verwys na 'n *suspension*, vir doeleindes van hierdie bespreking sal daar egter slegs na die term moratorium verwys word.

³⁶¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 84 item 28.

*with contractual relations between debtors and creditors, especially secured creditors.*³⁶²

Die omvang van die moratorium is natuurlik ook van belang, op welke verrigtinge is dit van toepassing en op watter nie? In sommige jurisdiksies is die toepassing van die moratorium baie wyd en sluit dit bykans alle remedies en verrigtinge teen die skuldenaar en sy bates in.³⁶³ In ander jurisdiksies word sekere aksies egter uitgesluit by die werking van die moratorium soos byvoorbeeld skuldvergelykingsaksies, openbare belangaksies ens.³⁶⁴

Volgens die gids word hangende gedinge ingesluit by die werking van die moratorium juis omdat die reddingspraktisyn nodig het om al sy aandag te wy aan die rehabilitasie van die skuldenaar en kan hy dus nie ook aksies teen die skuldenaar teenstaan nie.³⁶⁵

Verder van belang is dat die gids ook in sekere omstandighede wel voorsiening maak vir magtiging deur die hof om met aksies teen die skuldenaar voort te gaan.³⁶⁶ 'n Ander interessante benadering wat ook gemeld word, behels die voortsetting van aksies teen die skuldenaar, sonder verlof van die hof, maar dat die moratorium die afdwinging van enige bevel, wat deur die hof gemaak word in die verband, verhoed.³⁶⁷

Die laaste belangrike oorweging in die verband behels die argumente rakende

³⁶² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 84 item 29.

³⁶³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 84 item 30; Burdette 2004: 418.

³⁶⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 86 item 35; Burdette 2004: 418. *"This needs to be done in order to ensure transparency and predictability"*.

³⁶⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 85 item 33. *"One of the reasons for including continuation of proceedings within the scope of the stay is that the need for the insolvency representative to become involved in ongoing cases (where the debtor is divested of control) can distract and divert resources away from its task of administering the estate"*.

³⁶⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 86 item 33.

³⁶⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 86 item 34.

die aanvang van die moratorium, naamlik of die moratorium outomaties inwerking moet tree en of die moratorium by wyse van 'n diskresionêre aansoek inwerking behoort te tree.³⁶⁸ Daar bestaan verskeie faktore en ander oorwegings wat bogenoemde beïnvloed soos byvoorbeeld of daar toegang is tot 'n onafhanklike regbank met insolvensie-ervaring.³⁶⁹ Deur 'n party te dwing om aansoek te doen by die hof sodat die hof sy diskresie kan uitoefen kan tot gevolg hê dat elke spesifieke geval 'n unieke moratorium het, welke moratorium aan die unieke behoeftes van die skuldenaar kan voldoen.³⁷⁰ Die gids dui egter tereg aan dat die nadeel van hierdie benadering veral geleë is in: die tydsverloop terwyl die hof die relevante feite oorweeg,³⁷¹ en die onvoorspelbare situasie wat geskep word vir skuldeisers en ander partye wat dalk mag aansoek doen.³⁷²

'n Alternatiewe benadering behels dat die wetgewing voorsiening maak vir 'n outomatiese moratorium, maar slegs vir sekere aksies:

"An alternative approach that minimizes delay, helps to maximize the value of the assets and ensures that the insolvency proceedings are fair and ordered as well as transparent and predictable might be to provide for the stay to apply automatically to specified actions (either on application or commencement of proceedings), with the possibility of extension of the stay to other action at the discretion of the court."³⁷³

4.4 DIE BEËINDIGING VAN DIE REDDINGSPROSES

³⁶⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 88 item 41.

³⁶⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 88 item 41. *"Local policy concerns and factors, such as the availability of reliable financial information and the ability of the debtor and creditors to access an independent judiciary with insolvency experience, may affect the decision on this issue"*.

³⁷⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 89 item 41. *"Application of the stay on a discretionary basis may allow the stay to be tailored to the needs of the specific case (as regards the debtor, its assets and its creditors and the time of application and duration of the stay) and avoid both unnecessary applications of the stay and unnecessary interference with the rights of secured creditors"*.

³⁷¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 89 item 41.

³⁷² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 89 item 41.

³⁷³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 89 item 42.

Dit mag soms nodig wees vir die reddingsprosedure om omgeskakel te word na likwidasiEVERRIGTINGE. Omstandighede waarin dit nodig mag wees om die reddingsproses te beëindig sluit in: versuim om 'n besigheidsreddingsplan voor te stel of te aanvaar,³⁷⁴ 'n wesenlike versuim van sy verpligtinge onder die plan deur die skuldenaar,³⁷⁵ waar daar vasgestel is dat daar geen redelike waarskynlikheid bestaan dat die redding van die skuldenaar suksesvol sal wees nie,³⁷⁶ waar dit duidelik word dat die skuldenaar die proses misbruik deurdat daar geen samewerking met die hof of die insolvensiepraktisyn plaasvind nie,³⁷⁷ waar die besigheid steeds verlies lei of waar dit duidelik is dat die administrasiekoste nie betaal kan word nie.³⁷⁸ Om hierdie rede is dit noodsaaklik dat die insolvensiewetgewing voorsiening maak vir 'n duidelike prosedure vir die omskakeling na likwidasiEVERRIGTINGE.³⁷⁹

Volgens die gids is die insolvensiepraktisyn die aangewese persoon om aansoek te doen vir die omskakeling na likwidasie, aangesien hy die meeste inligting tot sy beskikking het en reeds op 'n vroeë stadium kan vasstel of die skuldenaar nog vatbaar is vir redding aldan nie.³⁸⁰ Daar behoort steeds 'n moontlikheid te bestaan dat die skuldeisers en ander belanghebbendes die hof kan nader ten einde 'n omskakeling te bewerkstellig.³⁸¹

5. GEVOLGTREKKING EN SAMEVATTING

Sover dit die besigheidsreddingsproses betref, is daar verskeie veranderinge deur die 2008 Wet aangebring. Of hierdie veranderings werklik verbeterings

³⁷⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 232 item 72.

³⁷⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 232 item 72.

³⁷⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 232 item 72.

³⁷⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 232 item 72.

³⁷⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 232 item 73.

³⁷⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 232 item 72.

³⁸⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 233 item 75.

³⁸¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 233 item 75.

daarstel, sal slegs uit die gebruik van die nuwe prosedure vasgestel kan word. Daar kan egter gepoog word om die veranderinge te identifiseer en die moontlike effektiwiteit daarvan te evalueer aan die hand van goeie besigheidspraktyke sowel as internasionale standaarde.

Die eerste groot wysiging hou verband met die vermindering van hofbetrokkenheid in die aanvang van die reddingsproses. Alhoewel die hof minder betrokke behoort te wees, hang dit steeds van die hof se diskresie af by die bring van 'n aansoek deur 'n geaffekteerde persoon.³⁸² Die afleiding kan derhalwe gemaak word dat die hof slegs in 'n mindere mate betrokke gaan wees by ondernemingsredding as by sy voorganger, geregtelike bestuur.

'n Verdere verandering is daarin geleë dat daar ingevolge die 2008 Wet twee aanvangstandaarde vir die reddingsproses bestaan. Daarteenoor het geregtelike bestuur slegs voorsiening gemaak vir een standaard ongeag daarvan wie die applikant is. Ingevolge die 2008 Wet bestaan daar een aanvangstandaard vir inisiasie deur die skuldenaar self en 'n ander vir wanneer 'n geaffekteerde persoon die hof nader om 'n ondernemingsreddingsbevel. Die standaard vir die aanvang van die redding deur die skuldenaar self is meer buigsaam en bevorderlik vir 'n vinniger reaksie op finansiële noodsituasies. Laasgenoemde is ook inlyn met die internasionale standaard soos vervat in die UNCITRAL-gids. Soos reeds genoem, is dit een van die doelstellings van 'n reddingsprosedure om 'n raamwerk daar te stel wat die skuldenaar sal aanmoedig om die finansiële nood so gou as moontlik aan te spreek sodat die besigheid tot almal se voordeel kan voortduur.³⁸³

Wat betref die aanvang deur geaffekteerde persone, is dit nodig om te meld dat die partye wat aansoek mag doen om 'n reddingsbevel aansienlik uitgebrei is. Werknemers, veral, het baie meer regte in hierdie verband ingevolge die 2008

³⁸² 71/2008: art 131.

³⁸³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 53 item 46; Bradstreet 2011: 379. *"To be effective, a legislative reorganisation procedure should be accesible and it is appropriate that the legislation should not erect too high a set of hurdles in the way of companies accesing the procedure. Entry routes should be swift and significantly clear of blockages"*.

Wet.

Twee verskillende standarde vir die onderskeie partye voldoen aan die riglyne verskaf deur die UNCITRAL-gids. Die gids waarsku egter dat 'n te eenvoudige aanvangstandaard aanleiding kan gee tot misbruik en derhalwe behoort daar 'n balans getref te word:

"...it may be desirable that the insolvency law focuses upon discouraging improper use rather than making commencement more difficult to the potential detriment of all eligible applicants".³⁸⁴

'n Verdere belangrike oorweging wat die aanvang van die proses betref, is die presiese tydstip wanneer die verrigtinge 'n aanvang neem. Die tydstip is belangrik aangesien verskeie gebeure afhang daarvan soos byvoorbeeld die moratorium. Wanneer die verrigtinge 'n aanvang verskil indien die verrigtinge op verskillende maniere geïnisieer is. Die besluit deur die maatskappy en 'n bevel deur die hof uit eie beweging skep geen probleme nie, terwyl die bepalings oor wanneer die verrigtinge 'n aanvang neem in die geval van 'n aansoek deur 'n geaffekteerde persoon onduidelik is. Artikel 132 bepaal dat die verrigtinge amptelik 'n aanvang neem wanneer die applikant die aansoek bring.³⁸⁵ Die interpretasie van hierdie bepaling gaan uiters baie probleme skep. Die bepaling is dubbelsinnig en kom in effek daarop neer dat die verrigtinge al by die liassering van die stukke 'n aanvang neem, alhoewel die hof nog nie 'n besluit in die verband geneem het nie. Dit is 'n sinnelose bepaling indien dit vereis dat die hof oortuig moet word van sekere omstandighede alhoewel die oortuiging nie nodig is nie aangesien die verrigtinge reeds begin het. 'n Sinvolle aanbeveling in hierdie verband sou wees om die bepaling te wysig ten einde dit te laat bepaal dat die verrigtinge eers 'n aanvang neem wanneer die hof so gelas.

Die 2008 Wet het nie weggedoen met die vereiste kennisgewings aan belanghebbende partye nie, intendeel indien 'n maatskappy versuim om die nodige kennis te gee, sal die ondernemingsredding as nietig beskou word. Volgens die UNCITRAL-gids verseker kennis aan belanghebbendes

³⁸⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 54 item 47.

³⁸⁵ 71/2008: art 132(1)(b).

deursigtigheid en is dit dus 'n sleutelement van 'n goeie reddingsproses. Die gids stel dit duidelik dat tyd 'n baie belangrike rol speel by kennisgewings. Goeie aanbevelings hier behels: i) in die geval waar die skuldenaar die proses aanhangig maak behoort die skuldeisers eers by die aanvang van die verrigtinge in kennis gestel word, maar die proses moet nie van so aard wees dat dit onnodiglik sloer nie; ii) waar skuldeisers die proses inisieer behoort daar ingedagte gehou te word dat die skuldenaar 'n reg op onmiddellike kennis van die verrigtinge het, maar daar moet gewaak word teen vervreemding van bates deur die skuldenaar en derhalwe behoort daar ook veiligheidsmaatreëls in die bepalings gevoeg te word.

Wat die verloop van die proses betref het die 2008 Wet nie veel verander aan die aanvanklike ondersoek wat deur die praktisyn uitgevoer moes word of die vergaderings van skuldeisers nie. Die vergadering ingevolge artikel 148 van werknemers of hul verteenwoordigers is egter 'n nuwe verskynsel in die besigheidsreddingsmodel.³⁸⁶ Die bepalings aangaande bogenoemde blyk inlyn te wees met die internasionale standaard soos uiteengesit in die UNCITRAL-gids en die howe kan hul gerus wend tot die riglyne daarin vervat, wanneer dit by die interpretasie of uitleg van die bepalings kom.

Die ondernemingsreddingsplan is egter een van die groot verbeteringe ten aansien van die Suid-Afrikaanse reddingsmodel. Soos reeds genoem is daar tydens die verloop van die geregtelike bestuursproses 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.³⁸⁷ Deurdat 'n besigheidsreddingsplan voorgestel, aanvaar en geïmplimenteer moet word, kan die herstrukturering van die skuldenaar vinniger volvoer word en is daar die bykomende voordeel dat sekerheid ten opsigte van die uitslag van die

³⁸⁶ 71/2008: art 148.

³⁸⁷ Burdette 2004: 438. *"One of the drawbacks of judicial management is that the judicial manager is required to trade the ailing business out of trouble until all its creditors have been paid, and the business is once again a viable, solvent entity"*; 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"*.

redding vir al die betrokke partye geskep word.³⁸⁸ Alhoewel die vereiste van 'n reddingsplan 'n groot verbetering daarstel, is daar wel haakplekke ten aansien van die inhoud daarvan geïdentifiseer. Aangesien die 2008 Wet gedetailleerde voorskrifte bevat van elke item wat by die inhoud van die plan ingesluit behoort te word, vorm die plan op sigself 'n struikelblok vir die redding van die maatskappy. 'n Goeie aanbeveling kan gevind word in die UNCITRAL-gids wat voorstel dat die wetgewing die minimum voorgeskrewe inhoud van die plan moet identifiseer, met die fokus op die doelstellings van die plan en die implimentering daarvan, maar dat die res van die inhoud meer buigsaam is en dus deur die praktisyn aangepas behoort te kan word na gelang van die geval.

Die nuwe ondernemingsreddingsprosedure maak, soos sy voorganger geregtelike bestuur, voorsiening vir 'n algemene moratorium ten aansien van geregtelike stappe en afdwingingsaksies teen die maatskappy. 'n Moratorium is 'n wesenlike element van 'n reddingsmodel:

"The moratorium, however, provides the essential breathing space for the company to reorganise which is in the interest of the creditors".³⁸⁹

Verder beskerm die moratorium die belange van skuldeisers teen die individuele optrede deur een van hulle. Volgens die UNCITRAL-gids speel 'n moratorium 'n belangrike rol. Dit fasiliteer die voortgesette werking van die skuldenaar se besigheid, dit verskaf die nodige blaaskans aan die skuldenaar ten einde hom geleentheid te bied om sy sake te kan herstruktureer asook 'n kans om 'n reddingsplan te ontwikkel en te implimenteer.³⁹⁰

Die eerste groot verandering is egter geleë in die feit dat daar ingevolge die 1973 Maatskappywet by die verlening van 'n voorlopige geregtelike bestuursbevel deur

³⁸⁸ Burdette 2004: 438. *"By introducing the proposal, acceptance and implementation of a business rescue plan, the reorganisation of a debtor can be brought to finality a lot sooner, with the added advantage that it creates certainty for all the parties involved as to what the outcome of the business rescue will be once a plan has been accepted and implemented".*

³⁸⁹ Kloppers 1999: 430; 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".*

³⁹⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 84 item 28.

die hof besluit moes word of daar 'n moratorium toegestaan gaan word aldan nie. In die 2008 Wet vorm die moratorium outomaties deel van die reddingsproses. 'n Belangrike probleem ten aansien van die outomatiese aanvang van die moratorium hou verband met die onsekerheid oor wanneer die verrigtinge ingevolge 'n artikel 131-aansoek 'n aanvang neem, 'n sinvolle aanbeveling in hierdie verband behels 'n tussentydse moratorium. Volgens die UNCITRAL-gids kan die outomatiese inwerkingtrede van die moratorium veroorsaak dat die maatskappy die moontlike voordeel van 'n unieke moratorium, soos deur die hof ontwikkel en toegestaan, verbeur. Daar is egter te veel nadele ten aansien van tydsverloop deur te vereis dat die hof alle relevante feite moet oorweeg ten einde 'n geskikte moratorium te ontwikkel. Die oplossing is dus geleë in die outomatiese inwerkingtrede van die moratorium vir sekere aksies terwyl die hof steeds by magte is om die moratorium se omvang te verbreed. In hierdie opsig blyk dit dat die 2008 Wet inlyn met die internasionale standaard is, aangesien die omvang van die moratorium duidelik uiteengesit word, deurdat daar melding gemaak word van die verrigtinge waarop die bepalings van toepassing is, sowel as die uitsonderingsgevalle. Let daarop dat likwidasierigtinge teen die maatskappy nie onder die uitsonderingsgevalle gereken word nie en kan 'n belanghebbende dus steeds voortgaan met die bring van 'n likwidasierigting, nadat die verrigtinge 'n aanvang geneem het. Deur 'n skuldeiser of ander belanghebbende persoon toe te laat om aansoek te mag doen vir die likwidasierigting van die maatskappy onder ondernemingsredding behoort nie toegelaat te word tot en met die beëindiging van die reddingsverrigtinge nie. Die maatskappy behoort 'n regverdige kans gegun te word om te rehabiliteer van die ongunstige finansiële toestand waarin dit verkeer.

Wat die beëindiging van die proses betref is daar nie veel veranderinge aangebring nie en maak die nuwe reddingsproses ook voorsiening vir die gevalle waar die redding suksesvol is, sowel as die gevalle waar die verrigtinge omgeskakel moet word in likwidasierigtinge. Volgens die gids is die insolvensiepraktisyn die aangewese persoon om aansoek te doen vir die

omskakeling na likwidasie, aangesien hy die meeste inligting tot sy beskikking het en reeds op 'n vroeë stadium kan vasstel of die skuldenaar nog vatbaar is vir redding aldan nie.³⁹¹ Daar behoort steeds 'n moontlikheid te bestaan dat die skuldeisers en ander belanghebbendes die hof kan nader ten einde 'n omskakeling te bewerkstellig.³⁹²

In watter mate die nuwe prosedure vir ondernemingsredding effektief gaan verloop sal afhang van verskeie faktore onder andere die hof, die maatskappy, die reddingspraktisyn en ander belanghebbendes, maar sal in werklikheid eers gemeet kan word nadat daar 'n paar suksesvolle en onsuksesvolle reddings volvoer is.

³⁹¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 233 item 75.

³⁹² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 233 item 75.

HOOFSTUK 6

DIE GEREGETELIKE BESTUURDER EN ONDERNEMINGSREDDINGSPRAKTISYN

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 DOELSTELLINGS

Een van die belangrikste rolspelers in die besigheidsreddingsprosedure is die persoon wat die beheer en bestuur van die maatskappy oorneem. In die 1973 Wet word daar na die persoon as die geregetelike bestuurder verwys.¹ Die 2008 Wet verwys na die persoon as die ondernemingsreddingspraktisyn.²

Die hoofstuk het derhalwe ten doel om die belangrikste fasette van hierdie rolspeler te ondersoek en te ontleed.

1.2 WERKSWYSE

In hierdie hoofstuk word daar ondersoek ingestel na die kwalifikasies van die reddingspraktisyn,³ wat onder andere insluit sy kennis en ondervinding op die gebied. Sy bevoegdhede en die verpligtinge wat hom opgelê word, sal ook ontleed word. Daar sal gekyk word na die vergoeding wat aan hom betaal mag word asook die kwessie rakende die verskaffing van sekuriteit en laastens of hy enige persoonlike aanspreeklikheid kan opdoen en indien wel, onder watter omstandighede?

Beide die geregetelike bestuurder⁴ sowel as die ondernemingsreddingspraktisyn

¹ Maatskappywet 61/1973.

² Maatskappywet 71/2008.

³ Daar sal telkens na "reddingspraktisyn" verwys word as die algemene term vir beide die geregetelike bestuurder en die ondernemingsreddingspraktisyn.

⁴ Vir doeleindes van hierdie bespreking sal die term "geregetelike bestuurder" na die voorlopige sowel as die finale geregetelike bestuurder verwys.

sal onder hierdie indelings hanteer word. Daar sal deurgaans melding gemaak word van die Verenigde Nasies se gids ten aansien van insolvensiereg.⁵

2. INLEIDING

Die begrip "insolvensiepraktisyn" is in die Suid-Afrikaanse konteks baie wyd en verwys na verskeie persone, alhoewel dit geensins in 'n wet gedefinieer word nie.

⁶ Die benaming verwys na 'n redelik uiteenlopende groep amptenare wat onder andere insluit: voorlopige en finale kurators in die geval van gesekwestreerde boedels, voorlopige en finale likwidaateurs van maatskappye en beslote korporasies en die voorlopige en finale geregtelike bestuurders in die geval van maatskappye onder geregtelike bestuur.⁷

Vir doeleindes van hierdie bespreking word daar slegs op die reddingspraktisyn gefokus. In die bogenoemde geval sou dit die geregtelike bestuurder wees wie ingevolge die 1973 Maatskappywet aangestel word om die beheer van die maatskappy oor te neem.⁸

Geregtelike bestuurder is slegs een van baie name wat al aan hierdie amp gegee is. Besigheidsadministrateur, "*turnaround manager*" en maatskappydokter is nog van hierdie name. Die mees onlangse toevoeging kan gevind word in die 2008 Maatskappywet wat hierna verwys as die ondernemingsreddingspraktisyn.⁹

Volgens die Engelse Cork-verslag hang die sukses van 'n insolvensieregsisteem grootliks af van die persone wat dit administreer.¹⁰ In die geval van besigheidsredding: die reddingspraktisyn. Finch maak die volgende stelling aangaande die belangrikheid van 'n goeie reddingspraktisyn:

⁵ United Nations Commission on International Trade Law : *Legislative Guide on Insolvency Law*.

⁶ Loubser 2007: 123.

⁷ Loubser 2007: 123.

⁸ Maatskappywet 61/1973: art 429 en 430.

⁹ Maatskappywet 71/2008: art 128(1)(d). "'ondernemingreddingspraktisyn' 'n persoon wat ingevolge hierdie Hoofstuk aangestel is, of twee of meer persone wat gesamentlik aangestel is, om toesig te hou oor 'n maatskappy gedurende ondernemingreddingsverrigtinge en 'praktisyn' het 'n ooreenstemmende betekenis."

¹⁰ Bradstreet 2010: 201. "*The success of an insolvency regime is heavily dependent on those who administer it.*"

*"A key aspect of a good rescue regime is a propensity to bring expertise to bear in making commercial or financial judgments and in devising strategies that advert to all creditor interests."*¹¹

'n Bespreking van hierdie belangrike figuur in die besigheidsreddingsproses sal nou volg.

3. "SKULDENAAR IN BESIT" TEENoor DIE VERVANGING VAN DIE BESTUUR

Daar bestaan twee benaderings by besigheidsredding ten aansien van die bestuur van die maatskappy. Die eerste benadering behels die behoud van die bestuur van die maatskappy in die noodomstandighede.¹² Dit wil sê dat die persone wat *bona fide* in bestuur van die maatskappy staan, voortgaan om dit te bestuur asof dit glad nie onder enige vorm van administrasie verkeer nie.¹³

Sodanige benadering staan bekend as die "skuldenaar in besit"- benadering.¹⁴ UNCITRAL se gids ten aansien van insolvensiereg definieer die benadering as 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."*¹⁵

Hierdie benadering word deur die Verenigde State van Amerika nagevolg en word in hoofstuk 11 van die Amerikaanse "*Bankruptcy Code*" vervat.¹⁶

Die tweede benadering kan egter gevind word by die geregtelike bestuursmodel ingevolge die 1973 Maatskappywet wat voorsiening maak vir die verwydering van die bestuur van enige persoon wanneer die voorlopige geregtelike bestuurder

¹¹ Finch 2005: 385.

¹² 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."*

¹³ Bradstreet 2010: 199.

¹⁴ Bradstreet 2010: 199. *"...approach of 'debtor in possession' which allows for the bona fide management of the company to continue as if it were not under any form of administration."*

¹⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 5 item 2(I).

¹⁶ Kinsler 1997: 150; Bradstreet 2010: 199.

aangestel word.¹⁷ Die geregtelike bestuurder sal die beheer van die maatskappy en die bates van die maatskappy tydens die duur van die moratorium en die reddingsplan oorneem.¹⁸

Die "skuldenaar in besit"-benadering hou sekere probleme in soos die feit dat die direksie van 'n maatskappy 'n groter gaping vir misbruik het,¹⁹ aangesien die direkteure die maatskappy onder administrasie kan plaas en dus verligting kan kry by wyse van 'n moratorium ten aansien van skuldeisers, maar steeds in beheer van die maatskappy kan bly.²⁰ Verder behoort daar in gedagte gehou te word dat die direksie wat agter bly dieselfde persone is wat die maatskappy in finansiële nood glei het.²¹ Die UNCITRAL-gids stel in hierdie situasie onder andere as die oplossing voor dat die skuldenaar op 'n gereelde basis verslag aan die hof moet doen oor die vordering wat deur die maatskappy gemaak word.²²

Die 2008 Maatskappywet skep 'n nuwe, interessante benadering deurdat die ondernemingsreddingspraktisyn die beheer van die maatskappy oorneem,²³

¹⁷ 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."

¹⁸ Kloppers 1999: 430.

¹⁹ Kloppers 1999: 430.

²⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 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."

²¹ 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".

²² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 166 item (c)17. "Some of these difficulties may be mitigated by adopting certain protections such as a requirement that the debtor report regularly on the conduct of the proceedings to the court; permitting the court, in certain circumstances, to appoint an insolvency representative to supervise the debtor; giving the creditors a significant role in supervising or overseeing the debtor; or providing for conversion of the proceedings to liquidation."

²³ 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."

maar dat die direkteure steeds hulle pligte uitoefen onder sy toesig en dus nie totaal van alle bestuursverpligtinge ontnem word nie.²⁴

Bradstreet is onseker of die bewoording van die Wet neerkom op 'n totale ontneming van bestuursbevoegdhede vir sover dit die direksie betref.²⁵ Die Praktyksnotas van die derde King verslag som egter die situasie sinvol op:

*"Although the commencement of a business rescue proceeding (whether it be voluntary or compulsory) effectively replaces the management of a company with a business rescue practitioner, it is important to note that the pre-existing management of the company is not completely displaced in that it will still function as such during the business rescue procedure, albeit under the authority of the practitioner. Despite the business rescue practitioner taking over control of the company, the company's pre-existing management will still be obliged to function as such under the strict instructions of the practitioner."*²⁶

Alhoewel die bestuur van die maatskappy onder die toesig van die ondernemingsreddingspraktisyn funksioneer, berus die beslissende beheer oor die bestuur steeds by die praktisyn.²⁷

Die keuse tussen die twee benaderings is nie óf die een óf die ander nie, aangesien daar verskillende grade van bestuursvervanging bestaan.²⁸ Dit is egter duidelik dat die 2008 Maatskappywet 'n definitiewe verskuiwing vanaf die vervangingsbenadering maak, alhoewel die maatskappy wat ondernemingsredding ondergaan steeds nie as 'n "skuldenaar in besit" beskou

²⁴ 71/2008: art 137(2)(a)-(c). "Tydens 'n maatskappy se ondernemingsreddingsverrigtinge—(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."

²⁵ Bradstreet 2010: 199. *"It is not clear whether the words 'in substitution' imply a complete divestment"*

²⁶ King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding: 13.

²⁷ Bradstreet 2010: 200. *"This would imply that, although management remain in place to be merely overseen by the practitioner, the practitioner is the one with ultimate control over the management of the business."*

²⁸ Bradstreet 2010: 200; UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 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."*

kan word nie.²⁹

UNCITRAL verskaf ook aanbevelings vir moontlike probleme ten aansien van hierdie benadering, soos byvoorbeeld dat daar duidelike reëls moet bestaan oor beide die skuldenaar en die praktisyn se onderskeie take.³⁰

Die bestuursvervangingsbenadering word in beide die Verenigde Koninkryk sowel as Australië nagevolg.³¹

Daar word aan die hand gedoen dat die nuwe benadering vervat in die 2008 Maatskappywet 'n verbetering op die vorige geregtelike bestuursmodel is. Aangesien die ondernemingsreddingspraktisyn saam met die bestaande bestuur sal werk en daar nie van hom verwag word om eiehandig 'n ommekeer in die maatskappy te weeg te bring nie, verbeter die kanses op sukses.³² Die sukseskoers verbeter aangesien die praktisyn nie onnodiglik tyd hoef af te staan om die geldende prosesse van die maatskappy te leer nie aangesien die bestuur hom met hierdie inligting kan bystaan.³³

Bradstreet som dit as volg op:

"...provision should be made for close co-operation between the practitioner and existing management to take full advantage of the latter's knowledge and experience relating directly to the affairs of their particular company."³⁴

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

²⁹ Bradstreet 2010: 200. Die maatskappy word byvoorbeeld steeds beperk ten aansien van handelinge ten opsigte van die maatskappy se bates.

³⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 164 item (b)11. " *This approach may need to be supported by relatively precise rules to ensure that the division of responsibility between the insolvency representative and the debtor is clear and that there is certainty as to how the reorganization will proceed.*"

³¹ Bradstreet 2010: 199.

³² Salant 2010: Jan/Feb. " *Rather the practitioner will work with the management structures already in place. This factor vastly increases the probability of a successful business rescue as the practitioner will not be expected to single handedly turn the company around, but will be able to use resources familiar with the operational requirements of the company, saving time for the practitioner to spend on the actual rescue, as opposed to wasting time on getting acquainted with internal company procedures.*"

³³ Salant 2010: Jan/Feb.

³⁴ Bradstreet 2010: 208.

samewerking teenproduktiwiteit sal meebring.³⁵ Die negatiewe implikasies wat deur die bestuur se betrokkenheid veroorsaak kan word blyk duidelik in die *Pinnacle Point*-saak waar die reddingspoging deur die direksie ondermyn is.³⁶ In die laasgenoemde geval sou dit beter wees indien die praktisyn die hele bestuur vervang, in welke geval die praktisyn se bestuursvaardighede weereens in die kollig sal wees.³⁷

4. KWALIFIKASIES EN VEREISTES

Die kwalifikasies van persone wat as reddingspraktisyns aangestel kan word sowel as die vereistes waaraan hulle moet voldoen, is nog altyd 'n belangrike punt van bespreking.

Menigte kenners op die gebied het al te kenne gegee dat hierdie aspekte 'n groot rol te speel gehad het in die mislukking van geregtelike bestuur. So byvoorbeeld het Rajak en Henning die volgende geopper:

"...the role of the judicial manager, despite being invested with considerable powers and apparently designed to carry out functions of considerable public and private significance, lacks statutory regulation laying down suitable provisions for qualification, competence and suitability."³⁸

Nog 'n kontroversiële punt rakende die reddingspraktisyn kan gevind word in die argument dat die verkeerde persone as sodanig aangestel word. Een van die baie punte van kritiek teen die geregtelike bestuursmodel is die feit dat persone wat as likwidadeurs praktiseer as reddingspraktisyns aangestel word.³⁹

³⁵ Bradstreet 2010: 208.

³⁶ *Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd* saaknommer: 12746/2011. Volksblad 28 September 2011: 11.

³⁷ Bradstreet 2010: 208. *"In cases where such management is less than competent, however mandatory co-operation would most likely be counter-productive - then it may be more appropriate for the practitioner to displace the management entirely, in which case the practitioner's managerial ability in particular would again fall under the spotlight"*.

³⁸ Rajak en Henning 1999: 268.

³⁹ Lamprecht 2008: 192. *"...judicial management has historically been seen as an adjunct to liquidation, which has led to many professional liquidators being appointed to act as judicial managers. The objectives and duties of these two functions, however, are diametrically opposed."*

Die probleem lê daarin opgesluit dat dit die reddingspraktisyn (geregtelike bestuurder) se plig is om die maatskappy en die besigheid daarvan in stand te hou en te probeer red. Daarteenoor behels die plig van 'n likwidateur om op te hou handeldryf en die maatskappy se bates so gou as doenlik te verkoop.⁴⁰

Olver stel dit as volg:

*"An essential qualification of a judicial manager should be that he is a good 'on-going business manager.' Such a qualification is not necessary in a liquidator. There have been, and still are, some professional liquidators who have been successful judicial managers but the two fields of endeavor do not lie naturally together."*⁴¹

Bradstreet lig die absurditeit as volg uit:

*"The suggestion that an axe-wielding liquidator would be suitable is particularly worrisome- to appoint a liquidator as a business rescue practitioner may be compared, for the sake of argument, to appointing an executioner to act as a nurse or paramedic."*⁴²

'n Verdere probleem lê in die feit dat Suid-Afrika 'n skuldeiser-vriendelike insolvensieregsisteem het wat mee bring dat die Meester gewoonlik iemand aanstel wie vir die skuldeisers aanvaarbaar is.⁴³ Die gevolge hiervan is dat die skuldeisers by die vergadering van skuldeisers dieselfde persoon wie as geregtelike bestuurder opgetree het as likwidateur sal nomineer sou die verrigtinge oorgaan tot likwidasie.⁴⁴ Hierdie gevolg veroorsaak botsende belange.

Die kwalifikasies van die reddingspraktisyn behoort as versekering te dien vir sy vermoë om die maatskappy te kan red en dus daardeur die skuldeisers se belange te beskerm.⁴⁵

⁴⁰ Lamprecht 2008: 192. *"While the judicial manager's objective is to maintain a business with a view to restoring it to health, a liquidator's objective is to stop trading and to sell assets as soon as possible."*

Olver 1986: 86. Sien ook Kloppers 1999: 424. *"While a judicial manager's objective is to carry on trading to restore the business to prosperity, the liquidator's function is to stop trading and to sell the assets as quickly as possible."*

⁴¹ Olver 1986: 86; Lamprecht 2008: 192.

⁴² Bradstreet 2010: 207.

⁴³ Loubser 2008: 375.

⁴⁴ Loubser 2008: 375.

⁴⁵ Bradstreet.2010: 204.

4.1 VEREISTES INGEVOLGE WETGEWING

4.1.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

Die 1973 Maatskappywet bevat geen spesiale of algemene kwalifikasievereistes vir die aanstelling van 'n geregtelike bestuurder nie.⁴⁶ Daar word wel melding gemaak van sekere eienskappe wat 'n persoon sou diskwalifiseer om as likwidateur aangestel te word. Hierdie bepaling is ook op geregtelike bestuurders van toepassing.⁴⁷

Ingevolge artikel 372 van die Wet word onder andere die volgende persone gediskwalifiseer: 'n insolvent;⁴⁸ iemand wat weens wangedrag deur die hof uit 'n vertrouensamp ontset is of iemand wat onbevoeg verklaar is om 'n direkteur te wees;⁴⁹ 'n regs persoon;⁵⁰ iemand wat te eniger tyd aan diefstal, bedrog, vervalsing of uitgifte van 'n vervalste dokument of meened skuldig bevind en gevonnissen is tot gevangenisstraf sonder die keuse van 'n boete;⁵¹ iemand wat deur middel van wanvoorstelling of 'n beloning, hetsy regstreeks of onregstreeks, iemand oorgehaal het of probeer oorhaal het om vir hom by die benoeming te stem;⁵² iemand wat nie in die Republiek woon nie;⁵³ iemand is wat te eniger tyd gedurende die twaalf maande wat die geregtelike bestuur onmiddellik voorafgegaan het, as direkteur, beampte of ouditeur van daardie maatskappy opgetree het.⁵⁴

⁴⁶ 61/1973; Rajak en Henning 1999: 264.

⁴⁷ 61/1973: art 431(4). "Die bepaling van hierdie Wet met betrekking tot die bewys van eise teen 'n maatskappy wat gelikwedeer word en tot die benoeming en aanstelling van 'n likwidateur van 'n maatskappy is *mutatis mutandis* van toepassing met betrekking tot die bewys van eise teen 'n maatskappy wat onder geregtelike bestuur geplaas is en die benoeming en aanstelling van 'n geregtelike bestuurder van so 'n maatskappy." Sien ook Loubser 2004: 155.

⁴⁸ 61/1973: art 372(a).

⁴⁹ 61/1973: art 372(d).

⁵⁰ 61/1973: art 372(e).

⁵¹ 61/1973: art 372(f).

⁵² 61/1973: art 372(g).

⁵³ 61/1973: art 372(h).

⁵⁴ 61/1973: art 372(i).

Die feit dat daar geen bepalings aangaande kwalifikasievereistes, opleiding of ervaring ten aansien van die geregtelike bestuurder in die Wet vervat word nie, word beskou as een van die bydraende faktore vir die lae sukseskoers van geregtelike bestuur.⁵⁵

Daar word ook nie van geregtelike bestuurders of likwidateurs vereis om enige professionele opleiding te ondergaan of 'n lid van 'n professionele liggaam te wees nie. Laasgenoemde bring mee dat daar geen beheer oor die aktiwiteite van nalatige, oneerlike of onbekwame geregtelike bestuurders uitgeoefen kan word nie.⁵⁶ Dit is dus duidelik dat daar bykans geen regulasie van insolvensiepraktisyns in Suid-Afrika geskied het nie.⁵⁷

Verder is daar nie voorsiening gemaak vir 'n beperking op die aanstelling van geregtelike bestuurders as likwidateurs van die maatskappy nie, met die gevolg dat die situasie soos uiteengesit deur Loubser te voorskyn kom, dat die skuldeisers die geregtelike bestuurder as likwidateur nomineer en dat daar as gevolg hiervan 'n botsing van belange kan voorkom.⁵⁸

4.1.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

In vergelyking met sy voorganger bring die 2008 Maatskappywet 'n groot verbetering aan op die gebied van die praktisyn se kwalifikasies, aangesien die Wet wel sekere kwalifikasies vereis. Trouens, in die Wet word daar 'n hele artikel aan die kwalifikasievereistes van die ondernemingsreddingspraktisyn afgestaan.⁵⁹

Die nuwe kwalifikasievereistes behels onder andere dat die persoon wat as reddingspraktisyn aangestel word: 'n lid van goeie naam is van die regsprofessie

⁵⁵ Loubser 2004: 155.

⁵⁶ Loubser 2004: 156.

⁵⁷ Loubser 2007: 124; Burdette 2004: 429. "*South Africa does not have a formally regulated insolvency profession.*"

⁵⁸ Sien voetnota 36 van hoofstuk 6. Sien ook paragraaf 6.1 hieronder.

⁵⁹ 71/2008: art 138.

of die rekenkundige-professie of besigheidsbestuur of 'n beroep wat behoudens regulasies deur 'n regulerende gesag deur die Kommissie voorgeskryf is en die nodige lisensie bekom het vanaf die Kommissie,⁶⁰ nie kragtens artikel 162(7) aan 'n proefbevel onderhewig is nie,⁶¹ nie kragtens artikel 69(8) gediskwalifiseer sou wees om as 'n direkteur van die maatskappy op te tree nie,⁶² nie enige ander verwantskap met die maatskappy het wat 'n redelike en ingeligte derde party sou laat aflei dat die integriteit, onpartydigheid of objektiwiteit van daardie persoon deur daardie verwantskap in verdenking gebring word nie,⁶³ en laastens dat hy nie verwant is aan 'n persoon wie 'n verwantskap met die maatskappy het nie.⁶⁴

Verder is dit moontlik vir 'n geaffekteerde persoon om by die hof aansoek te doen om die aanstelling van die ondernemingsreddingspraktisyn tersyde te stel, op grond van die feit dat die praktisyn nie aan die vereistes soos uiteengesit in artikel 138 voldoen nie,⁶⁵ nie onafhanklik van die maatskappy of sy bestuur is nie,⁶⁶ of met inagneming van die maatskappy se omstandighede, nie die nodige vaardighede het nie.⁶⁷ Die laasgenoemde grond word egter nie as kwalifikasievereiste gestel vir die aanstelling van die reddingspraktisyn in artikel 138 nie, volgens Loubser word dit inderwaarheid as 'n addisionele vereiste by die agterdeur ingesmokkel.⁶⁸

Let ook daarop dat die nuwe bepalings vervat in artikel 138 ook op regspersone van toepassing is, aangesien artikel 1 van die Wet bepaal dat regspersone ingesluit word by die begrip "persoon".⁶⁹ Hierdie bepaling is in stryd met die

⁶⁰ 71/2008: art 138(1)(a) saamgelees met art 138(2). Dit is interessant om daarop te let dat die Konsepwysigingswet 'n keuse gestel het in art 138(1)(a) deur tussen subartikel (i) en (ii) die woord "or" aan te bring, maar die finale wysigingswet het die woord verwyder en moet die afleiding derhalwe gemaak word dat 'n persoon slegs aangestel kan word as ondernemingsreddingspraktisyn indien hy beide subartikel (i) en (ii) se vereistes vervul.

⁶¹ 71/2008: art 138(1)(b).

⁶² 71/2008: art 138(1)(c).

⁶³ 71/2008: art 138(1)(d).

⁶⁴ 71/2008: art 138(1)(e).

⁶⁵ 71/2008: art 130(1)(b)(i).

⁶⁶ 71/2008: art 130(1)(b)(ii).

⁶⁷ 71/2008: art 130(1)(b)(iii).

⁶⁸ Loubser 2010: 507.

⁶⁹ 71/2008: art 1. "Persoon: ook 'n regspersoon".

uitsluiting van regspersone deur die 1973 Maatskappywet in artikel 372(e).

Een van die interessantste vereistes, is die vereiste dat die ondernemingsreddingspraktisyn 'n lid van goeie naam moet wees van of die regsprofessie of die rekenkundigeprofessie of besigheidsbestuur of 'n beroep wat behoudens regulasies deur 'n regulerende gesag deur die Kommissie voorgeskryf is.⁷⁰ Bradstreet gee egter te kenne dat die lidmaatskap aan sodanige professie nie noodwendig dui op 'n persoon se vermoë om die maatskappy te red nie, tensy die lidmaatskap as't ware getuig van die vermoëns van die persoon.⁷¹ Daar kan hieruit afgelei word dat Bradstreet die lidmaatskap aan die professie wil kwalifiseer deur te vereis dat slegs bevoegde persone in staat sal wees om lidmaatskap te bekom.

Die nuwe bepaling maak ook voorsiening daarvoor dat die persoon wat as ondernemingsreddingspraktisyn aangestel word nie as die likwidateur van dieselfde maatskappy aangestel kan word, sou die proses misluk nie.⁷² Hierdie bepaling is derhalwe daarop gerig om enige botsing van belange te voorkom.

Artikel 138(3) bepaal dat die Minister van Handel en Nywerheid by magte is om regulasies uit te vaardig wat voorsiening maak vir voorskrifte ten aansien van ondernemingsreddingspraktisyn, insluitende verskillende minimum kwalifikasies vir verskillende kategorieë maatskappye.⁷³ Ingevolge die Konsepregulasies ten aansien van die Wet sou die volgende geld as minimum kwalifikasies: In die geval van 'n maatskappy wat deur die staat besit word of 'n publieke maatskappy kan 'n persoon as ondernemingsreddingspraktisyn aangestel word indien die persoon i) 'n toegelate prokureur is en ten minste vir tien jaar al as sodanig praktiseer en indien hy oorwegend by 'n kommersiële praktyk in daardie tyd

⁷⁰ 71/2008: art 138(1)(a) saamgelees met art 138(2).

⁷¹ Bradstreet 2010: 205. *"It is submitted that the qualification required by s 138(1)(a) of the Companies Act 2008 is neither here nor there in that 'membership in good standing' can hardly be equated to an ability to effect a successful rescue, unless such membership necessarily attests to such an ability."*

⁷² 71/2008: art 140(4). "Indien die ondernemingreddingsproses eindig met 'n bevel wat die maatskappy in likwidasië plaas, mag 'n persoon wat tydens die ondernemingreddingsproses as praktisyn opgetree het nie as likwidateur van die maatskappy aangestel word nie."

⁷³ 71/2008: art 138(3)(b).

betrokke was;⁷⁴ ii) 'n lid in goeie stand is van 'n professionele liggaam wat deel vorm van die Internasionale Federasie van Rekenkundiges en wat al vir tien jaar oorwegend as sodanig kommersieel praktiseer;⁷⁵ iii) 'n praktiserende likwidateur of "*business turn-around practitioner*" is wat as sodanig geregistreer is vir ten minste tien jaar of;⁷⁶ iv) 'n erkende graad in regsgeleerdheid, ekonomie of bestuurswetenskap het, met ten minste tien jaar ondervinding in besigheidsredding.⁷⁷

Die Konsepregulasies bepaal verder dat in die geval van enige ander tipe maatskappy hoef die persoon wat as die ondernemingsreddingspraktisyn aangestel gaan word slegs oor vyf jaar se ondervinding te beskik.⁷⁸

Die finale regulasies maak egter nie pertinent verwysing na die kwalifikasies van die praktisyn soos in die konsepregulasies gevind kan word nie. Inteendeel, die vereistes soos hierbo uiteengesit is uit die regulasies verwyder en maak die finale regulasies baie meer staat op die kennis en vaardigheid van die praktisyn en reik dus vereistes dienooreenkomstig hieraan uit.

4.1.3 UNCITRAL

Volgens die Verenigde Nasies se gids ten aansien van Insolvensiereg, speel die reddingspraktisyn 'n sentrale rol:

"However appointed, the insolvency representative plays a central role in the effective and efficient implementation of an insolvency law, with certain powers over debtors and their assets and a duty to protect those assets and their value, as well as the interests of creditors and employees, and to ensure that the law is applied effectively and impartially. Accordingly, it is essential that the insolvency representative be appropriately qualified and possess the knowledge, experience and personal

⁷⁴ Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 133(2)(a)(i). Bradstreet 2010: 207.

⁷⁵ Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 133(2)(a)(ii). Bradstreet 2010: 207.

⁷⁶ Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 133(2)(a)(iii). Bradstreet 2010: 207.

⁷⁷ Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 133(2)(a)(iv). Bradstreet 2010: 207.

⁷⁸ Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 133(2)(b).

qualities that will ensure not only the effective and efficient conduct of the proceedings and but also that there is confidence in the insolvency regime."⁷⁹

Die kwalifikasies wat daar van 'n reddingspraktisyn vereis word hang grootliks af van die fokus van die Insolvensiereg en die vlak van beheer wat deur die reddingspraktisyn uitgeoefen sal word.⁸⁰ By die vasstelling van die kwalifikasievereistes wat daar van die reddingspraktisyn verwag gaan word, behoort ingedagte gehou te word die feit dat daar 'n balans moet wees tussen die vasstelling van baie streng vereistes wat aanleiding gee tot die aanstelling van 'n hoog gekwalifiseerde persoon, maar wat die poel van professionele persone drasties verklein en aan die ander kant kwalifikasievereistes wat te laag is om die kwaliteit diens wat benodig word te waarborg.⁸¹

4.2 KENNIS EN ONDERVINDING

Alhoewel 'n persoon oor al die regte kwalifikasies beskik, beteken dit nie dat hy oor die nodige kennis of ondervinding beskik nie. Bradstreet stem met hierdie stelling ooreen:

*"A person qualified in terms of the Act may still lack the necessary skills or experience for the job."*⁸²

4.2.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

Sonder dat die Wet⁸³ enige vereiste met betrekking tot die kennis en of ondervinding van die geregtelike bestuurder stel, word daar van die geregtelike

⁷⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 174 item (B)35.

⁸⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 174 item (B)36.

⁸¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 174 item (B)37. *"In determining the qualifications required for appointment as an insolvency representative, it is desirable that a balance be achieved between stringent requirements that lead to the appointment of a highly qualified person, but which may significantly restrict the pool of professionals considered to be appropriately qualified and add to the costs of the proceedings, and requirements that are too low to guarantee the quality of the service required."*

⁸² Bradstreet 2010: 205.

⁸³ 61/1973.

bestuurder verwag om oor sekere vaardighede te beskik. Sonder die nodige vaardighede sal dit vir 'n geregtelike bestuurder onmoontlik wees om sy verpligtinge, soos in die Wet⁸⁴ beoog word, na te kom.

Ingevolge artikel 433 word daar onder andere van die geregtelike bestuurder verwag om die bestuur van die maatskappy by die direksie oor te neem,⁸⁵ hierdie verpligting vereis by implikasie dat die geregtelike bestuurder oor bestuursvaardighede behoort te beskik. Verder word daar vereis dat die geregtelike bestuurder die bestuur op so wyse moet behartig as wat hy die mees ekonomies en bevorderlik vir die belange van die lede en skuldeisers beskou,⁸⁶ hierdie verpligting vereis op sy beurt dat die geregtelike bestuurder nie slegs oor bestuursvaardighede moet beskik nie, maar dat hy die vaardighede op 'n goeie ekonomiese grondslag moet behartig. Daar word ook van die geregtelike bestuurder verwag om rekeningkundige rekords te hou en finansiële jaarstate op te stel,⁸⁷ alhoewel die geregtelike bestuurder van 'n rekenkundige gebruik kan maak vir die uitvoering van hierdie plig, behoort hy steeds oor die nodige kennis ten aansien van rekeningkundige rekords en die lees daarvan te beskik.

Alhoewel daar nie na al die pligte van die geregtelike bestuurder verwys is nie, is dit uit bogenoemde duidelik dat die geregtelike bestuurder wel 'n mate van kennis en ondervinding nodig het ten einde sy verpligtinge na te kon kom.

4.2.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

Terwyl kennis en ondervinding by die 1973 Maatskappywet slegs geïmpliseer is, maak die 2008 Wet en die regulasies daartoe dit duidelik dat kennis en verseker ondervinding 'n groot rol speel in besigheidsredding.

Die 2008 Wet maak voorsiening daarvoor dat 'n geaffekteerde persoon by die

⁸⁴ 61/1973: art 433.

⁸⁵ 61/1973: art 433(a).

⁸⁶ 61/1973: art 433(b).

⁸⁷ 61/1973: art 433(f).

hof kan aansoek doen om 'n bevel ten einde die aanstelling van die ondernemingsreddingspraktisyn tersyde te stel op grond daarvan dat die praktisyn nie oor die nodige vaardighede beskik nie.⁸⁸

Verder kan die hof op versoek van 'n geaffekteerde persoon, of uit eie beweging, die ondernemingsreddingspraktisyn van sy amp onthef indien hy onbevoeg is om sy pligte uit te voer,⁸⁹ of indien hy versuim om die toepaslike mate van sorgsaamheid in die uitvoering van sy pligte aan die dag te lê.⁹⁰

Laasgenoemde dien as bevestiging dat die 2008 Wet wel 'n groter klem plaas op die kennis en ondervinding van die ondernemingsreddingspraktisyn. Volgens die King-verslag is dit in die belang van al die rolspelers indien die reddingspraktisyn bekwaam is.⁹¹

Soos in die geval van die geregtelike bestuurder moet sommige van die vaardighede wat van die reddingspraktisyn vereis word, uit sy verpligtinge afgelei word. Daar word geïmpliseer dat die ondernemingsreddingspraktisyn ook oor goeie bestuursvaardighede behoort te beskik, aangesien die Wet van hom vereis om die bestuur van die maatskappy oor te neem,⁹² alhoewel dit nie as vereiste gestel word dat hy oor sulke vaardighede hoef te beskik nie, verder is dit ook die praktisyn se plig om 'n ondernemingsreddingsplan te ontwikkel.⁹³

Die finale regulasies tot die Wet bepaal ook in regulasie 126(4) dat die Kommissie slegs 'n lisensie aan 'n reddingspraktisyn sal verskaf wie die Kommissie oortuig het dat sy onderrig en ervaring hom behoorlik toerus om sy funksies as ondernemingsreddingspraktisyn te kan uitvoer.⁹⁴ Soos dit blyk die bespreking hierbo vereis die nuwe Wet verder by wyse van die regulasies

⁸⁸ 71/2008: art 130(1)(b)(3).

⁸⁹ 71/2008: art 139(2)(a).

⁹⁰ 71/2008: art 139(2)(b).

⁹¹ King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding: 10.

⁹² 71/2008: art 140(1)(a).

⁹³ 71/2008: art 140(1)(d).

⁹⁴ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 126(4). "...the applicant's education and experience are sufficient to equip the applicant to perform the functions of a business rescue practitioner".*

daartoe dat die ondernemingsreddingspraktisyn 'n lid van goeie naam moet wees van of die regsprofessie of die rekenkundigeprofessie of besigheidsbestuur of 'n beroep wat behoudens regulasies deur 'n regulerende gesag deur die Kommissie voorgeskryf is.⁹⁵ Afhangend van die tipe maatskappy wat betrokke is sal die persoon wat as ondernemingsreddingspraktisyn aangestel word oor óf vyf óf tien jaar se praktyksondervinding moet beskik.

Die argument kan egter gevoer word dat die ondervinding wat vereis is in die konsepregulasies nie noodwendig verband gehou het met die taak wat verrig staan te word nie. Bradstreet stel dit tereg as volg:

*"These requirements listed in the alternative, do not seem to address the problem: namely the managerial nature of the role performed by the practitioner, and the irrelevance of a professional's experience in a closely related, but entirely different area of expertise."*⁹⁶

Burdette het ook kritiek uitgespreek oor die voorgestelde bepalings ten aansien van ondervinding en is van mening dat 'n prokureur wat vir vyf jaar vir sy eie rekening praktiseer slegs vyf jaar se ervaring in 'n regsfeer besit en dat sodanige benadering verseker nie voordelig sal wees vir die besigheidsreddingsindustrie in Suid-Afrika nie, aangesien die ervaring waaroor die prokureur beskik hom nie noodwendig kwalifiseer as 'n besigheidsreddingkenner nie.⁹⁷ Hy maak die aanbeveling dat die ervaring wat vereis word eerder gerig moet wees op ondervinding, kwalifikasie, en vaardigheid in die besigheidsfeer.⁹⁸ Bradstreet is in ooreenstemming met hierdie benadering en beveel ook aan dat daar 'n groter klem op bestuursvaardighede geplaas moet word.⁹⁹ Volgens Finch bestaan goeie bestuursvaardighede uit 'n verskeidenheid elemente:

*"The latter expertise can, in turn, be disaggregated into expertise regarding such matters as: reorganisation strategies; operations; marketing; product development and human resources."*¹⁰⁰

⁹⁵ 71/2008: art 138.

⁹⁶ Bradstreet 2010: 207.

⁹⁷ Burdette 2004: 430.

⁹⁸ Burdette 2004 430. *"It is submitted that the criteria should rather be based on experience, qualifications and expertise within the sphere of business."*

⁹⁹ Bradstreet 2010: 207. *"It is submitted that managerial ability ought to be more prominent a requirement generally."*

¹⁰⁰ Finch 2005: 385.

Die finale regulasies maak voorsiening vir die indeling van maatskappye in groepe naamlik klein, medium en groot maatskappye waarby maatskappye in staatsbesit ingesluit is.¹⁰¹ Die regulasies gaan verder deur te bepaal dat daar ook sekere groepe reddingspraktisyns bestaan naamlik junior,¹⁰² ervare¹⁰³ en senior praktisyns.¹⁰⁴ Hierdie groepe praktisyns word verder ingedeel by verskillende groottes maatskappye ten einde aan te dui welke tipe praktisyn die mees gepaste vir 'n spesifieke maatskappy sal wees. So byvoorbeeld maak die regulasie voorsiening daarvoor dat junior, ervare en senior praktisyns aangestel kan word as reddingspraktisyns vir klein maatskappye,¹⁰⁵ ervare en senior praktisyns kan aangestel word as reddingspraktisyns vir 'n medium grootte maatskappy, maar 'n junior mag slegs as assistent hier optree;¹⁰⁶ slegs senior praktisyns mag as reddingspraktisyn vir 'n groot maatskappy of 'n maatskappy in staatsbesit as reddingspraktisyn aangestel word, terwyl junior en ervare

¹⁰¹ Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 127(2)(b).

¹⁰² Companies regulations pursuant to the Companies Act 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".

¹⁰³ Companies regulations pursuant to the Companies Act 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".

¹⁰⁴ Companies regulations pursuant to the Companies Act 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".

¹⁰⁵ Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 127(3)-(5).

¹⁰⁶ Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 127(3)-(5).

praktisyns slegs as assistente hier mag optree.¹⁰⁷

Dit is dus duidelik uit die voorafgaande bespreking dat die 2008 Wet aansienlik meer klem plaas op die ondervinding van die persoon wat as reddingspraktisyn aangestel word en probeer byvoorbeeld verhoed dat onervare of te wel junior praktisyns aangestel kan word om groot maatskappye te probeer red. Hierdie bepaling veroorsaak verder terselfde tyd 'n verbetering sowel as 'n probleem in die sin dat die Wet nou ondervinding vereis, maar op die gebied van besigheidsredding. Aangesien Suid-Afrika nie oor 'n reddingskultuur beskik nie, maar eerder oor 'n likwidasiëkultuur, dra dit vanselfsprekend daartoe by dat baie min persone oor die nodige vaardighede beskik ten einde hulself as "*turnaround managers*" of maatskappy dokters te kan beskou.¹⁰⁸

Die vraag kan gevra word, of die oplossing vir die bogenoemde probleme nie dalk lê in die bepaling dat regspersone as reddingspraktisyns kan optree nie?¹⁰⁹ Sodanige oplossing hou egter ook 'n paar onsekerhede in, aangesien daar verskeie onduidelikhede in die Wet voorkom. Die aanvanklike teks van die Wet het in artikel 138(2) bepaal dat 'n persoon of vereniging van persone as reddingspraktisyns aangestel kan word, maar die Maatskappywysigingswet¹¹⁰ het die woorde "of vereniging" van die Wet geskrap. Die bedoeling hieragter blyk onduidelik te wees aangesien dit nie werklik 'n verskil maak nie omdat artikel 1 van die Wet regspersone by die woord "persoon" insluit,¹¹¹ derhalwe sluit enige

¹⁰⁷ Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 127(3)-(5).

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

¹⁰⁸ Burdette 2004: 429.

¹⁰⁹ Bradstreet 2010: 208. 71/2008: art 1.

¹¹⁰ Companies Amendment Act 3 of 2011.

¹¹¹ 71/2008: art 1.

bepaling aangaande die aanstelling van die reddingspraktisyn steeds regsperone in. Verder is dit belangrik om daarop te let dat die konsepreulasies tot die Wet spesifiek in regulasie 133(3) voorsiening gemaak het vir die aanstelling van regsperone as reddingpraktisyns.¹¹² Die finale regulasies het egter die verwysing na regsperone verwyder en word daar dus nou glad nie meer in die regulasies na regsperone as reddingspraktisyns verwys nie. Nie te min behoort daar volledigheidshalwe na die moontlikheid om regsperone as reddingspraktisyns aan te stel verwys te word.

Davis *et al* spreek kritiek uit oor die aanstelling van regsperone as reddingspraktisyns deurdat hulle van mening is dat regsperone nie aan die vereistes kan voldoen nie.¹¹³ Hulle bespreek vervolgens die volgende probleme: Volgens artikel 138(1)(b) mag die persoon wat as ondernemingsreddingspraktisyn aangestel word nie kragtens artikel 162(7) aan 'n proefbevel onderhewig wees nie.¹¹⁴ Aangesien sodanige bevel slegs teen 'n direkteur van 'n maatskappy gemaak kan word, wat altyd 'n natuurlike persoon moet wees, is hulle van mening dat dit onduidelik is hoe hierdie vereiste op regsperone van toepassing kan wees.¹¹⁵ Verder vereis artikel 138(1)(c) dat 'n praktisyn nie gediskwalifiseer mag wees, ingevolge artikel 69(8), om as 'n direkteur van die maatskappy op te tree nie.¹¹⁶ Soos reeds in die bespreking hierbo aangedui, mag 'n regsperoon nie as die direkteur van 'n maatskappy aangestel word nie¹¹⁷ en is dus gediskwalifiseer om as sodanig op te tree en voldoen dus volgens Davis *et al* nie aan die vereiste soos uiteengesit in artikel 138(1)(c) nie.¹¹⁸

Soos reeds genoem verskaf die artikel 1 van die Wet 'n definisie vir 'n persoon

¹¹² *Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 133(3). Bradstreet 2010: 48.

¹¹³ Davis *et al*: 2010: 241.

¹¹⁴ 71/2008: art 138(1)(b).

¹¹⁵ Davis *et al* 2010: 241.

¹¹⁶ 71/2008: art 138(1)(c).

¹¹⁷ 71/2008: art 69(7)(a).

¹¹⁸ Davis *et al* 2010: 241.

waarby regsperosne uitdruklik ingesluit word.¹¹⁹ Hierdie definisie aangaande 'n regs persoon wat dit in effek moontlik maak vir die regs persoon om as reddingspraktisyn aangestel te word is direk in stryd met die bepalings soos in artikel 138 van die Wet uiteengesit.¹²⁰ Hierdie twee uiteenlopende bepalings is onversoenbaar, aangesien die Wet terselfdetyd voorsiening maak vir die aanstelling en diskwalifisering van regspersone om as reddingspraktisyns op te tree.¹²¹

Bradstreet gee te kenne dat die aanstelling van regspersone as reddingspraktisyns wel nuttig kan wees in gevalle waarin baie groot maatskappye betrokke is en waar die vervanging van 'n uiters groot bestuur van toepassing is.¹²²

Soos dit uit bogenoemde bespreking blyk kan die aanstelling van regspersone as reddingspraktisyns wel moontlike oplossings in verband met die kennis- en ondervindingvereiste bied, die huidige bepalings daaromtrent is egter onvoldoende vir dit om werklik as hulpmiddel aangewend te word.¹²³

4.2.3 UNCITRAL

Volgens die Verenigde Nasies se gids ten aansien van Insolvensiereg, is dit belangrik dat die insolvensiepraktisyn oor meer as slegs kennis van die reg beskik:

¹¹⁹ 71/2008: art 1.

¹²⁰ 71/2008: art 138.

¹²¹ 71/2008: art 138(1)(b)-(c) vegelyk met art 138(2). Sien ook Bradstreet 2010: 49. *"...the provision itself creates more problems than it attempts to solve when it subjects practitioners who are juristic persons or partnerships to requirements that relate to persons in an individual capacity with no further guidance in applying the requirements to composite entities. The ambiguity here lies in the potential for the 'overlap' of qualifications".*

¹²² Bradstreet 2010: 48. *"Provisions for various forms of 'teams' to act as an administrator or practitioner would certainly be useful in cases involving very big companies, or cases where a greater displacement of management leaves a single practitioner lacking the capacity to fulfil a large number of functions at once".*

¹²³ Vir 'n indiepte bespreking van regspersone as reddingspraktisyns sien Bradstreet 2010: 48-49.

*"The complexity of many insolvency proceedings makes it highly desirable for the insolvency representative to be appropriately qualified, with knowledge of the law (not only insolvency law, but also relevant commercial, finance and business law), as well as adequate experience in commercial and financial matters, including accounting."*¹²⁴

Dit is dus duidelik dat die UNCITRAL-gids bevestig dat 'n praktisyn nie slegs kennis en ondervinding ten aansien van een betrokke vakgebied moet hê nie, maar ook van ander relevante vakgebiede wat ook 'n rol kan speel.¹²⁵

4.3 PERSOONLIKE EIENSKAPPE

Daar word aan die hand gedoen dat 'n reddingspraktisyn noodwendig oor sekere persoonlike eienskappe moet beskik. In die 1973 Maatskappywet word daar geensins melding gemaak van enige sodanige persoonlikheidseienskappe wat by die geregtelike bestuurder aanwesig moet wees nie.

Die nuwe Wet verwys wel na sekere persoonlike eienskappe betreffende die reddingspraktisyn. Ingevolge artikel 130 kan 'n geaffekteerde persoon by 'n hof aansoek doen vir '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.¹²⁶ Uit hierdie bepaling kan daar afgelei word dat die objektiwiteit van die praktisyn van uiterste belang is. Laasgenoemde word verder benadruk deur die bepalings in artikels 138¹²⁷ en 139.¹²⁸ Die King-verslag waarsku die direksie van 'n maatskappy om daarteen te waak om iemand aan te stel met wie

¹²⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 175 item (B)39. Sien ook Burdette 2004: 431.

¹²⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 188 item 115. "...requisite knowledge of relevant commercial law and experience in commercial and business matters".

¹²⁶ 71/2008: art 130(1)(b).

¹²⁷ 71/2008: art 138(1)(d)-(e). "'n Persoon mag as die praktisyn van 'n maatskappy aangestel word slegs indien die persoon d) nie enige ander verwantskap met die maatskappy het wat 'n redelike en ingeligte derde party sou laat aflei dat die integriteit, onpartydigheid of objektiwiteit van daardie persoon deur daardie verwantskap in verdenking gebring word nie en e) nie verwant is aan 'n persoon wat 'n verwantskap het soos beoog in paragraaf (d) nie".

¹²⁸ 71/2008: art 139(2)(e). "Die hof kan op versoek van 'n geaffekteerde persoon, of uit eie beweging, 'n praktisyn op enige van die volgende gronde uit die amp onthef belangebotsing of gebrek aan onafhanklikheid".

hulle te bekend is aangesien dit juis kan lei tot die bogenoemde.¹²⁹ Dit is verder, volgens die verslag, in die belang van al die rolspelers indien die praktisyn onafhanklik, bekwaam en objektief is met integriteit en wie almal betrokke se belange op die hart dra.¹³⁰

Die finale regulasies tot die Wet bepaal in regulasie 126(4) dat die Kommissie slegs 'n besigheidsreddingslisensie aan 'n persoon sal toeken wie die Kommissie oortuig het dat hy van goeie karakter en integriteit is.¹³¹

Die UNCITRAL-gids verwys ook na die persoonlike eienskappe waaroor 'n reddingspraktisyn behoort te beskik en beveel aan dat sekere eienskappe deel van die kwalifikasievereistes moet vorm:

*"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."*¹³²

5. BEVOEGDHEDE EN VERPLIGTINGE

5.1 MAATKAPPYWET 61 VAN 1973

Behalwe vir die plig om die bestuur van die maatskappy by die direksie oor te neem rus daar verskeie ander verpligtinge op die geregtelike bestuurder.¹³³ Benewens die verpligtinge is daar ook sekere bevoegdhede wat die geregtelike bestuurder te beurt val.

¹²⁹ King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding: 9. *"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"*.

¹³⁰ King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding: 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"*.

¹³¹ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 126(4). "...the applicant is of good character and integrity"*.

¹³² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 188 item 115.

¹³³ Vir doeleindes van hierdie bespreking sal daar na beide die voorlopige en finale geregtelike bestuurder verwys word sonder om in die besondere verskille ten aansien van die twee ampte te verval.

Ingevolge artikel 430(c) word daar van die voorlopige geregtelike bestuurder verwag om 'n verslag voor te berei.¹³⁴ Die verslag behoort die volgende te bevat: i) 'n verslag aangaande die algemene toestand van sake van die maatskappy;¹³⁵ ii) 'n verklaring waarin die redes vir die maatskappy se onvermoë om sy skulde te betaal of sy verpligtinge na te kom of verhoed is om 'n suksesvolle onderneming te word, uiteengesit word;¹³⁶ iii) 'n verklaring waarin die bates en laste van die maatskappy uiteengesit word;¹³⁷ iv) 'n volledige lys van die skuldeisers van die maatskappy sowel as die bedrag en aard van elke eis;¹³⁸ v) besonderhede aangaande die bron of bronne waaruit daar fondse verkry is, of beoog word om fondse te verkry ten einde die besigheid van die maatskappy voort te sit;¹³⁹ en vi) die beredeneerde opinie van die voorlopige geregtelike bestuurder oor die moontlikheid of die maatskappy weer 'n suksesvolle onderneming sal kan wees asook 'n aanduiding aangaande die feite wat tot die ongunstige omstandighede aanleiding gegee het.¹⁴⁰

Uit bogenoemde is dit duidelik dat die voorlopige geregtelike bestuurder 'n uiters belangrike rol speel in die reddingsproses, aangesien die skuldeisers en lede hul opinie ten aansien van die wenslikheid van geregtelike bestuur op die verslag van die voorlopige geregtelike bestuurder sal grond.¹⁴¹ Die hof word verplig om die wense en opinies van die skuldeisers en lede in aanmerking te neem wanneer die besluit geneem moet word oor die toestaan van die geregtelike bestuursbevel aldan nie.¹⁴²

Die magte of te wel bevoegdhede wat die voorlopige geregtelike bestuurder te beurt val word bepaal deur die Wet en of aanwysings deur die hof.¹⁴³ Onder

¹³⁴ 61/1973: art 430(c).

¹³⁵ 61/1973: art 430(c)(i).

¹³⁶ 61/1973: art 430(c)(ii).

¹³⁷ 61/1973: art 430(c)(iii).

¹³⁸ 61/1973: art 430(c)(iv).

¹³⁹ 61/1973: art 430(c)(v).

¹⁴⁰ 61/1973: art 430(c)(vi).

¹⁴¹ Loubser 2004: 157.

¹⁴² Loubser 2004: 158. Let wel dat die hof die verslag van die voorlopige geregtelike bestuurder as sulks ook in aanmerking neem in die besluitnemingsproses.

¹⁴³ 61/1973: art 428(2)(c).

andere is een van hierdie magte wat deur die hof aan die voorlopige geregtelike bestuurder verleen kan word, die mag om fondse in te samel ten einde voorsiening te maak vir die voortsetting van die besigheid van die maatskappy, sonder dat hy die aandeelhouders hierin hoef te ken.¹⁴⁴ Die 1926 Wet het ook bepaal dat die nuwe krediteure nie bo ander skuldeisers bevoordeel mag word nie.¹⁴⁵

Artikel 433 van die Wet sit die verpligtinge van die finale geregtelike bestuurder uiteen.¹⁴⁶ Onder die belangrikste van hierdie verpligtinge is die verpligting om die bestuur van die maatskappy by die direksie oor te neem,¹⁴⁷ die plig om die bestuur te voer onderworpe aan die bevel van die hof en op die wyse wat die hof as die mees ekonomiese en mees bevorderlike vir die belange van die lede en skuldeisers van die maatskappy beskou,¹⁴⁸ die plig om die voorskrifte van die hof met betrekking tot die bestuur van die maatskappy na te kom,¹⁴⁹ die verpligting om rekenkundige rekords te hou en finansiële state op te stel,¹⁵⁰ die plig om die algemene jaarvergadering en ander vergaderings van lede van die maatskappy te belê,¹⁵¹ die plig om die vergaderings van skuldeisers te belê,¹⁵² die plig om die sake en transaksies van die maatskappy voor die aanvang van die geregtelike bestuursbevel te ondersoek ten einde vas te stel of enige amptenaar van die maatskappy die Wet oortree het of enige misdrywe gepleeg het,¹⁵³ die plig om

¹⁴⁴ 61/1973: art 428(2)(c); Loubser 2004: 158.

¹⁴⁵ 46/1926: art 196(1)(d); Loubser 2004: 158. *Klopper NNO v Die Meester NNO 1977 2 SA 477 T*. "Die hof is nie bevoeg om 'n geregtelike bestuursbevel te verleen waarvolgens latere skuldeisers, wat met die geregtelike bestuurder kontrakteer, voorkeur bo bestaande konkurrente skuldeisers kan verkry sonder inagneming of toepassing van die bepalings van artikel 197B (1) ter (a) van die Maatskappywet, 46 van 1926, nie. Die hof is nie by magte om die bepalings van die artikel te verontagsaam of te omseil deur 'n bevoegdheid aan die geregtelike bestuurder te verleen waarvoor daar in die Wet geen voorsiening gemaak word nie". Sien ook *Standard Bank of South Africa Ltd v Pharmacy Holdings Ltd 1962 1 SA 245 W*.

¹⁴⁶ 61/1973: art 433(a)-(l).

¹⁴⁷ 61/1973: art 433(a).

¹⁴⁸ 61/1973: art 433(b).

¹⁴⁹ 61/1973: art 433(c).

¹⁵⁰ 61/1973: art 433(f).

¹⁵¹ 61/1973: art 433(g).

¹⁵² 61/1973: art 433(h).

¹⁵³ 61/1973: art 433(j).

die sake en transaksies van die maatskappy voor die aanvang van die geregtelike bestuursbevel te ondersoek ten einde vas te stel of enige amptenaar van die maatskappy persoonlik aanspreeklik is vir skadevergoeding of skadeloosstelling aan die maatskappy of vir die skulde of verpligtinge van die maatskappy¹⁵⁴, en laastens die plig om by die hof aansoek te doen om die intrekking van die bevel indien hy van mening is dat die voortsetting van die proses nie die maatskappy in staat sal stel om om 'n suksesvolle onderneming te word nie.¹⁵⁵

Daar moet ook daarop gelet word dat die geregtelike bestuurder sy verpligtinge behoudens die bepalinge van die akte en statute van die betrokke maatskappy vir sover as wat hulle nie met 'n voorskrif vervat in die betrokke geregtelike bestuursbevel onbestaanbaar is nie, uitvoer.¹⁵⁶ Dit kom dus daarop neer dat die verpligtinge van die geregtelike bestuurder ook onderworpe is aan die akte en statute van die maatskappy, mits dit nie strydig is met die bevel nie.

'n Belangrike punt in die bespreking van die geregtelike bestuurder se verpligtinge en bevoegdhede is die beperking op die aanwending van die maatskappy se bates.¹⁵⁷ Die doel van die beperking is om te voorkom dat bates van die maatskappy nie verkwis word nie.¹⁵⁸ 'n Verdere doelstelling in verband met die beperking is die argument dat die geregtelike bestuurder se oogmerk steeds moet wees om die maatskappy te red en kan dit dus nie op homself neem om die maatskappy te likwideer nie.¹⁵⁹ 'n Geregtelike bestuurder mag derhalwe alleenlik met verloop van die hof die bates van die maatskappy vervreem, tensy sodanige vervreemding in die gewone loop van besigheid

¹⁵⁴ 61/1973: art 433(k).

¹⁵⁵ 61/1973: art 433(l).

¹⁵⁶ 61/1973: art 433.

¹⁵⁷ 61/1973: art 434.

¹⁵⁸ Loubser 2004: 158. *"To prevent the dissipation of company assets during judicial management, the powers of the judicial manager are restricted as far as the disposition of company assets are concerned."*

¹⁵⁹ Cilliers *et al* 2001: 488.

geskied.¹⁶⁰ Die argument wat in hierdie verband gevoer word is dat bogenoemde bepaling vêr genoeg strek om die verkoop van al die maatskappy se bates in te sluit ten einde 'n lopende saaktransaksie te laat geskied. In die sake van *Ex parte Vermaak*¹⁶¹ en *Ex parte Joubert*¹⁶² het die hof aan die geregtelike bestuurder die toestemming gegee om al die bates van die maatskappy te verkoop.

5.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

Die verpligtinge en bevoegdhede van die ondernemingsreddingspraktisyn word vervat in artikels 140 en 141 van die Wet.¹⁶³ Laasgenoemde sluit onder andere in die neem van beheer oor die maatskappy,¹⁶⁴ die ondersoek en kontrolering van die maatskappy se sake ten einde te bepaal wanneer die gepaste tyd is om die reddingsverrigtinge te staak,¹⁶⁵ die ontwikkeling en implimentering van 'n reddingsplan¹⁶⁶ en die aanvaarding van aanspreeklikheid in die geval van nie-nakoming van verpligtinge.¹⁶⁷ Die belangrikste bevoegdhede en verpligtinge sal vervolgens bespreek word.

Een van die belangrikste verpligtinge van die praktisyn is om die bestuur van die maatskappy oor te neem,¹⁶⁸ benewens die verpligting om beheer oor te neem het die praktisyn ook die bevoegdheid om enige mag of funksie aan 'n persoon te delegeer wat voorheen deel gevorm het van die bestuur van die maatskappy.

¹⁶⁰ Loubser 2004: 158; 61/1973: art 434(1). "Behalwe in die gewone loop van die maatskappy se besigheid, mag 'n geregtelike bestuurder nie sonder verlof van die hof enige van die maatskappy se bates verkoop of andersins vervreem nie."

¹⁶¹ *Ex parte Vermaak* 1964 3 SA 175 O.

¹⁶² *Ex parte Joubert* 1970 3 SA 511 T.

¹⁶³ 71/2008: art 140,141.

¹⁶⁴ 71/2008: art 140(1)(a).

¹⁶⁵ 71/2008: art 141(1).

¹⁶⁶ 71/2008: art 140(1)(d).

¹⁶⁷ 71/2008: art 140(3).

¹⁶⁸ 71/2008: art 140(1)(a).

¹⁶⁹ Hy is verder by magte om persone te verwyder as deel van die bestuur van die maatskappy of selfs om persone aan te stel om deel te vorm van die bestuur van die maatskappy.¹⁷⁰ Die reddingspraktisyn mag egter nie sonder magtiging van die hof 'n direkteur uit sy amp ontslaan nie.¹⁷¹

Die praktisyn is ook verantwoordelik om 'n ondersoek na die sake, besigheid, eiendom en finansiële situasie van die maatskappy te behartig, die doel van sodanige ondersoek is om vas te stel of daar 'n redelike vooruitsig bestaan dat die maatskappy gered sal kan word.¹⁷²

Aangesien die praktisyn ingevolge artikel 140(3)(a) as 'n amptenaar van die hof geïdentifiseer word,¹⁷³ is dit ook sy plig om die hof in te lig indien hy deur die loop van sy ondersoek vasgestel het dat daar nie 'n vooruitsig is om die maatskappy te red nie.¹⁷⁴ Indien hy deur die loop van die uitvoering van sy pligte vasstel dat die maatskappy nie meer in finansiële nood verkeer nie, die hof daarvan in kennis stel met die oog op die beëindiging van die ondernemingsreddingsverrigtinge.¹⁷⁵ Op grond van die feit dat hy 'n amptenaar van die hof is, rus daar ook 'n plig op die praktisyn om die hof van enige vernietigbare vervreemdings, roekelose handel of bedrog in te lig.¹⁷⁶

Indien die praktisyn tydens sy ondersoek na die sake van die maatskappy op enige bewyse afkom wat aandui dat daar voordat die ondernemingsreddingsverrigtinge begin het vernietigbare transaksies deur die maatskappy aangegaan is, of 'n versuim deur die maatskappy of enige direkteur begaan is om 'n wesenlike verpligting met betrekking tot die maatskappy na te kom, moet die praktisyn die nodige stappe neem om die aangeleentheid reg te

¹⁶⁹ 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*".

¹⁷⁰ 71/2008: art 140(1)(c)(i)-(ii).

¹⁷¹ 71/2008: art 137(5).

¹⁷² 71/2008: art 141(1).

¹⁷³ 71/2008: art 140(3)(a).

¹⁷⁴ 71/2008: art 141(2)(a).

¹⁷⁵ 71/2008: art 141(2)(b).

¹⁷⁶ 71/2008: art 141(2)(c).

stel en mag hy aan die bestuur 'n opdrag gee om alle nodige stappe te doen om die aangeleentheid reg te stel.¹⁷⁷

Die praktisyn moet ook op die uitkyk wees vir bewyse dat die maatskappy op 'n roekelose of bedrieglike wyse handel gedryf het of op 'n wyse wat srydig is met enige wetgewing wat in verband met die maatskappy staan.¹⁷⁸ Indien hy enige sodanige bewyse vind moet hy dit aan die toepaslike gesag besorg vir verdere ondersoek en moontlike vervolging.¹⁷⁹ Hy is ook by magte om aan die bestuur opdrag gee om alle nodige stappe te doen om die aangeleentheid, insluitende die verhaling van enige wanaanwending van bates van die maatskappy, reg te stel.¹⁸⁰

Die volgende belangrike plig wat die reddingspraktisyn moet behartig, hou verband met die ontwikkeling en implimentering van 'n besigheidsreddingsplan.¹⁸¹ Hierdie verpligting is veral van belang aangesien die reddingsplan 'n uiters belangrike rol vervul in die ondernemingsreddingsprosedure.¹⁸²

Volledigheidshalwe is dit noodsaaklik om na die mees kontroversiële bevoegdheid wat deur die Wet aan die praktisyn verleen word te kyk. Artikel 136(2) van die oorspronklike teks van die Wet het 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 indiensnemingsooreenkoms, waartoe die maatskappy by die inwerkingtreding van die ondernemingreddingstydperk 'n party is, geheel en al, gedeeltelik of voorwaardelik kanselleer of opskort."¹⁸³

¹⁷⁷ 71/2008: art 141(2)(c)(i).

¹⁷⁸ 71/2008: art 141(2)(c)(ii).

¹⁷⁹ 71/2008: art 141(2)(c)(ii)(aa).

¹⁸⁰ 71/2008: art 141(2)(c)(ii)(bb).

¹⁸¹ 71/2008: art 140(1)(d). Sien ook Davis *et al* 2010: 242. "*Probably the most important duty of the business rescue practitioner is to develop a rescue plan for the company and, if adopted, see to its implementation.*"

¹⁸² Vir meer inligting aangaande die reddingsplan sien hoofstuk 5 hierbo.

¹⁸³ 71/2008: art 136(2). Loubser 2010: 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*".

Sedert die eerste verskyning van die Wet is daar deur verskeie outeurs kritiek oor hierdie onderwerp uitgespreek. Onder andere was Solomon en Boltar nie geneë met die bepaling van artikel 136(2) nie en het die wye mag wat deur die artikel aan die praktisyn verleen word gekritiseer.¹⁸⁴ Hierdie bepaling in die oorspronklike teks van die Wet het aan die praktisyn die mag gegee om na willekeur te kies aan welke ooreenkomste, of selfs aan welke dele daarvan hy die maatskappy gebonde wil hou.¹⁸⁵ Solomon en Boltar lig die absurditeit van die bepaling in die volgende voorbeeld uit:

*"A company which becomes subject to business rescue proceedings is a party to a loan agreement, in terms of which it has borrowed a capital sum. In terms of section 136(2), the practitioner may elect to cancel those provisions in the agreement in terms of which the company is obliged to repay the capital and to pay interest on the capital. However, the practitioner may elect to leave intact those provisions in terms of which the company has the right to receive and use such loan capital."*¹⁸⁶

Hulle was verder van mening dat hierdie mag om enige bepaling van 'n ooreenkoms hetsy in die geheel of gedeeltelik te kanselleer of op te skort 'n groter mag of te wel bevoegdheid verleen as wat daar aan die likwidateur van 'n maatskappy verleen word.¹⁸⁷

Loubser het op haar beurt ook kritiek teen die bepaling uitgespreek. Sy is in ooreenstemming met die afleiding wat deur Solomon en Boltar in die verband gemaak word.¹⁸⁸ Volgens haar is die bevoegdheid wat aan die praktisyn verleen

¹⁸⁴ Solomon en Boltar: 2009: 26-29.

¹⁸⁵ 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 2010: 690-691.

¹⁸⁶ Solomon en Boltar 2009: 28; Loubser 2010: 690-691.

¹⁸⁷ Solomon en Boltar: 2009: 29. *"The powers conferred on a practitioner to 'cherry pick' between the provisions in an agreement (and between various parts of a provision) are far more extensive than the powers conferred on a liquidator of a company in liquidation. If the liquidator elects to abide by the contract he/she can claim performance from the other party. However, the liquidator is obliged to perform all of the company's outstanding obligations in terms of that contract. The liquidator is not entitled to claim performance from the other party to the contract without performing or tendering performance of the obligations of the company in liquidation in terms of that contract"*.

¹⁸⁸ Loubser 2010: 690-691; Solomon en Boltar 2009: 26-29.

word om 'n ooreenkoms vir 'n onbepaalde tydperk op te skort terwyl die ander party hangend gelaat word totaal onaanvaarbaar.¹⁸⁹ Sy is van mening dat die bevoegdheid om 'n ooreenkoms op te skort of te kanselleer selfs waar daar al verpligtinge ingevolge die ooreenkoms nagekom is, teenstrydig is met elke gevestigde beginsel in die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en kom in werklikheid neer op die kansellasie van gevestigde regte.¹⁹⁰

Winer soos aangehaal deur Bradstreet gee te kenne dat die bepaling vervat in artikel 136(2) van die oorspronklike teks van die Wet nie slegs sal aanleiding gee tot onnodige litigasie nie, maar dat die partye tot die ooreenkomste wie se regte deur hierdie bevoegdheid geraak word slegter af sal wees as wat die geval sou wees met likwidasie.¹⁹¹

Die Maatskappywysigingswet het egter tussen beide getree en artikel 136(2) van die oorspronklike teks vervang met 'n nuwe artikel 136(2) soos gevind kan word in artikel 83(b) van die Wysigingswet.¹⁹²

Die nuwe bepaling lees as volg:

"Subject to subsection (2A), and despite any provision of an agreement to the contrary, during business rescue proceedings, the practitioner may (a) entirely, partially or conditionally suspend for the duration of the business rescue proceedings any obligation of the company that - (i) arises under an agreement to which the company was a party at the commencement of the business rescue proceedings; and (ii) would otherwise become due during those proceedings; or (b) apply urgently to a court to entirely partially or conditionally cancel, on any terms that are just and reasonable in the circumstances, any agreement to which the company is a party."¹⁹³

Die nuwe bepaling spreek dus baie van die kritiek wat deur regslui geopper is aan. Een van die belangrikste veranderings is die bepaling dat die praktisyn se

¹⁸⁹ Loubser 2010: 690.

¹⁹⁰ Loubser 2010: 691.

¹⁹¹ Bradstreet 2010: 209.

¹⁹² 3/2011: art 83.

¹⁹³ 40/2010: art 83(a).

magte ingekort word deurdat hy nou slegs oor die bevoegdheid beskik om die ooreenkoms of 'n gedeelte daarvan op te skort waarby die maatskappy 'n party was by die aanvang van die verrigtinge, maar slegs vir die duur van die ondernemingsreddingsverrigtinge. Dit beteken in effek dat die praktisyn nie die kontrak of te wel 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 waartoe die maatskappy 'n party is wil kanselleer moet hy by wyse van 'n aansoek die hof nader ten einde die ooreenkoms te kanselleer, die hof sal na oorweging van die omstandighede die ooreenkoms of 'n gedeelte daarvan kanselleer op voorwaardes wat die hof regverdig en redelik ag.¹⁹⁴

Die laaste belangrike punt aangaande die bevoegdhede van die praktisyn het te make met die aangaan van skuld. Na-aanvangsfinansiering word behandel in artikel 135 van die Wet.¹⁹⁵ 'n Maatskappy wat besigheidsredding ondergaan benodig 'n manier waarop dit steeds die werkinge van die maatskappy kan finansier terwyl daar gepoog word om die maatskappy te red. Daar word spesifiek vir hierdie doel voorsiening gemaak in artikel 135(2) van die Wet.¹⁹⁶ Die rede waarom hierdie bepaling juis so interessant is, hou verband met die groot wysiging wat daarmee gepaard gaan. Soos reeds hierbo bespreek was die geregtelike bestuurder ook by magte was om geld in te samel vir die voortsetting van die maatskappy se besigheid, maar kon geen voorkeur aan die nuwe skuldeiser verleen met betrekking tot sy eis nie.¹⁹⁷ Uit die Wet is dit duidelik dat die wetgewers wegbeweeg het van hierdie beginsel, artikel 135(2)(a) bepaal selfs dat die skuld deur enige bate van die maatskappy aan die skuldeiser verseker mag word solank die bate nie andersins beswaar is nie,¹⁹⁸ maar gaan

¹⁹⁴ 71/2008: art 136(2)(b); 40/2010: art 83(a)

¹⁹⁵ 71/2008: art 135. Vir 'n volledige bespreking aangaande na-aanvangsfinansiering en die uitwerking daarvan op belanghebbendes, sien hoofstuk 7 hieronder.

¹⁹⁶ 71/2008: art 135(2).

¹⁹⁷ *Klopper NNO v Die Meester NNO 1977 2 SA 477 T.*

¹⁹⁸ 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".

selfs verder deur te bepaal dat die eis van die nuwe skuldeiser voorkeur bo bestaande skuldeisers van die maatskappy sal hê.¹⁹⁹

Wat betref die bates van die maatskappy gedurende besigheidsreddingsverrigtinge bepaal artikel 134 dat 'n maatskappy wel van sy bates mag vervreem of onderneem om te vervreem indien; i) dit in die gewone loop van besigheid geskied,²⁰⁰ ii) dit 'n *bona fide*-armlengtetransaksie vir billike waarde is wat vooraf skriftelik deur die praktisyn goedgekeur,²⁰¹ iii) dit 'n transaksie beoog in, en onderneem is as deel van die implementering van, 'n ondernemingreddingsplan wat kragtens artikel 152 goedgekeur is.²⁰²

5.3 UNCITRAL

Volgens die Verenigde Nasies se gids ten aansien van Insolvensiereg word die funksies en verpligtinge van die insolvensie praktisyns duidelik in 'n land se wetgewing uit eengesit.²⁰³ Dit is egter van uiterste belang dat die wetgewing die praktisyn ook van die nodige magte en bevoegdhede voorsien ten einde die funksies te kan verrig.²⁰⁴

Die gids sit verder die algemene verpligtinge van insolvensieregpraktisyns uiteen:

*"These may include an obligation to maximize the value and protect the assets of the insolvency estate and a duty to get the best price reasonably obtainable on the sale of assets of the estate."*²⁰⁵

¹⁹⁹ 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".

²⁰⁰ 71/2008: art 134(1)(a)(i).

²⁰¹ 71/2008: art 134(1)(a)(ii).

²⁰² 71/2008: art 134(1)(a)(iii).

²⁰³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 178 item 49.

²⁰⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 178 item 49. "Insolvency laws often specify the duties and functions that the insolvency representative will have to perform in the proceedings and it is important that the insolvency law provide the insolvency representative with the powers necessary to carry out those duties and functions efficiently and effectively".

²⁰⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 180 item 50.

6. SEKURITEIT EN VERGOEDING

6.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

Die geregtelike bestuurder was verplig ingevolge artikel 129(1)(b) van die 1973 Wet om sekerheid vir die behoorlike uitvoering van sy pligte by die Meester te stel.²⁰⁶ Hierdie bedrag is deur die Meester vasgestel²⁰⁷ en is gewoonlik by wyse van 'n verband vir die volle waarde van die skuldenaar se boedel gegee.²⁰⁸

Die vergoeding van die geregtelike bestuurder word hanteer in artikel 434A van die 1973 Wet en bepaal dat hy op vergoeding geregtig is en dat daardie vergoeding deur die Meester bepaal sal word.²⁰⁹ Ten einde die bedrag vergoeding vas te stel was die Meester verplig om sekere faktore in aanmerking te neem, soos die wyse waarop die geregtelike bestuurder sy werksaamhede verrig het asook om enige aanbeveling van die lede of skuldeisers van die maatskappy in die verband in ag te neem.²¹⁰ Artikel 151 en 151*bis* van die Insolvensiewet²¹¹ word ook bespreek onder die vergoeding van die geregtelike bestuurder²¹² en handel onderskeidelik oor die bevoegdheid waaroor 'n belanghebbende beskik om die hof by wyse van mosie te nader indien sodanige persoon ontevrede is met 'n beskikking van die meester.²¹³

Een van die redes wat aangevoer word vir die mislukking van geregtelike bestuur hou verband met die siening dat dit 'n baie duur prosedure daargestel het en die vergoeding van die geregtelike bestuurder het uiteraard hiertoe bygedra.

Alhoewel daar verskeie vergoedingsopsies bestaan het, onder andere 'n tydgebasseerde vergoeding, vergoeding gebasseer op 'n persentasie van die

²⁰⁶ 61/1973: art 429(1)(b).

²⁰⁷ 61/1973: art 429(1)(b).

²⁰⁸ Burdette 2004: 434.

²⁰⁹ 61/1973: art 434A(1).

²¹⁰ 61/1973: art 434A(2).

²¹¹ Insolvensiewet 24 van 1936.

²¹² 61/1973: art 434A(3).

²¹³ 24/1936: art 151-151*bis*.

waarde van die bates onder geregtelike bestuur, 'n insentief gebaseerde vergoeding waar die geregtelike bestuurder 'n geleentheid gegun is om ekwiteit in die maatskappy te bekom indien die maatskappy gered word.²¹⁴ Daar kon ook 'n kombinasie van die bogenoemde metodes aangewend word.²¹⁵ Die kommissiegebaseerde vergoeding is egter meestal in Suid-Afrika nagevolg, waar die geregtelike bestuurder geregtig was op 'n vasgestelde persentasie van die opbrengs van die bates in die boedel van die skuldenaar.²¹⁶ Volgens Burdette is die nadeel van hierdie vergoedingsopsie dat daar uitermatige hoë fooie betaalbaar is in die geval van skuldenaars met groot en waardevolle bates, terwyl die werklike werk wat deur die geregtelike bestuurder uitgevoer is nie noodwendig hierdie bedrag regverdig nie.²¹⁷ Die teenoorgestelde was natuurlik ook moontlik deurdat 'n geregtelike bestuurder baie werk kon insit om 'n redelike klein maatskappy te red, maar is as gevolg van die grootte en waarde van die maatskappy se bates nie ooreenkomstig sy werk betaal nie.²¹⁸

Die vergoeding van die geregtelike bestuurder vorm deel van die koste van geregtelike bestuur. Artikel 434(2) van die Wet het bepaal dat die gelde wat gedurende geregtelike bestuur beskikbaar word deur die geregtelike bestuurder aangewend moet word eerstens ter vereffening van die koste van die geregtelike bestuur daarna vir die dryf van die maatskappy se besigheid en laastens ter vereffening van eise van skuldeisers wat voor die datum van die bevel ontstaan het.²¹⁹ Laasgenoemde beteken dat die geregtelike bestuurder in effek 'n voorkeureis verkry aangesien hy geregtig is op vergoeding alvorens daar aan die maatskappy se ander verpligtinge aandag geskenk word.

²¹⁴ Kloppers 1999: 430.

²¹⁵ Kloppers 1999: 430. *"These opportunities include a time-based remuneration, remuneration based on a percentage of the assets under judicial management or an incentive based remuneration where the judicial managers would be able to obtain an equity interest where the corporate rescue is successful. A combination of these methods could also be considered".*

²¹⁶ Burdette 2004: 433.

²¹⁷ Burdette 2004: 433.

²¹⁸ Burdette: 2004: 433.

²¹⁹ 61/1973: art 434(2).

6.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

Die nuwe Wet maak as 'n reël nie voorsiening vir die verskaffing van sekuriteit deur die ondernemingsreddingspraktisyn nie. Ingevolge artikel 130 van die Wet is die enigste geval waar daar van die praktisyn verwag word om sekerheid te stel waar 'n geaffekteerde persoon, nadat die maatskappy die verrigtinge ingevolge art 129 aanhangig gemaak het, vereis dat die reddingspraktisyn sekerheid moet stel in die bedrag en op die voorwaardes wat deur die hof nodig geag word.²²⁰ Die feit dat die Wet nie uitdruklik van uit die staanspoor voorsiening maak vir die stel van sekuriteit is 'n drastiese afwyking van 'n verkansde beginsel in die Suid-Afrikaanse korporatiewe en insolvensiereg.²²¹ Daar kan dus gevra word wat die wetgewer se bedoeling was met die uitlating van so belangrike beginsel, veral in die lig van die omvangryke bevoegdhede wat die reddingspraktisyn te beurt val.²²²

Volgens die King-verslag:

"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."

Wat die vergoeding van die praktisyn betref bepaal artikel 143 dat die reddingspraktisyn geregtig is op vergoeding soos uiteengesit deur die Minister in

²²⁰ 71/2008: art 130(1)(c). "...requiring the practitioner to provide security in an amount and on terms and conditions that the court considers necessary to secure the interests of the company and any affected persons". 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 for the voluntary commencement of a business rescue procedure and an affected person has applied to court for the provision of security". Sien ook Loubser 2010: 508.

²²¹ Loubser 2010: 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; 24/1936: art 18, 56.

²²² Loubser 2010: 509.

die regulasies tot die Wet.²²³ Die regulasies bepaal dat die basiese vergoeding van die praktisyn vasgestel moet word by sy aanstelling deur die maatskappy self of deur die hof en dat dit beperk is tot sekere bedrae afhangend van die grootte van die maatskappy.²²⁴ In die geval van 'n klein maatskappy mag die praktisyn se vergoeding nie die bedrag van R 1250.00 per uur oorskry nie, met 'n maksimum van R 15 625.00 per dag.²²⁵ In die geval van 'n medium maatskappy mag die praktisyn se vergoeding nie die bedrag van R 1500.00 per uur oorskry nie, met 'n maksimum van R 18 750.00 per dag.²²⁶ In die geval van 'n groot maatskappy of 'n maatskappy in staatsbesit mag die praktisyn se vergoeding nie die bedrag van R 2000.00 per uur oorskry nie, met 'n maksimum van R25 000.00 per dag.²²⁷

Bo en behalwe die bepalinge vervat in die regulasies wat die sodanige verdere vergoeding sal bepaal maak die Wet voorsiening vir die aangaan van 'n ooreenkoms tussen die praktisyn en die maatskappy vir die verkryging van verdere vergoeding.²²⁸ word aan die hand van sekere gebeurlikhede soos in die Wet uiteengesit in artikel 143(2).²²⁹ Die gebeurlikhede hou verband met die aanneming van 'n besigheidsreddingsplan binne 'n spesifieke tyd en die bereiking van enige moontlike resultaat met betrekking tot die reddingsprosedures.²³⁰ Die ooreenkoms is slegs bindend op die partye indien dit deur 'n meerderheid skuldeisers goedgekeur word soos uiteengesit in artikel 143(3).²³¹

Dit wil dus voorkom asof die koste van die ondernemingsreddingsverrigtinge en spesifiek die vergoeding betaalbaar aan die reddingspraktisyn nie werklik 'n verbetering wat bekostigbaarheid betref daarstel nie.

²²³ 71/2008: art 143(1) en (6).

²²⁴ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 128(1).

²²⁵ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 128(1)(a).

²²⁶ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 128(1)(b).

²²⁷ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 128(1)(c).

²²⁸ 71/2008: art 143(2).

²²⁹ 71/2008: art 143(2)(a)-(b).

²³⁰ 71/2008: art 143(2)(a)-(b).

²³¹ 71/2008: art 143(3).

6.3 UNCITRAL

Die UNCITRAL-gids meld dat die verskaffing van sekuriteit, deur die praktisyn, vir die behoorlike uitvoer van sy pligte 'n wyse is om aanspreeklikheid op grond van skade aan te spreek.²³² Volgens die gids bestaan daar verskeie moontlikhede ten aansien van die wyse waarop die praktisyn die sekuriteit kan stel: hy kan dit gee by wyse van 'n verband of hy kan versekering uitneem ten einde enige verlies of skade te dek.²³³

Verskeie lande se insolvensiereg vereis beide die verkaffing van 'n verband sowel as versekering, die verskillende tipes sekuriteit sal dan vir verskillende tipes skade aangewend word.²³⁴ Daarteenoor vereis ander lande slegs die een of die ander.²³⁵

Die grootte van die verband is gewoonlik in verhouding met die waarde van die bates van die boedel ter sprake, in ander gevalle sal die bedrag van die verband of die versekeringsdekking deur die relevante professionele organisasie of liggaam vasgestel word, of selfs in die insolvensiewetgewing self.²³⁶

Die gids stel dit duidelik dat 'n insolvensiepraktisyn geregtig is op vergoeding. Daar word selfs voorgestel dat daar 'n mate van beloning of te wel insentief moet wees ten einde die praktisyn aan te spoor om 'n suksesvolle besigheidsredding mee te bring.²³⁷ Volgens die gids bestaan daar verskeie maniere waarop die vergoedingsbedrag vasgestel kan word, maar maak melding daarvan dat die

²³² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 184 item 62.

²³³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 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".

²³⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 184 item 62.

²³⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 184 item 62.

²³⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 184 item 62.

²³⁷ Burdette 2004: 433. "As far as the 'risk and reward' approach is concerned, it is submitted that there should be some sort of incentive for the business administrator to bring about a successful business rescue plan".

vergoeding van so aard moet wees dat dit inooreenstemming is met die kwalifikasies van die praktisyn asook die funksies wat deur hom verrig moet word, die gids meld ook dat die vergoeding 'n balans moet tref tussen risiko en beloning ten einde te verseker dat geskikte, gekwalifiseerde professionele persone daardeur gelok word.²³⁸

Van die metodes wat deur die gids gemeld word ter berekening van die vergoedingsbedrag sluit in: 'n goedgekeurde skaal van fooie waar die bedrag ahang van sekere faktore, vergoeding gebaseer op die tyd wat die uitoefening van sy pligte in beslag geneem het asook 'n berekening van 'n persentasie van die totale bedrag van die bates.²³⁹

Waar die fondse vandaan kom om die praktisyn te vergoed is volgens die gids nog 'n belangrike aspek rondom vergoeding.²⁴⁰ Die rede hiervoor is dat die bron van die fondse telkens vir die onversekerde skuldeiser problematies is omdat die algemeenste bron waaruit die vergoedingsfondse verkry word uit die opbrengs van onbeswaarde bates voortspruit, met die gevolg dat daar dikwels nie genoeg realiseerbare bates oorbly om hierdie skuldeisers se eise te betaal nie.²⁴¹ Volgens die gids bestaan daar egter oplossings om hierdie problematiek aan te spreek. Twee van hierdie oplossings wat veral uitstaan, behels eerstens dat die opbrengs van die onbeswaarde bates slegs aangewend mag word vir 'n bepaalde gedeelte van die vergoeding, en tweedens dat die praktisyn vergoed word uit 'n fonds wat deur die staat beheer word en spesifiek opgerig is ten einde insolvensie praktisyns te vergoed.²⁴² In die Suid-Afrikaanse konteks van besigheidsredding sal die eerste opsie in alle waarskynlikheid met groter sukses aangewend kan word om die belange van die onversekerde skuldeisers te beskerm.

²³⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 181 item 53. "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"

²³⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 182 item 51.

²⁴⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 182 item 58.

²⁴¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 182 item 58.

²⁴² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 182 item 58.

7. BOTSENDE BELANGE

Soos reeds hierbo genoem is die onafhanklikheid, objektiwiteit en die integriteit van die reddingspraktisyn van uiters groot belang. Dit vorm juis deel van die bepalings met die doel om te voorkom dat die praktisyn sy pligte moet uitvoer in konflik met sy persoonlike belange.

7.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

Soos reeds genoem gebeur dit dikwels dat die geregtelike bestuurder, by die mislukking van die reddingsprosedure, aangestel word as die likwidateur van dieselfde maatskappy.²⁴³ Die rede waarom hierdie verskynsel as botsende belange beskou word, kan as volg verduidelik word:

*"The fees for liquidation are often higher than the fees for judicial management. This represents a conflict of interest where a judicial manager or provisional judicial manager must recommend liquidation and then can apply for the appointment as liquidator."*²⁴⁴

Aangesien die mislukking van die reddingsproses 'n moontlike groter voordeel vir die reddingspraktisyn inhou, verdwyn die begeerte om alles moontlik te doen ten einde die maatskappy te red.

*"Judicial managers should be encouraged to make a success of judicial management by providing that judicial managers should not be appointed as liquidators in subsequent liquidation."*²⁴⁵

Die gebrek aan 'n bepaling ten einde bogenoemde te vermy, kan ook aangeteken word as 'n faktor wat bygedra het tot die lae sukseskoers van geregtelike bestuur.

²⁴³ Paragraaf 4 hierbo.

²⁴⁴ Kloppers 1999: 425.

²⁴⁵ Kloppers 1999: 430.

7.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

Dit wil voorkom asof die wetgewer die kritiek ten aansien van die gebrek aan 'n bepaling betreffende die moontlike botsende belange van die reddingspraktisyn in die vorige wetgewing ingedagte gehou het en derhalwe spesifiek daarvoor voorsiening gemaak het in die 2008 Wet.²⁴⁶

Daar is twee bepalings in die Wet wat hierdie onderwerp aanspreek. Die eerste en belangrikste van hierdie bepalings kan gevind word in artikel 140(4).²⁴⁷ Soos reeds genoem maak die nuwe Wet daarvoor voorsiening dat indien die maatskappy se redding misluk en die maatskappy moet oorgaan in likwidasieverrigtinge, die reddingspraktisyn nie as die likwidateur van daardie maatskappy aangestel kan word nie.²⁴⁸

Die ander belangrike bepaling vervat in die Wet, met die doel om enige botsende belange te probeer verhoed, word gevind in artikel 138(1) wat bepaal dat 'n persoon slegs aangestel kan word as praktisyn indien hy nie enige verwantskap met die maatskappy het wat 'n redelike en ingeligte derde party sou laat aflei dat die integriteit, onpartydigheid of objektiwiteit van daardie persoon deur daardie verwantskap in verdenking gebring word nie,²⁴⁹ en dat hy nie verwant is aan 'n persoon wie 'n verwantskap met die maatskappy het nie.²⁵⁰

Artikel 139 maak verder spesifiek voorsiening dat 'n geaffekteerde persoon die hof mag nader om 'n praktisyn van sy amp te onthef indien daar botsende belange of 'n gebrek aan onafhanklikheid by die praktisyn teenwoordig is.²⁵¹

Hierdie artikels is duidelik daarop gemik om enige familiariteit tussen die maatskappy en die praktisyn uit die weg te ruim en sal derhalwe bydra tot die

²⁴⁶ 71/2008.

²⁴⁷ 71/2008: art 140(4).

²⁴⁸ 71/2008: art 140(4). "Indien die ondernemingreddingsproses eindig met 'n bevel wat die maatskappy in likwidasie plaas, mag 'n persoon wat tydens die ondernemingreddingsproses as praktisyn opgetree het nie as likwidateur van die maatskappy aangestel word nie."

²⁴⁹ 71/2008: art 138(1)(d).

²⁵⁰ 71/2008: art 138(1)(e).

²⁵¹ 71/2008: art 139(2)(e).

voorkoming van botsende belange tydens ondernemingsreddingsverrigtinge.

7.3 UNCITRAL

Die Verenigde Nasies se gids ten aansien van insolvensie-aangeleenthede bevat 'n hele aantal aanbevelings met betrekking tot botsende belange. Volgens die gids is dit noodsaaklik vir 'n insolvensiepraktisyn om aan te dui dat hy onafhanklik van gevestigde belange, hetsy van 'n ekonomiese, familiêre of ander aard, optree.²⁵²

Die insolvensiepraktisyn behoort volgens die gids deur die reg verplig te word om enige moontlike botsende belange te openbaar en behoort te bepaal aan wie sodanige openbaarmaking moet geskied.²⁵³ Die gids stel verder voor dat die reg ook behoort te spesifiseer welke omstandighede as botsende belange beskou sal word asook wat die gevolge sal wees indien botsende belange wel deur die praktisyn openbaar word, of op 'n latere stadium ontdek word.²⁵⁴

"In order to enhance the transparency, predictability and integrity of an insolvency regime, it is desirable that an insolvency law specify the degree of relationship that gives rise to such a conflict of interest, including specifying those relationships which will disqualify a person from being appointed."²⁵⁵

Daar is 'n verskeidenheid van omstandighede wat aanleiding tot botsende belange kan gee: Botsende belange kan voorkom as gevolg van 'n reeks van voormalige of bestaande verhoudings met die skuldenaar byvoorbeeld 'n besigheidsverhouding met die skuldenaar, 'n verhouding met 'n skuldeiser van die skuldenaar ensovoorts.²⁵⁶

²⁵² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 176 item 42. "An essential element of these personal qualities is that the insolvency representative is able to demonstrate independence from vested interests, whether of an economic, familial or other nature".

²⁵³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 176 item 42.

²⁵⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 176 item 42.

²⁵⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 176 item 43.

²⁵⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 176 item 43.

8. PERSOONLIKE AANSPREEKLIKHEID

8.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

Die geregtelike bestuurder kon aanspreeklikheid opdoen ingevolge artikel 424 van die Wet.²⁵⁷

Artikel 424 bepaal dat indien dit te enige tyd blyk dat die besigheid van die maatskappy roekeloos of met die opset om skuldeisers te bedrieg gedryf is, die hof op aansoek kan verklaar dat 'n persoon wat wetens 'n party was by die dryf van die besigheid op die voormelde wyse persoonlik verantwoordelik is vir al of enige van die skulde of ander verpligtinge van die maatskappy soos die hof gelas.²⁵⁸ Indien die geregtelike bestuurder dus homself skuldig maak aan hierdie oortreding kan hy persoonlike aanspreeklikheid opdoen teenoor die maatskappy.

8.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

Dit is veral belangrik om daarop te let dat die besigheidsreddingspraktisyn ingevolge artikel 140(3) dieselfde verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid het as die direkteure van die maatskappy.²⁵⁹ Die aanspreeklikheid van die praktisyn word egter beperk in gevalle waar hy in goeie trou in die loop van die uitvoer van sy pligte enige daad of late begaan,²⁶⁰

²⁵⁷ 61/1973: art 424.

²⁵⁸ 61/1973: art 424(1). "Wanneer dit blyk, hetsy in 'n likwidasie, geregtelike bestuur of andersins, dat enige besigheid van die maatskappy roekeloos of met die opset om skuldeisers van die maatskappy of skuldeisers van 'n ander persoon te bedrieg, of met 'n bedrieglike oogmerk gedryf is of gedryf word, kan die Hof, op aansoek van die Meester, die likwidateur, die geregtelike bestuurder, 'n skuldeiser of 'n lid of kontribuant van die maatskappy, verklaar dat 'n persoon wat wetens 'n party was by die dryf van die besigheid op die voormelde wyse, persoonlik verantwoordelik is, sonder beperking van aanspreeklikheid vir al of enige van die skulde of ander verpligtinge van die maatskappy soos die Hof gelas". Vir 'n volledige bespreking aangaande die roekelose dryf van besigheid, sien hoofstuk 8 hieronder.

²⁵⁹ 71/2008: art 140(3)(b). "...has the responsibilities, duties and liabilities of a director of the company as set out in sections 75 to 77".

²⁶⁰ 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.

behalwe waar hy hom skuldig gemaak het aan growwe nalatigheid.²⁶¹

*"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."*²⁶²

Bradstreet is verder korrek in sy stelling dat indien die praktisyn met breë en omvangryke magte vertrou word ten einde sy funksies te verrig, sy aanspreeklikheid ten aansien van die uitvoering van daardie funksies net so breed en omvangryk behoort te wees.²⁶³

Waar die praktisyn sy wye magte konserwatief uitoefen, deur die skuldenaar toe te laat om in beheer te bly, is hy besig om die oogmerke van die reorganisasie te bevorder deurdat hy nie die bestuur benadeel omdat hulle die maatskappy tot besigheidsredding gewend het nie en sal hy waarskynlik harder werk om te poog om die maatskappy te red.²⁶⁴

Soos reeds genoem het die praktisyn dieselfde verpligtinge en aanspreeklikheid as die direkteur van die maatskappy.²⁶⁵ Dit sal meebring dat die praktisyn hom daarvan moet weerhou om enige van die handeling uit te oefen wat vir 'n direkteur aanspreeklikheid te weeg sal bring.²⁶⁶

8.3 UNCITRAL

²⁶¹ 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.

²⁶² Bradstreet 2010: 209.

²⁶³ Bradstreet 2010: 209.

²⁶⁴ Bradstreet 2010: 210.

²⁶⁵ 71/2008: art 140(3).

²⁶⁶ Sien 71/2008: art 22, 76, 77, 214 vir artikels waarin direkteure se verpligtinge en aanspreeklikheid uiteengesit word.

Die gids stel dit duidelik dat net soos wat daar 'n balans moet wees tussen die funksies wat die praktisyn uitvoer en sy vergoeding, daar ook 'n balans getref moet word tussen die standaard wat bevoegde prestasie van sy verpligtinge verseker en 'n standaard wat so streng is dat dit slegs hofsake teen die praktisyn aanmoedig en die koste van sy dienste opjaag.²⁶⁷

Die insolvensiereg van 'n land sal ook in aanmerking moet neem dat die aanspreeklikheid van die praktisyn dikwels die toepassing van ander regsbeginsele buite die insolvensiereg behels.²⁶⁸ Sou die praktisyn 'n lid wees van 'n professionele organisasie, kan die relevante professionele standarde van daardie organisasie ook 'n rol speel.²⁶⁹

Wanneer dit kom by die mate van sorg en vaardigheid wat van die praktisyn verwag sal word ten einde aanspreeklikheid vry te spring, stel die gids dit as volg:

"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."²⁷⁰

9. REGULERENDE LIGGAAM

Die argument dat daar 'n regulerende liggaam, waarvan die uitsluitelike doel is om die reddingsprosedure sowel as die reddingspraktisyn te reguleer, moet bestaan is al met verskeie geleenthede deur verkillende kenners geopper. 'n Bespreking van hierdie argument sal nou volg.

²⁶⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 183 item 60.

²⁶⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 183 item 60.

²⁶⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 183 item 60.

²⁷⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 184 item 61.

9.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

Ingevolge die 1973 Maatskappywet was daar geen regulering ten opsigte van die geregtelike bestuurder nie, behalwe vir die gevalle waar die Meester 'n rol gespeel het.²⁷¹

Die gebrek aan beheer oor die professionele handeling en kwalifikasies van geregtelike bestuurders is al telkemale aangeteken as 'n geweldige tekortkoming in die Suid-Afrikaanse reg aangesien dit aanleidning gee tot bedrog en selfs korrupsie sowel as algemene onbekwaamheid.²⁷² Laasgenoemde word ook spesifiek na verwys as een van die hoof redes waarom geregtelike bestuur in Suid-Afrika misluk het.²⁷³

Die Assosiasie van Insolvensiepraktisyns van Suid-Afrika²⁷⁴ het egter wel op hierdie gebied 'n rol gespeel. Volgens Rajak en Henning het hierdie Assosiasie 'n redelike mate van orde aan die praktyk gebring, maar ongelukkig is die lidmaatskap aan die Assosiasie vrywillig en nie 'n vereiste nie.²⁷⁵ Ten aansien van die gebrek aan regulering het hulle die volgende gesê:

"With no qualifications laid down and with no requirement for membership of a body with licensing and monitoring functions, there is considerable danger of irremedial incompetence and fraud in an area of commercial practice which often requires much business acumen and skill and which often leaves the judicial manager unsupervised while yet a trustee of the property, opportunities an resources of others."²⁷⁶

Die gebrek aan regulering beteken dat daar geen kwalifikasies, hetsy akademies of prakties, geen ervaring en geen professionele affiliasie deur die reg vereis is nie en die gevolge hiervan is dat daar geen beheer oor of dissiplinêre aksies teen 'n nalatige, oneerlike of onbekwame insolvensiepraktisyn is nie.²⁷⁷

²⁷¹ Loubser 2007: 124-125.

²⁷² Loubser 2007: 125.

²⁷³ Loubser 2007: 125.

²⁷⁴ *Association of Insolvency Practitioners of Southern Africa (Aipisa)*.

²⁷⁵ Rajak en Henning 1999: 268.

²⁷⁶ Rajak en Henning 1999: 268.

²⁷⁷ Loubser 2007: 125.

Volgens Loubser is daar genoegsame bewyse dat bedrog en korrupsie in hierdie industrie plaasvind en dat dit eintlik verwag kan word in enige professie waar die lede van die professie beheer oor ander se eiendom uitoefen, maar sonder dat daar enige toesig oor die lede self geskied.²⁷⁸

*"Proper regulation by a body that has the authority to regulate entry into the profession and to act against delinquents, including removing them from the profession entirely, is the acknowledged way to prevent or at least curb widespread irregularities."*²⁷⁹

9.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

Volgens artikel 138(1)(a) van die Wet sal 'n persoon nie as 'n ondernemingsreddingspraktisyn aangestel kan word, tensy daardie persoon deur die Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele Eiendom 'n lisensie om as sodanig op te tree toegeken word nie.²⁸⁰ Die artikel gaan verder deur in subartikel 2 daarvan te bepaal dat die Kommissie 'n lisensie aan enige gekwalifiseerde persoon mag gee ten einde as praktisyn op te tree en verder dat die Kommissie by magte is om die lisensie op te skort of terug te trek.²⁸¹

Dit is dus duidelik dat die wetgewer die behoefte aan die regulering van die reddingsprofessie in die 2008 Wet probeer aanspreek. Volgens die Wet sal die Minister by magte wees om regulasies te formuleer wat voorskryf welke standarde en prosedures deur die Kommissie gevolg sal word in die toekenning van lisensies aan praktisyne.²⁸²

Die konsepregulasies het voorsiening gemaak vir 'n Regulerende Raad vir

²⁷⁸ Loubser 2007: 137. *"This may be expected in any profession whose members are entrusted with control over substantial assets of other persons but without any real supervision"*.

²⁷⁹ Loubser 2007: 137.

²⁸⁰ 71/2008: art 138(1)(a)(ii). *"has been licensed as such by the Commission in terms of subsection (2)"*.

²⁸¹ 71/2008: art 138(2). *"For the purposes of subsection (1)(a)(ii), the Commission may license any qualified person to practice in terms of this Chapter and may suspend or withdraw any license in the prescribed manner"*.

²⁸² 71/2008: art 138(3)(a). *"The Minister may make regulations prescribing standards and procedures to be followed by the Commission in carrying out its licensing functions and powers in terms of this section"*.

Besigheidsreddingpraktik.²⁸³ Die finale regulasies het egter nie hierdie raad oorgeneem nie en maak geensins melding daarvan nie.

Alhoewel die regulasies nie meer vir die Raad voorsiening maak nie, sit dit steeds die funksie van die Kommissie ten aansien van regulering duidelik uiteen.

284

9.3 UNCITRAL

Die gids bevat nie baie bepalings oor die regulering van insolvensiepraktisyns nie. Die bepalings wat wel ten aansien van hierdie onderwerp in die gids vervat is handel oor *Independent appointing authorities*.²⁸⁵

Daar word voorgestel dat hierdie liggaam gemoeid moet wees met die algemene regulering van alle insolvensiepraktisyns sowel as die aanstelling van insolvensiepraktisyns.²⁸⁶ Volgens die gids sal bogenoemde benadering die voordeel inhou dat die liggaam professionele persone kan nader wie die nodige kennis en vaardigheid het om die omstandighede van 'n spesifieke geval, insluitend die aard van die skuldenaar se besigheid en ander aktiwiteite, die mark waarbinne die skuldenaar handeldryf of gedryf het en ander spesiale omstandighede te kan hanteer.²⁸⁷

²⁸³ *Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 132. Bradstreet 2010: 206. "In terms of the draft regulations, the functions of the Business Rescue Practice Regulatory Board are to advise the Minister on the qualifications to be required of business rescue practitioners, to manage the accreditation and keep a register of such persons, to establish 'standards and codes of good practice for the conduct of business rescue proceedings', to deal with complaints concerning the conduct of business rescue practitioners, and to perform any other functions 'necessary or ancillary' to those specified".*

²⁸⁴ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 126.*

²⁸⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law: 177 item 46.*

²⁸⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law: 177 item 46.*

²⁸⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law: 177 item 46. "This approach may have the advantage of allowing the independent appointing authority to draw upon professionals that will have the expertise and knowledge to deal with the circumstances of a particular case, including the nature of the debtor's business or other activities; the type of asset; the market in which the debtor operates or has operated; the special knowledge required to understand the debtor's affairs; or some other special circumstance".*

10. GEVOLGTREKKING EN SAMEVATTING

Uit die voorafgaande bespreking is dit duidelik dat die onderwerp aangaande die reddingspraktisyn, nie 'n maklike een is nie. Die gevolgtrekking wat wel bereik kan word is dat hierdie persoon 'n sentrale rol speel in die suksesvolle redding van 'n maatskappy, maar die teendeel is natuurlik ook waar naamlik dat die reddingsproses kan misluk as gevolg van die reddingspraktisyn.

Wat betref die beheer oor die bestuur van die maatskappy wil dit voorkom asof die 2008 Wet 'n daadwerklike verbetering aangebring het. Ingevolge die 1973 Wet is die beheer oor die maatskappy totaal van die direksie afgeneem en het die geregtelike bestuurder die bestuur van die maatskappy alleen behartig tydens die reddingsproses. Die nuwe Wet maak egter voorsiening vir 'n samewerking tussen die praktisyn en die direksie, met die doel om die praktisyn byvoorbeeld behulpsaam te wees in minder belangrike bestuursaangeleenthede.

Dit is egter duidelik dat die 2008 Maatskappywet 'n definitiewe verskuiwing vanaf die vervangingsbenadering maak, alhoewel die maatskappy wat ondernemingsredding ondergaan steeds nie as 'n "skuldenaar in besit" beskou kan word nie.²⁸⁸ Hierdie nuwe benadering kan die maatskappy se kanse op herstel grootliks verbeter. Volgens die UNCITRAL-gids behoort daar egter duidelike reëls te bestaan oor wat die direksie en die praktisyn se take onderskeidelik behels. Artikels 140 en 141 sit die take van die praktisyn uiteen, terwyl artikel 142 bepaal dat die direksie met die praktisyn moet saamwerk en hom behulpsaam moet wees.²⁸⁹ Derhalwe voldoen die 2008 Wet aan die riglyne van die gids in die verband.

Die kwalifikasievereistes ten aansien van praktisyns is ook verbeter. Waar die vorige Wet²⁹⁰ geen spesiale of algemene vereistes met betrekking tot kwalifikasies bevat het nie, maak die nuwe Wet²⁹¹ melding van verskeie vereistes

²⁸⁸ Bradstreet 2010: 200. Die maatskappy word byvoorbeeld steeds beperk ten aansien van handeling ten opsigte van die maatskappy se bates.

²⁸⁹ 71/2008: art 140, 141 en 142.

²⁹⁰ 61/1973.

²⁹¹ 71/2008.

waaraan die praktisyn moet voldoen. Die regulasies tot die Wet speel ook 'n belangrike rol met betrekking tot die kwalifikasievereistes van die reddingspraktisyn en bepaal byvoorbeeld dat wanneer die Kommissie oorweeg of 'n praktisyn van 'n lisensie voorsien moet word, die kwalifikasies van die praktisyn in ag geneem moet word.²⁹² Dit wil voorkom asof die nuwe bepalings inlyn is met die UNCITRAL-gids, veral vir sover dit die balans betref tussen die vasstelling van baie streng vereistes wat aanleiding gee tot die aanstelling van 'n hoog gekwalifiseerde persoon, maar wat die poel van professionele persone drasties verklein en aan die ander kant kwalifikasievereistes wat te laag is om die kwaliteit diens wat benodig word te waarborg.²⁹³

Kennis en ondervinding is ingevolge die 1973 Wet geïmpliseer deur die verpligtinge van die geregtelike bestuurder. Laasgenoemde het onder andere ingesluit bestuursvaardighede en kennis ten aansien van rekenkundige rekords. Die 2008 Wet bring weereens 'n groot verbetering aan deurdat beide die Wet en die regulasies daartoe dit duidelik maak dat kennis en ondervinding 'n groot rol speel in besigheidsredding.

Ingevolge die regulasies word kennis en ondervinding in besigheidsreddingpraktyk vereis.²⁹⁴ Alhoewel laasgenoemde 'n groot verbetering daarstel, naamlik dat die praktisyn wie as 'n likwidateur of selfs slegs as 'n prokureur gepraktiseer het nie aan die vereiste voldoen nie, daar baie min persone is wie wel aan hierdie vereiste sal kan voldoen. Die rede vir bogenoemde is dat Suid-Afrika nie oor 'n reddingskultuur beskik nie, maar eerder oor 'n likwidasiëkultuur, wat vanselfsprekend daartoe bydra dat baie min persone oor die nodige vaardighede beskik ten einde hulself as "*turnaround managers*" of

²⁹² Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 126(1)(a).

²⁹³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 174 item (B)37. "*In determining the qualifications required for appointment as an insolvency representative, it is desirable that a balance be achieved between stringent requirements that lead to the appointment of a highly qualified person, but which may significantly restrict the pool of professionals considered to be appropriately qualified and add to the costs of the proceedings, and requirements that are too low to guarantee the quality of the service required.*"

²⁹⁴ Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008: reg 127.

maatskappy dokters te kan beskou.²⁹⁵

'n Benadering wat wel aan oorweging geskenk behoort te word, is die aanstelling van regs persone as reddingspraktisyns, aangesien hierdie benadering 'n moontlike oplossing kan bied op die gebied van kennis en ondervinding, maar die aanstelling van regs persone as praktisyns is problematies aangesien die bepalings in die verband dubbelsinnig en onduidelik is.

Die nuwe bepalings rakende kennis en ondervinding blyk inlyn te wees met die UNCITRAL-gids. Laasgenoemde word bevestig deur die groot klem wat deur die gids op hierdie eienskappe geplaas word.

Die persoonlike eienskappe wat van 'n praktisyn verwag kan word, is nie in die 1973 Wet aangespreek nie. Daarteenoor vereis die nuwe Maatskappywet²⁹⁶ wel sekere persoonlike eienskappe wat by die praktisyn aanwesig moet wees. Beide die Wet²⁹⁷ en die King-veslag plaas 'n groot klem op die onafhanklikheid of te wel objektiwiteit van die praktisyn. Die regulasies bepaal verder dat die Kommissie slegs 'n besigheidsreddingslisensie aan 'n persoon sal toeken wat van goeie karakter en integriteit is.²⁹⁸ Die bepalings in die verband is dus ook besig om meer inlyn met die internasionale standaarde te kom. Die UNCITRAL-gids maak dit duidelik dat integriteit, onafhanklikheid en onpartydigheid eienskappe is wat deel van die praktisyn se kwalifikasievereistes behoort te wees.²⁹⁹

Die bevoegdhede en verpligtinge van die praktisyn het nie so geweldige gedaanteverwisseling ondergaan vanaf die vorige Wet nie.³⁰⁰ Daar het wel 'n paar nuwe verpligtinge bygekome soos byvoorbeeld die ontwikkeling en implimentering van 'n besigheidsreddingsplan.³⁰¹ Die grootste verandering lê egter in die bevoegdhede van die praktisyn opgesluit. Ingevolge die nuwe Wet

²⁹⁵ Burdette 2004: 429.

²⁹⁶ 71/2008.

²⁹⁷ 71/2008

²⁹⁸ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 126(4).

²⁹⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 188 item 115.

³⁰⁰ 61/1973.

³⁰¹ 71/2008: art 140(1)(d).

mag 'n praktisyn selfs aansoek doen by die hof dat 'n direkteur van sy amp ontslaan word.³⁰² Artikels 135 en 136 bevat verdere bepalings waaruit die verrykende magte van die reddingspraktisyn gesien kan word.³⁰³ Hierby ingesluit is die mag om die werking van sekere kontrakte waarby die maatskappy 'n party is op te skort, 'n mag wat nie voorheen aan die geregtelike bestuurder verleen is nie.³⁰⁴ Nog 'n voorbeeld kan gevind word in artikel 135 waar die praktisyn die bevoegdheid verleen word om verdere skuld namens die maatskappy aan te gaan op 'n wyse waarvoor daar nog nooit van te vore voorsiening gemaak is nie.³⁰⁵ Die UNCITRAL-gids stel voor dat die funksies van die praktisyn duidelik uit die wetgewing moet blyk en dat die wetgewing die nodige magte aan die praktisyn verleen ten einde sy funksies te kan uitvoer.³⁰⁶ Die nuwe Wet³⁰⁷ voldoen dus ook in hierdie verband aan die riglyne van die gids.

Die verskaffing van sekuriteit deur die praktisyn vir die behoorlike uitvoering van sy pligte het wel 'n gedaanteverwisseling ondergaan. Ingevolge die 1973 Wet is daar as 'n reël van die geregtelike bestuurder verwag om sekerheid te stel. In die nuwe Wet hoef die praktisyn slegs sekerheid te stel waar 'n geaffekteerde persoon tydens artikel 130-verrigtinge dit vereis.³⁰⁸ Verder hoef 'n praktisyn nie sekerheid te stel, vir sover die besigheidsredding deur die hof beveel is nie. Soos aangedui is die feit dat die Wet nie uitdruklik van uit die staanspoor voorsiening maak vir die stel van sekuriteit 'n drastiese afwyking van 'n verkansde beginsel in die Suid-Afrikaanse korporatiewe en insolvensiereg.³⁰⁹

In die lig van die praktisyn se omvangryke bevoegdhede, stel hierdie bepalings 'n probleem daar. Daar behoort van 'n praktisyn met sodanige mate van magte

³⁰² 71/2008: art 137(5).

³⁰³ 71/2008: art 135, 136.

³⁰⁴ 71/2008: art 136(2). 'n Soortgelyke bevoegdheid is egter aan die likwidateur verleen ingevolge sie vorige wetgewing.

³⁰⁵ 71/2008: art 135.

³⁰⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 178 item 49.

³⁰⁷ 71/2008.

³⁰⁸ 71/2008.

³⁰⁹ Loubser 2010: 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; 24/1936: art 18, 56.

altyd sekerheid vereis te word, selfs al dien dit slegs om 'n mate van persoonlike belang te skep sodat die praktisyn optree met die doel om die maatskappy te probeer red ingedagte. Selfs die UNCITRAL-gids meld dat die verskaffing van sekuriteit, deur die praktisyn, vir die behoorlike uitvoer van sy pligte 'n wyse is om aanspreeklikheid op grond van skade aan te spreek.³¹⁰ In hierdie verband stel die bepalings van die nuwe Wet wel 'n afwyking van die riglyne van die gids daar en word daar voorgestel dat die bepalings gewysig moet word, ten einde te bepaal dat die ondernemingsreddingspraktisyn as 'n reël sekerheid moet stel, onderhewig aan die diskresie van die hof.

Wat die vergoeding van die reddingspraktisyn betref wil dit aanvanklik voorkom asof die bepalings van die nuwe Wet en die regulasies daartoe 'n verbetering daarstel. Laasgenoemde stelling blyk uit die nuwe regulasies wat 'n vasgestelde vergoedingstruktuur bevat.³¹¹ Hieruit wou dit blyk asof ondernemingsredding wel 'n goedkoper reddingsprosedure daarstel as sy voorganger.³¹² Die Wet maak egter voorsiening vir die aangaan van 'n ooreenkoms tussen die praktisyn en die maatskappy vir die verkryging van verdere vergoeding gebaseer op sekere gebeurlikhede.³¹³ Op grond hiervan kan die opmerking gemaak word dat die vasgestelde vergoeding dus eintlik geen doel dien nie.

Die UNCITRAL-gids meld dat die vergoeding van so aard moet wees dat dit inooreenstemming is met die kwalifikasies van die praktisyn asook die funksies wat deur hom verrig moet word, die gids meld ook dat die vergoeding 'n balans moet tref tussen risiko en beloning ten einde te verseker dat geskikte, gekwalifiseerde professionele persone daardeur gelok word.³¹⁴ Daar kan gerus na die verskeie opsies vir die berekening van die praktisyn se vergoeding, vervat in die gids, gekyk word, wat moontlik met groter sukses in Suid-Afrika aangewend kan word ten einde 'n meer regverdige en goedkoper

³¹⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 184 item 62.

³¹¹ *Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008*: reg 128.

³¹² Daar is baie kritiek uitgespreek oor die hoë koste verbonde aan geregtelike bestuur en is ook telkens aangeteken as een van die redes waarom die proses nooit veel sukses gehad het nie.

³¹³ 71/2008: art 143(2).

³¹⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 181 item 53.

vergoedingstelsel daar te stel.

Ten einde te verseker dat die praktisyn onafhanklik en onpartydig van die maatskappy is, bevat die nuwe Wet³¹⁵ verskeie bepalings spesifiek gerig daarop om 'n botsing van belange te vermy. Die belangrikste verbetering op hierdie gebied word in die bepaling dat die ondernemingsreddingspraktisyn nie as die likwidateur van die maatskappy aangestel kan word sou die ondernemingsredding misluk nie gevind.³¹⁶ Daar het geen sodanige verbod in die vorige wetgewing bestaan nie, met die gevolg dat geregtelike bestuurders nie ingestel was op die redding van die maatskappy nie, maar eerder op die feit dat hulle meer finansiël sal baat indien die maatskappy oorgaan in likwidasië en die geregtelike bestuurder aangestel word as die likwidateur.³¹⁷ Volgens die UNCITRAL-gids is dit noodsaaklik vir 'n insolvensiepraktisyn om aan te dui dat hy onafhanklik van gevestigde belange, hetsy van 'n ekonomiese, familiêre of ander aard, optree.³¹⁸ Ook op hierdie gebied blyk die nuwe wetgewing inlyn met die internasionale standaard.

Alhoewel die praktisyn met breë en omvangryke bevoegdhede vertrou word, bestaan daar nie 'n genoegsame mate van persoonlike aanspreeklikheid vir die praktisyn waar hy nalatlik of bedrieglik optree nie. Wat verder nou hiermee in verband staan is die regulering van die praktisyns:

"...one can hardly expect the shareowners and directors of a company enthusiastically to embrace a rescue procedure that entails handing over complete control of the company and its assets to an outsider whose qualifications and ability to successfully fulfil his task are questionable, and whose actions are not subject to any close scrutiny or control by a professional organisation or other official body."³¹⁹

Deur voorsiening te maak vir die regulering van ondernemingsreddingspraktisyns

³¹⁵ 71/2008.

³¹⁶ 71/2008: art 140(4).

³¹⁷ Kloppers 1999: 430.

³¹⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 176 item 42. "An essential element of these personal qualities is that the insolvency representative is able to demonstrate independence from vested interests, whether of an economic, familial or other nature".

³¹⁹ Loubser 2007: 137.

deur die Kommissie het die wetgewer 'n stap in die regte rigting beweeg. Hopelik sal daar in die toekoms minder gevalle wees van praktisyne wat hulle posisie misbruik. Daar kan ook oorweging geskenk word aan die UNCITRAL-gids se voorstel van 'n liggaam waaronder alle insolvensiepraktisyne val en gereuleer word.

Ten slotte kan daar weereens bevestig word dat die reddingspraktisyn moontlik die belangrikste rolspeler in die reddingsproses daarstel.

HOOFSTUK 7

ROLSPELERS

1. DOELSTELLING EN WERKSWYSE

1.1 DOELSTELLINGS

Die doel van hierdie hoofstuk is tweeledig. Eerstens om vas te stel in welke mate die regte, bevoegdhede en verpligtinge van rolspelers en belanghebbendes van die maatskappy gewysig word deur die bepalings van die 2008 Maatskappywet.¹ Tweedens om vas te stel hoe hierdie partye se belange geraak word deur sekere bepalings vervat in die Wet.²

1.2 WERKSWYSE

Die werkswyse van hierdie hoofstuk behels 'n ondersoek na die wysigings in die bepalings rakende die betrokkenheid sowel as die regte en verpligtinge van die onderskeie rolspelers betrokke by die maatskappy. Die hof, direksie, lede, werknemers en skuldeisers as rolspelers sal ondersoek word deur hul posisies ingevolge die geregtelike bestuursproses met die nuwe ondernemingsreddingsverrigtinge te vergelyk. Daar sal ook ondersoek na die internasionale riglyne gedoen word deur te verwys na die bepalings vervat in die UNCITRAL-gids aangaande die relevante rolspelers. Aangesien daar alreeds na sekere van die aspekte in vorige hoofstukke verwys is, sal die bespreking slegs op die kernaspekte fokus.³ Alhoewel die reddingspraktisyn 'n belangrike rolspeler uitmaak, sal dit nie in hierdie hoofstuk weer aandag geniet nie omdat

¹ Maatskappywet 71 van 2008.

² 71/2008.

³ Weens die beperkte omvang van die studie sal daar slegs op sekere belangrike aspekte in die verband gefokus word

die posisie van die reddingspraktisyn reeds breedvoerig in Hoofstuk 6 bespreek is.

2. INLEIDING

Wanneer 'n maatskappy in finansiële nood verkeer en onder reddingsverrigtinge geplaas word, is daar verskeie partye betrokke wie daardeur geraak word. Die vernaamste rolspelers in die verband is die hof, die reddingspraktisyn,⁴ die direksie, die werknemers en die skuldeisers.⁵

3. DIE HOF

3.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

In die geregtelike bestuursprosedure van die 1973 Wet,⁶ het die hof 'n baie belangrike rol vervul. Die hof was verantwoordelik vir die aanhoor van die aansoek om 'n voorlopige geregtelike bestuursbevel en kon die aansoek toestaan, met vermelding van 'n keerdag, of die aansoek van die hand wys, of 'n ander bevel gee wat hy regverdig ag.⁷ Die hof was dus ook verantwoordelik vir die toestaan van die finale geregtelike bestuursbevel.⁸

Verskeie outeurs stel dit tereg dat die hof se betrokkenheid in die geregtelike bestuursproses 'n groot bydrae gelewer het tot die mislukking van die proses as

⁴ Aangesien die reddingspraktisyn volledig in Hoofstuk 6 bespreek word, sal daar geen bespreking aangaande hierdie rolspeler in hierdie hoofstuk vervat word nie.

⁵ Loubser 2007: 445. *"In the case of a business, the number of interested parties is often substantially larger: not only must the effect of the insolvency on the business's creditors be considered, but also the detrimental effect it will probably have on employees, investors, suppliers and especially where the business is substantial, the negative socio-economic effects on the wider community in which it operates.*

⁶ Maatskappywet 61 van 1973.

⁷ Cilliers ea 2001: 482.

⁸ 61/1973: art 432.

'n reddingsmodel.⁹ Die hoë kostes en verdragings verbonde aan die hofproses het mee gebring dat geregtelike bestuur as reddingsmeganisme selde as 'n gunstige oplossing beskou is:

"Creditors and the Court will not be persuaded to embrace a scheme where it will only result in the available assets being spent on the administration of the business-rescue scheme".¹⁰

Die feit dat daar twee aansoeke gebring moes word, het bygedra tot die hoë koste van die proses.¹¹

By die verlening van 'n voorlopige geregtelike bestuursbevel het die verlening van 'n algemene moratorium ten aansien van regsdinge teen die maatskappy ook by die diskresie van die hof berus.¹²

3.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

Die hof se betrokkenheid ingevolge die nuwe ondernemingsreddingsverrigtinge word beperk en dui dus alreeds op 'n moontlike verbetering op die gebied. Waar die skuldenaar self die proses aanhangig wil maak, neem die direksie 'n besluit wat opskrif gestel word en daarna geliasseer moet word.¹³ Hierdie proses het bykans geen koste-implikasies nie en kan baie vinniger geskied as 'n hofaansoek.¹⁴ Die hof is egter steeds betrokke by die inisiasieproses vir sover daar 'n aansoek deur 'n geaffekteerde persoon gebring word.

Volgens Harmer is 'n gebrek aan hofbetrokkenheid 'n positiewe element in 'n

⁹ Burdette 2004: 249; Kloppers 2001: 425; Loubser 2004: 151.

¹⁰ Kloppers 2001: 370. Rajak en Henning 1999: 268; Burdette 2004: 249. *"The costs incurred in running the process are so high that it does not make the process attractive for the creditors, as all available funds are spent on the process itself".*

¹¹ Kloppers 2001: 370. Rajak en Henning 1999: 268. *"Expenses are high where highly trained professional personnel are necessarily involved, and this is a supreme irony when we recall that the procedure is invoked only where there is too little rather than too much or enough money".*

¹² Loubser 2004: 153.

¹³ Maatskappywet 71 van 2008: art 129.

¹⁴ Kloppers 2001: 370.

suksesvolle reddingsmodel.¹⁵ Hy is van mening dat die hof nie betrokke hoef te wees in die aanvang van die reddingsproses nie, maar dat die hof eerder sy magte in 'n fasiliterende en toesighoudende hoedanigheid moet uitoefen.¹⁶ Sodanige benadering veroorsaak 'n vermindering in formaliteite en spaar tyd en onkoste.¹⁷ In hierdie benadering word die besluitneming dus oorgelaat aan die hoofrolspelers naamlik, die maatskappy self en die skuldeisers.¹⁸

Verder is die hof by magte om enige besware ten aansien van die maatskappybesluit ingevolge artikel 129 aan te hoor en daaroor te besluit.¹⁹

Die hof besluit ook oor welke wyse die proses beëindig gaan word, dit wil sê of die besluit of bevel tersyde gestel gaan word, en of die verrigtinge omgeskakel gaan word in likwidasierigtinge.²⁰

3.3 UNCITRAL

Volgens die UNCITRAL-gids is 'n goeie insolvensieregsisteem grootliks afhanklik van 'n goed-ontwikkelde institusionele raamwerk ten einde die toepassing van die reg te administreer.²¹ Die insolvensiesisteem, sal volgens die gids, slegs effektief kan wees indien die hof en amptenare verantwoordelik vir die implimentering daarvan die vermoë het om die mees effektiewe, tydige en regverdige uitkoms vir belanghebbendes kan verskaf.²²

In meeste jurisdiksies word insolvensie-aangeleenthede deur 'n judisiële gesag,

¹⁵ Harmer 1997: 152.

¹⁶ Harmer 1997: 152.

¹⁷ Harmer 1997: 152.

¹⁸ Harmer 1997: 152.

¹⁹ 71/2008: art 130.

²⁰ 71/2008: art 132.

²¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 33 item 1. "An insolvency law is a part of an overall commercial legal system and is heavily reliant for its proper application not only on a well-developed commercial legal system, but also on a well-developed institutional framework for administration of the law".

²² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 33 item 1.

gewoonlik 'n kommersiële hof of 'n hof met algemene jurisdiksie en in uitsonderlike gevalle 'n gespesialiseerde insolvensiehof geadministreer.²³ In sommige gevalle het die regters spesialiskennis ten aansien van insolvensie-aangeleenthede, terwyl dit in ander gevalle slegs nog een van vele ander judisiële verpligtinge daarstel.²⁴

Wanneer 'n insolvensiesisteen ontwikkel word, behoort daar oorweging geskenk te word aan die mate waarin die howe vereis gaan word om die verrigtinge te kontroleer asook of hul betrokkenheid beperk kan word tot sekere dele van die verrigtinge:

"In designing the insolvency law it may be appropriate to consider the extent to which courts will be required to supervise the proceedings and whether or not their role can be limited with respect to different parts of the proceedings or balanced by the role of other participants, such as the creditors and the insolvency representative. This is of particular importance where the insolvency law requires judges to deal quickly with difficult insolvency issues (which often involve commercial and business questions) and the capacity of the judiciary is limited, whether because of its size, a general lack of resources in the court system or a lack of specific knowledge and experience of the types of issue likely to be encountered in insolvency".²⁵

Ten einde die funksies wat deur die hof uitgeoefen moet word te beperk, maar terselfde tyd die nodige kontrole te verskaf, kan daar sekere funksies aan ander rolspelers toegeken word soos byvoorbeeld die insolvensiepraktisyn of 'n ander regulerende gesag.²⁶ Sodanige benadering is egter afhanklik van goed gekwalifiseerde insolvensiepraktisyns.²⁷

4. DIE DIREKSIE EN AANDEELHOUERS

4.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

²³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 33 item 2.

²⁴ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 33 item 2.

²⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 33 item 3.

²⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 34 item 4.

²⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 34 item 4.

4.1.1 DIE DIREKSIE

Ingevolge artikel 428 van die 1973 Wet word die direksie van die maatskappy by die verlening van 'n voorlopige geregtelike bestuursbevel van hul bestuursbevoegdheids ontnem.²⁸ Tydens die reddingsverrigtinge het die direksie dus nie 'n groot rol gespeel nie.

Daar het 'n plig op die finale geregtelike bestuurder berus om die sake en transaksies van die maatskappy te ondersoek ten einde vas te stel of 'n direkteur, of voormalige direkteur, van die maatskappy 'n bepaling van die 1973 Wet oortree of skynbaar oortree het of 'n ander misdryf gepleeg het,²⁹ asook om vas te stel of die direkteur moontlik persoonlik aanspreeklik is vir skadevergoeding of skadeloosstelling aan die maatskappy of vir skulde of verpligtinge van die maatskappy.³⁰

Belangrike bepalings ten aansien van die aanspreeklikheid van direkteure in die 1973 Wet is vervat in artikels 423 en 424 daarvan. Hierdie artikels bepaal dat wanneer dit tydens die geregtelike bestuur of likwidasië van 'n maatskappy blyk dat 'n direkteur, of voormalige direkteur, van die maatskappy geld of goed van die maatskappy wanaangewend het of weerhou het, kon die hof, op aansoek van die Meester of van die likwidateur ondersoek instel na die gedrag van die direkteur en kon die hof hom beveel om die geld of goed of 'n deel daarvan, met rente teen die koers wat die hof billik geag het, terug te betaal of terug te gee.³¹ Artikel 424 bepaal dat indien dit by die geregtelike bestuur of likwidasië van die maatskappy blyk dat enige besigheid van die maatskappy roekeloos³² of met die opset om te bedrieg of met 'n bedrieglike oogmerk gedryf is, kon die hof, op aansoek van die Meester, die geregtelike bestuurder of likwidateur, verklaar dat

²⁸ 61/1973: art 428(2).

²⁹ 61/1973: art 433(j).

³⁰ 61/1973: art 433(k).

³¹ 61/1973: art 432(1).

³² *S v Goertz* 1980 (1) SA 269. "What was required was proof that appellant acted recklessly judged by the standards of reasonable businessmen. The test is an objective one, not a subjective one. Proof of gross negligence is sufficient to obtain a conviction".

'n persoon wat wetens 'n party was by die dryf van die besigheid op sodanige wyse, persoonlik verantwoordelik is, sonder beperking van aanspreeklikheid, vir al of enige van die skulde of ander verpligtinge van die maatskappy.³³

Die roekelose bestuur van 'n maatskappy sluit ook handel in insolvente omstandighede in. Volgens Griffin behoort kommersiële insolvensie 'n aanduiding vir direkteure te gee dat die maatskappy in insolvente omstandighede verkeer.³⁴ Die rede waarom daar aanspreeklikheid opgedoen behoort te word vir handeldryf in insolvente omstandighede, is daarin geleë om die direksie, in bestuur van die maatskappy, te oorreed om op te hou om handel te dryf wanneer die maatskappy nie meer sy skulde kan betaal nie en die maatskappy dus in werklikheid ten koste van die skuldeisers verder bedryf word.³⁵

Aangesien die gemenereg bepaal dat die direksie van 'n maatskappy slegs teenoor die maatskappy in 'n vertrouensverhouding staan, blyk hierdie bepaling 'n teenstrydigheid daar te stel:

*"South African courts have never imposed a duty on directors to act in the interests of creditors, even in insolvent circumstances."*³⁶

'n Meer korrekte benadering kan gevind word in die volgende verduideliking deur Griffin:

*"However, in reality, such a perception was artificial because they failed to recognise that a corporate entity was comprised of various interest groups without which it would have no practical existence. Accordingly, directors' duties may be said to be owed to the 'company as a whole', an expression which not only encompasses the company as a commercial entity but also the interests of the general body of shareholders, company employees and corporate creditors."*³⁷

³³ 61/1973: art 424(1). Sodanige persoon sou ook aan 'n misdryf skuldig wees ingevolge art 424(3). Sien ook *Philotex (Pty) Ltd and Others v Snyman* 1998 (2) SA 138 (HHA).

³⁴ Griffin 1999: 6.

³⁵ Fourie 1994: 152. "...these provisions have a vital function in persuading those in control of companies in debt to stop carrying on business once the company cannot pay its debts due to insolvency and when in reality the business is being carried on at the expense of the creditors".

³⁶ Fourie 1994: 163; Griffin 1999: 7. "Traditionally, company directors were exclusively considered to owe such duties to the commercial entity in which they held office".

³⁷ Griffin 1999: 7.

Laasgenoemde siening word egter nie in die Suid-Afrikaanse konteks gehuldig nie en is die posisie aangaande die direksie se verpligtinge in die verband, volgens Fourie, in onsekerheid gehul.³⁸

Wat egter van belang is, is dat die bepaling ten doel gehad het om direkteure aan te moedig om beter toesig te hou oor die maatskappy se finansiële gesondheid en vinniger 'n insolvensieprosedure te inisieer, sou dit nodig wees.³⁹ Keay is van mening dat indien 'n prosedure vinniger geïnisieer word, daar heel waarskynlik meer gevalle van korporatiewe redding as roekelose handel sal wees.⁴⁰

4.1.2 DIE AANDEELHOUERS

"...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."⁴¹

As daar gekyk word na die rol wat aandeelhouers in die geregtelike bestuursproses gespeel het, kan die volgende opsomming gemaak word: Die aandeelhouers van die skuldenaar was by magte om 'n aansoek vir die aanvang van geregtelike bestuur te bring.⁴² Aandeelhouers word ook genooi na die vergadering ter benoeming van die finale geregtelike bestuurder en dit blyk dus asof die aandeelhouers ten minste in hierdie opsig 'n sê gehad het.⁴³ Tydens hierdie vergadering is die wenslikheid van 'n finale geregtelike bestuursbevel oorweeg en kon die aandeelhouers ook hier 'n bydrae lewer, alhoewel die wense

³⁸ Fourie 1994: 165.

³⁹ Keay 2005: 446.

⁴⁰ Keay 2005: 446.

⁴¹ Loubser 2008: 372.

⁴² 61/1973: art 346(1)(c) en (2); Loubser 2008: 374. Die aandeelhouer moes aandele hou in die maatskappy vir ten minste 6 maande.

⁴³ 61/1973: art 431; Loubser 2008: 375.

van die skuldeisers gewoonlik bo die wense van die lede oorweeg is.⁴⁴ Die aandeelhouers het nie die mag om die finale geregtelike bestuursbevel te laat wysig nie en dit plaas hulle in 'n baie netelige situasie.⁴⁵

Dit is dus duidelik dat die 1973 Wet baie min maatreëls bevat het wat daarop gemik was om die belange van die lede van die maatskappy te beskerm.⁴⁶ Alhoewel die lede die reg gehad het om van sekere inligting voorsien te word, het hulle nie die mag gehad om op grond van hierdie inligting te handel nie:⁴⁷

"Again, however it is unclear what a member can do apart from applying for the cancellation of the judicial management order, to rectify any unsatisfactory situation once he or she has completed such an inspection."⁴⁸

4.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

4.2.1 DIE DIREKSIE

Dit is van belang om daarop te let dat die direksie tydens ondernemingsreddingsverrigtinge, anders as in die geval van geregtelike bestuur, steeds in hul bestuursposisies aanbly, maar dat hulle nou hul verpligtinge uitvoer onder die gesag van die ondernemingsreddingspraktisyn.⁴⁹ Artikel 137 van die Wet bepaal verder wat die uitwerking van die reddingsverrigtinge op die direksie sal wees.⁵⁰

⁴⁴ Loubser 2008: 376. *"In reality, only the views of the creditors carry any real weight, because our courts have explicitly stated that if a major creditor or creditors oppose judicial management, then judicial management will not be ordered unless there are unusual circumstances or the court believes that judicial management will probably be in the interest of all creditors, including those opposing the order, and in the interest of shareholders".*

⁴⁵ Loubser 2008: 377. *"The lack of authority on the part of members to have the final order amended puts them at a serious disadvantage".*

⁴⁶ Loubser 2004: 159. *"Apart from the provisions on annual and other general meetings and financial statements which apply to the judicial manager, there is very little to protect the interests of members during judicial management".*

⁴⁷ Loubser 2004: 159; Loubser 2008: 379.

⁴⁸ Loubser 2004: 160.

⁴⁹ King III Praktyksnotas: Leiding op Besigheidsredding: 11.

⁵⁰ 71/2008: art 137(2)(a)-(d).

Ingevolge die oorgangsreëls vervat in bylaag 5 van die 2008 Wet word bepaal dat hoofstuk 14 van die 1973 Wet steeds toepassing sal vind by die likwidasië van insolvente maatskappye.⁵¹ Artikel 424 aangaande persoonlike aanspreeklikheid vir die roekelose dryf van besigheid is dus ook steeds van toepassing en moet te same met artikels 22, 76 en 77 van die 2008 Wet gelees word.

Artikel 22 van die Wet bepaal dat 'n maatskappy nie sy besigheid op 'n roekelose wyse, met growwe nalatigheid, met die bedoeling om enige persoon te bedrieg of vir enige bedrieglike doel moet bedryf nie.⁵² Dit is interessant om daarop te let dat die Maatskappywysigingswet die tweede gedeelte van artikel 22 geskrap het, naamlik die bepaling dat 'n maatskappy ook nie in insolvente omstandighede handel mag dryf nie.⁵³ Artikel 77 bepaal verder dat indien 'n direkteur stilswyend ingestem het tot die dryf van die maatskappy se sake, wetende dat dit gedoen is op 'n manier wat deur artikel 22 verbied word, sal daardie direkteur aanspreeklik wees vir enige verlies of skade gely of koste aangegaan deur die maatskappy as gevolg daarvan.⁵⁴ 'n Punt van kritiek ten opsigte van hierdie bepaling is dat die graad van nalatigheid wat van toepassing is op die roekelose dryf van besigheid growwe nalatigheid is en nie slegs gewone redelike persoon nalatigheid nie.⁵⁵

'n Direkteur van 'n maatskappy onder toesig, sal vrygespreek word van hierdie aanspreeklikheid indien hy handel ingevolge die voorskrifte uiteengesit in artikel 137(2), naamlik om onder die gesag van die praktisyn sy verpligtinge na te kom en om nie enige inligting of samewerking te weerhou nie.⁵⁶

Artikel 22 van die 2008 Maatskappywet dien soortgelyk aan artikel 424 van sy voorganger om die direksie van die maatskappy te oorreed om so gou as

⁵¹ 71/2008: bylaag 5, item 9.

⁵² 71/2008: art 22(1)(a).

⁵³ Maatskappywysigingswet 3 van 2011: art 14. 'n Moontlike verduideliking hiervoor is dat handeldryf in insolvente omstandighede as deel van roekelose handel geag word.

⁵⁴ 71/2008: art 77(3)(b).

⁵⁵ Bradstreet 2011: 365.

⁵⁶ 71/2008: art 137(2)(d).

moontlik op die finansiële nood van die maatskappy te reageer. Bradstreet maak egter tereg die opmerking dat die growwe nalatigheid wat deur artikel 22 vereis word, 'n te hoë maatstaf daarstel en dat die direkteure van die maatskappy veel makliker aanspreeklik gehou behoort te word indien hulle nie vinnig genoeg reageer nie.⁵⁷

4.2.2 DIE AANDEELHOUERS

Die aandeelhouers van 'n maatskappy speel steeds 'n groot rol in die ondernemingsreddingsverrigtinge soos vervat in die 2008 Wet.⁵⁸ Aandeelhouers val ingevolge artikel 128 onder die groep "geaffekteerde persone",⁵⁹ en kan derhalwe aanspraak maak op al die regte en bevoegdhede wat aan hierdie groep toegeken word. Aandeelhouers kan dus ingevolge artikel 131 by die hof aansoek doen om die maatskappy onder toesig te plaas,⁶⁰ aandeelhouers is ook geregtig om kennis te ontvang van al die verrigtinge en vergaderings wat met ondernemingsredding in verband staan.⁶¹

Artikel 137 van die 2008 Wet bevat bepalinge aangaande die uitwerking van ondernemingsredding op die aandeelhouers van die maatskappy.⁶² Die artikel bepaal dat 'n verandering in die klassifikasie of status van enige uitgereikte sekuriteite tydens 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 beoog is in 'n goedgekeurde

⁵⁷ Bradstreet 2011: 365. *"It is submitted, however, that the current standard of 'carrying on the the company's business recklessly, with gross negligence, with intent to defraud any person, or for any other purpose' is too high a threshold to coerce directors into acting as soon as possible, and that directors ought to be more easily held liable for fialure to have recourse to Chapter 6 in cases where failure to have such recourse detrimentally affects the company to which they owe a fiduciary duty of care, skill and diligence".*

⁵⁸ 71/2008.

⁵⁹ 71/2008: art 128(1)(a)(i).

⁶⁰ 71/2008: art 131.

⁶¹ 71/2008: art 129(3)(a), art 130, art 146, art 150, art 151, art 152.

⁶² 71/2008: art 137.

reddingsplan.⁶³

Alhoewel dit blyk asof die posisie van hierdie rolspelers deur die nuwe bepalings verbeter is, is dit ook nodig om na die kritiek in die verband te verwys. Byvoorbeeld, die reg om 'n alternatief tot die ondernemingsreddingsplan voor te stel word toegeken aan die aandeelhouders, maar hierdie reg is beperk tot slegs '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".⁶⁴

4.3 UNCITRAL

4.3.1 DIE DIREKSIE

Die UNCITRAL-gids verwys na die verpligtinge van die skuldenaar wat onder insolvensieverrigtinge verkeer.⁶⁵ Daar word melding gemaak van verpligtinge soos die verskaffing van relevante inligting sowel as die gee van samewerking. Daar word ook gemeld welke sanksies van toepassing sal wees vir die versuim om die pligte na te kom.⁶⁶ Die gids stel dit duidelik dat daar vasgestel behoort te word of die direkteure ook vatbaar is vir laasgenoemde sanksies.⁶⁷

Wat die handel in insolvente omstandighede betref, maak die gids, teleurstellend, slegs 'n terloopse opmerking aangaande die die plig op die

⁶³ 71/2008: art 137(1)(a)-(b). Rushworth 2010: 388.

⁶⁴ 71/2008: art 144. Loubser 2010: 696.

⁶⁵ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 170 item 32.

⁶⁶ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 170 item 32.

⁶⁷ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 170 item 33. *"Consideration may also need to be given to the parties to whom the sanctions should apply in the case of a legal person debtor, for example, any person who generally might be described as being in control of the debtor, including directors and management"*.

direksie om insolvente handel te verhoed.⁶⁸

4.3.2 DIE AANDEELHOUERS

Die gids bied ongelukkig geen leiding ten aansien van die rol wat deur aandeelhouders gespeel word tydens internasionale reddingsprosedures nie.

5. DIE WERKNEMERS EN VAKBONDE

5.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

'n Besigheidsreddingsproses is uit die aard van die saak vir die werknemers van daardie maatskappy van groot belang. Hulle staan baie te verloor indien die maatskappy onsuksesvol is en daar sou geargumenteer kon word dat die maatskappyereg hulle ten minste in hierdie opsig in ag moes neem, maar die 1973 Wet maak geensins eers melding van die werknemers nie.⁶⁹

Werknemers het nie 'n baie belangrike rol gespeel in die geregtelike bestuursproses nie en so byvoorbeeld was 'n werknemer nie by magte om aansoek te doen by die hof vir die verlening van 'n geregtelike bestuursbevel nie.⁷⁰

Slegs indien die werknemer ook 'n skuldeiser van die maatskappy was, sou hy geregtig wees om: aansoek te doen vir 'n geregtelike bestuursbevel, kennis te ontvang aangaande die maatskappy se finansiële posisie, sy mening aangaande die wenslikheid van 'n geregtelike bestuursbevel te opper asook om 'n mening oor die aanstelling van die geregtelike bestuurder te hê.⁷¹

"And, indeed, throughout the judicial management it is only as a creditor that he (the employee) has any say and any right to be informed and consulted."⁷²

⁶⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 278 item 89 voetnoot 16.

⁶⁹ Blackman 1993: 560.

⁷⁰ Blackman 1993: 560. Die uitsondering hierop was indien die werknemer ook 'n skuldeiser van die maatskappy was.

⁷¹ Blackman 1993: 560.

⁷² Blackman 1993: 560.

As gevolg van die nadeel wat aan die werknemers veroorsaak kan word as gevolg van gebrekkige kennis aangaande die maatskappy se finansiële toestand, is daar 'n nuwe artikel 197B in die Wet op Arbeidsverhoudinge gevoeg.⁷³ Alhoewel die nuwe artikel nie uitdruklik na geregtelike bestuur verwys nie, maar bepaal dat enige maatskappy wat in finansiële nood verkeer sy werknemers dienooreenkomstig daarvan moes inlig, is daar geargumenteer dat dit ook in gevalle van geregtelike bestuur toepassing vind.⁷⁴

Daar is egter baie goeie redes waarom die bestuur van die maatskappy in finansiële nood eerder hul omstandighede stil wil hou totdat die reddingsplan in plek is:

"This is particularly true if the rescue operation is to take the form of judicial management because of the fact that a general stay on all actions against the company has to be specifically applied for and then only comes into effect once the provisional judicial management order has been issued. As soon as details of the company's financial problems become known, the chances of a successful business rescue are reduced to almost nil."⁷⁵

Loubser maak tereg die opmerking dat indien die bepalings van artikel 197B nagevolg word, dit tot gevolg kan hê dat 'n maatskappy wat dalk nog gered kon word se kanse op sukses sal verdwyn.⁷⁶

Verder is dit onafwendbaar dat van die werknemers van 'n maatskappy in finansiële nood afgelê sal moet word, hetsy as 'n meganisme om kostes te bespaar of as gevolg van die feit dat 'n deel van die besigheid nie meer funksioneer nie en die werknemers dus oorbodig is.⁷⁷ Daar was egter geen bepalings in die 1973 Wet om die hantering van werknemers vir die geregtelike bestuurder te vergemaklik nie. Indien die aflegging van werknemers noodsaaklik

⁷³ Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995; Loubser 2005: 61.

⁷⁴ Loubser 2005: 61.

⁷⁵ Loubser 2005: 62.

⁷⁶ Loubser 2005: 62. *"Complying with the requirements of section 197B(1) could therefore push a company that had the potential to survive, over the edge of bankruptcy so that liquidation of the company becomes inevitable"*.

⁷⁷ Loubser 2005: 64. *"Any rescue attempt will invariably involve downsizing of the company's workforce..."*.

was ten einde 'n redding te bewerkstellig, het die geregtelike bestuurder hom in dieselfde posisie bevind as wat die geval sou wees indien die maatskappy nie in finansiële nood verkeer het nie.⁷⁸ Laasgenoemde beteken dat die werknemers op grond van die werkgewer se operasionele vereistes ontslaan word.⁷⁹ Hierdie ontslag moes voldoen aan artikel 188 van die Wet op Arbeidsverhoudinge welke artikel die vereistes vir 'n billike ontslag uiteensit, naamlik prosedurele en substantiewe billikheid.⁸⁰ Die werknemers wat op hierdie wyse ontslaan is, was ook geregtig op skeidingspakkette gelykstaande aan een week se vergoeding vir elke diensjaar.⁸¹ Werknemers se eise op grond van agterstallige salarisse en ander voordele is as voorkeureise beskou en is uit die vrye oorskot betaal.⁸²

Die verpligtinge wat ingevolge laasgenoemde op die geregtelike bestuurder en die maatskappy geplaas word, plaas die maatskappy wat reeds in moeilike omstandighede verkeer in 'n netelige situasie.⁸³

5.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

Werknemers en hul verteenwoordigende vakbonde word, soos aandeelhouers, as geaffekteerde persone geklassifiseer.⁸⁴

Die posisie van werknemers het baie verbeter ingevolge die nuwe ondernemingsreddingsverrigtinge. Werknemers en/of hul verteenwoordigers is

⁷⁸ Loubser 2005: 66. *"As it is, a judicial manager attempting to reduce the workforce, no matter how imperative to the rescue of the company it may be, finds himself in exactly the same situation and subject to the same restrictions, rules and regulations applicable to a perfectly solvent and healthy company"*.

⁷⁹ Van Eck, Borraine en Steyn 2004: 907. *"The LRA recognizes financial hardship as a fair reason for dismissal based on the employer's operational requirements"*.

⁸⁰ 66/1995: art 188; Van Eck, Borraine en Steyn 2004: 907. "

⁸¹ Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997; Van Eck, Borraine en Steyn 2004: 914.

⁸² Cilliers ea 2001: 547.

⁸³ Loubser 2005: 67. *"Needless to say, all of this could have an extremely adverse effect on a company already teetering on the brink of collapse"*.

⁸⁴ 71/2008: art 128(1)(a)(ii)-(iii).

nou geregtig om aansoek te doen om die maatskappy onder toesig te plaas,⁸⁵ 'n bevoegdheid wat nie van te vore aan werknemers toegeken is nie.

Werknemers en elke geregistreerde vakbond wat werknemers verteenwoordig is ook geregtig op kennis van verrigtinge en vergaderings.⁸⁶ Waar die direksie die reddingsverrigtinge by wyse van 'n besluit aanhangig gemaak het, moet daar 'n kennisgewing tot die effek, binne vyf dae aan die geaffekteerde persone gestuur word.⁸⁷ Werknemers is ook by magte om ingevolge artikel 130 van die Wet by die hof aansoek te doen om die besluit deur die direksie tersyde te stel en selfs om die aanstelling van die praktisyn aan te veg.⁸⁸ Artikel 144 van die Wet sit die regte van die werknemers tydens die verrigtinge uiteen.⁸⁹

Artikel 136 van die Wet bevat bepalinge aangaande die uitwerking van ondernemingsredding op werknemers en hul dienskontrakte.⁹⁰ Die artikel lei as volg:

*(1) Ongeag enige bepaling van 'n ooreenkoms tot die teendeel—(a) bly werknemers van die maatskappy onmiddellik voor die aanvang van daardie verrigtinge tydens 'n maatskappy se ondernemingreddingsverrigtinge op dieselfde bepalinge en voorwaardes in diens, behalwe in die mate dat— (i) veranderinge in die gewone gang van natuurlike afname plaasvind; of (ii) die werknemers en die maatskappy, ooreenkomstig toepaslike arbeidswetgewing, verskillende bepalinge en voorwaardes ooreenkom; en (b) is enige afdanking van enige sodanige werknemers beoog in die maatskappy se ondernemingreddingsplan onderhewig aan artikels 189 en 189A van die Wet op Arbeidsbetrekkinge, 1995 (Wet No. 66 van 1995), en ander toepaslike indiensnemingsverwante wetgewing.*⁹¹

Laasgenoemde beteken dus dat die werknemers dieselfde regte en voorregte het as wat hulle gehad het voordat die redding 'n aanvang geneem het, tensy

⁸⁵ 71/2008: art 131.

⁸⁶ 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".

⁸⁷ 71/2008: art 129(3)(a).

⁸⁸ 71/2008: art 131(1)(a)-(b).

⁸⁹ 71/2008: art 144.

⁹⁰ 71/2008: art 136.

⁹¹ 71/2008: art 136(1)(a)-(b).

daar 'n ooreenkoms tot die alternatief bereik is. Die werknemers word ook beskerm deur die bepalings vervat in artikel 136, wat bepaal dat die praktisyn die werking van sekere kontrakte mag opskort, behalwe in die geval van dienskontrakte.⁹²

Wat betref enige agterstallige lone en salarisse wat ontstaan het voor die verrigtinge 'n aanvang geneem het, is die werknemers preferente skuldeisers van die maatskappy.⁹³

Indien enige vergoeding, terugbetaling vir uitgawes of enige ander bedrag met betrekking tot indiensneming, tydens die ondernemingsreddingsverrigtinge aan 'n werknemer betaalbaar raak, maar nie aan die werknemer betaal word nie, word die geld geag na-aanvangsfinansiering te wees en sal dit betaal word volgens 'n bepaalde voorkeurorde.⁹⁴ Na-aanvangsfinansiering behels die leen van geld deur die maatskappy vir die voortsetting van die maatskappy se besigheid. Artikel 135 bepaal die voorkeurorde waarin die werknemers van die maatskappy betaal sal word.⁹⁵ Die werknemers sal ingevolge hierdie bepalings voor die leners van die na-aanvangsfinansiering betaal word, hetsy hulle verseker is aldan nie, asook voor alle onversekerde skuldeisers.⁹⁶ Laasgenoemde veroorsaak egter 'n baie nadelige situasie vir die onversekerde skuldeisers.

Die feit dat die nuwe reddingsmodel soveel regte aan die werknemers toeken kan misbruik tot gevolg hê:

"This application may become subject to abuse as a bargaining tool for salary and wage negotiations by employees and trade unions..."⁹⁷

5.3 UNCITRAL

⁹² 71/2008: art 136(2)-(2A); Rushworth 2010: 387.

⁹³ 71/2008: art 144(2); Davis ea 2010: 237.

⁹⁴ 71/2008: art 135(1)(a)-(b).

⁹⁵ 71/2008: art 135(3).

⁹⁶ 71/2008: art 135(3)(a)-(b).

⁹⁷ Bradstreet 2011: 358.

Volgens die UNCITRAL-gids kan 'n reddingstelsel ook die beskerming van kwesbare groepe soos die werknemers van die maatskappy as doelstelling hê.⁹⁸

Sommige stelsels plaas baie klem op die beskerming van weknemers en die onderhouding van die arbeidsvermoë tydens insolvensie, terwyl ander stelsels die inkorting van die maatskappy se besigheid en afleggings voorstel, met die gevolg dat die werknemers die minimum beskerming geniet.⁹⁹

Die gids erken egter die swakker posisie waarin werknemers hulself bevind met betrekking tot onderhandeling en kan dus die nut van beskermende bepalinge insien.¹⁰⁰ Om laasgenoemde rede beveel die gids aan dat daar beskermende maatreëls moet wees wat die bevoegdhede van die insolvensiepraktisyn beperk met betrekking tot die opskorting en beëindiging van kontrakte, spesifiek dienskontrakte.¹⁰¹

Wat die eise van werknemers betref bepaal die gids dat verskeie jurisdiksies voorkeureise verleen aan werknemers vir die verhaal van agterstallige salarisse en ander diensvoordele.¹⁰² In ander jurisdiksies word geen voorkeureise aan werknemers toegeken nie en het werknemers gewone onversekerde eise.¹⁰³

6. DIE SKULDEISERS

⁹⁸ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 15 item 17.

⁹⁹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 15 item 17.

¹⁰⁰ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 70 item 87.

¹⁰¹ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 131 item 145. *"The difficult question is generally the extent to which these provisions will have an impact on the insolvency, raising issues that are much broader than termination of the contract and priority of monetary claims in respect of unpaid wages and benefits. For these reasons, a number of States have adopted special regimes to deal with the protection of employees' claims in insolvency and, in order to avoid insolvency proceedings being used as a means of eliminating employee protection, these laws specifically limit the insolvency representative's ability to reject labour contracts"*.

¹⁰² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 272 item 72.

¹⁰³ UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 272 item 72.

6.1 MAATSKAPPYWET 61 VAN 1973

Aangesien die geregtelike bestuursproses 'n skuldeiser-vriendelike stelsel daargestel het, kan daar verwag word dat die skuldeisers van die maatskappy een van die belangrikste rolspelers in die reddingsproses was.

Die skuldeisers was geregtig om: by die hof aansoek te doen om 'n geregtelike bestuursbevel, asook om kennis te ontvang aangaande die maatskappy se finansiële posisie, sy mening aangaande die wenslikheid van 'n finale geregtelike bestuursbevel te opper asook om 'n mening oor die aanstelling van die geregtelike bestuurder te hê.¹⁰⁴

Indien die skuldeisers van die maatskappy teenkanting oor enige aspek van die reddingsproses uitgespreek het, het hulle gewoonlik geslaag daarin om 'n stop daaraan te sit.

Van belang is egter die feit dat die groot skuldeisers van die maatskappy, soos banke, meestal in beheer van sake was:

"The creation of a business rescue culture in South Africa also requires a change of attitude from the banks. Banks are often the major creditors of a business and have a lot of power in insolvency situations. Even where the other creditors might be willing to extend some leniency towards a business in order to sell it as a going concern it would be in the hands of the major creditor, with the overwhelming majority of votes, to decide between the possibility of a business rescue and the otherwise inevitable liquidation."¹⁰⁵

6.2 MAATSKAPPYWET 71 VAN 2008

Alhoewel die nuwe ondernemingsreddingsmodel meer skuldenaar-vriendelik is, is die belange van die skuldeisers nie uit die oog verloor nie.¹⁰⁶ Aangesien skuldeisers ook as geaffekteerde persone geklassifiseer word, is hulle geregtig op dieselfde regte en voorregte wat aan werknemers en aandeelhouers toegeken is wat betref die aanvang van die verrigtinge sowel as die ontvang van

¹⁰⁴ 61/1973.

¹⁰⁵ Kloppers 1999: 427.

¹⁰⁶ Bradstreet 2011: 378.

kennisgewings ten aansien van die verrigtinge.¹⁰⁷ Skuldeisers beskik egter oor addisionele regte ook, waaroor die werknemers en aandeelhouers van die maatskappy nie doen nie, soos byvoorbeeld stemregte.¹⁰⁸

Skuldeisers is nie net geregtig om self aansoek te doen om die maatskappy onder toesig te plaas waar die direksie nie gou genoeg op die omstandighede reageer nie, maar ook om 'n oorywerige besluit deur die direksie om met ondernemingsredding te begin, te bevraagteken.¹⁰⁹ Skuldeisers is dus nou meer betrokke by die reddingsproses as ooit te vore veral wanneer dit by besluitneming kom.

'n Groter uitbetaling aan skuldeisers word ook as een van die doelstellings van die ondernemingsreddingsplan gemeld in artikel 128(1)(b) van die Wet.¹¹⁰

Dit is belangrik dat 'n reddingsmodel die skuldeisers van die maatskappy aanmoedig om deel te neem aan die reddingsproses eerder as om die planne vir die redding van die maatskappy af te skiet:

"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".¹¹¹

6.3 UNCITRAL

¹⁰⁷ 71/2008: art 128(1)(a)(i) & art 145.

¹⁰⁸ 71/2008: art 145(2)(a); Rushworth 2010: 397.

¹⁰⁹ 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".*

¹¹⁰ 71/2008: art 128(1)(b)(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 likwidasië van die maatskappy sou voortspruit".*

¹¹¹ Smits 1999: 90.

Dit blyk duidelik uit die UNCITRAL-gids dat skuldeisers ook 'n beduidende rol in die internasionale insolvensiereg speel. In die gids word daar deurentyd klem geplaas op 'n groter uitbetaling aan skuldeisers as een van die doelstellings van 'n reddingsprosedure:

"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."¹¹²

7. GEVOLGTREKKING EN SAMEVATTING

Hoe die verskillende partye betrokke by reddingsverrigtinge daardeur geraak word, is 'n belangrike oorwegingspunt. Verder van belang is die magte en bevoegdhede wat deur die insolvensiewetgewing aan die betrokke partye gegee word en die uitwerking daarvan op die reddingsproses.

Kenmerkend van die geregtelike bestuursproses was die groot mate van hofbetrokkenheid. Laasgenoemde punt het gereeld onder kritiek deurgeloop en is geïdentifiseer as een van die hoofredes vir die mislukking van geregtelike bestuur as reddingsmodel. Die feit dat die hof se betrokkenheid bygedra het tot die hoë kostes van die proses sowel as die hof se uitsluitelike diskresie ten aansien van verskeie belangrike aspekte, was die hoofpunte van kritiek. Die nuwe ondernemingsreddingsmodel het weggedoen met die groot mate van hofbetrokkenheid. Ingevolge die nuwe reddingsmodel sal die hof meestal slegs optree in 'n fasiliterende en toesighoudende hoedanigheid. Laasgenoemde stel dus 'n groot verbetering daar. Die nuwe model blyk verder inlyn met die internasionale standaard, soos vervat in die UNCITRAL-gids, te wees. Die funksies van die hof word beperk deurdat dit gedelegeer word aan ander rolspelers, terwyl daar steeds die nodige kontrole uitgeoefen word.

Ingevolge die geregtelike bestuursproses is die direksie van hul

¹¹² UNCITRAL dokument *Legislative guide to Insolvency Law*: 210 item 3.

bestuursbevoegdheids ontnem terwyl ondernemingsredding ingevolge die 2008 Wet voorsiening maak vir die voortsetting van die direksie se bestuursbevoegdheids, maar onder die beheer en gesag van die reddingspraktisyn.

Die direksie van 'n maatskappy onder geregtelike bestuur kon ingevolge artikel 424 van die 1973 Wet persoonlike aanspreeklikheid vir enige verliese aan of skulde van die maatskappy, opdoen vir roekelose handel, waarby handel in insolvente omstandighede ingesluit word. Laasgenoemde bepaling vind steeds toepassing in die nuwe Wet en bring dus mee dat artikel 424 van die 1973 Wet saam met die nuwe bepalings aangaande persoonlike aanspreeklikheid vir roekelose handel, soos vervat in die 2008 Wet, geld. Soos dit duidelik blyk uit bogenoemde bespreking het die bepaling ten aansien van roekelose handel ten doel om die direksie aan te moedig om so gou as moontlik te reageer wanneer die maatskappy in finansiële nood verkeer, by versuim waarvan hulle moontlike persoonlike aanspreeklikheid in die gesig staar. Die enigste problematiese aspek is geleë daarin dat die direksie slegs sodanige persoonlike aanspreeklikheid kan opdoen indien hul growwe nalatigheid openbaar het. Die graad van nalatigheid behoort nie so hoog te wees nie. Deurdat die graad van nalatigheid so hoog is, word die direksie nie werklik van roekelose handel afgeskrik nie, aangesien dit uiters moeilik sal wees om te bewys dat die direkteure hul aan growwe nalatigheid skuldig gemaak het. 'n Sinvolle aanbeveling in sou dus wees om artikel 22 te wysig ten einde te bepaal dat die bewys van gewone nalatigheid voldoende sal wees om persoonlike aanspreeklikheid tot gevolg te hê.

Wat die posisie van aandeelhouers betref, het die ondernemingsreddingstelsel nie veel verander nie. Met die eerste oogopslag blyk dit asof aandeelhouers hulself in 'n beter posisie bevind, maar in werklikheid het die lede nie werklik enige bevoegdheids ten opsigte van die proses nie.

Werknemers onder die geregtelike bestuursmodel het nie oor enige noemenswaardige regte beskik nie en het hul posisie drasties verbeter met die

inwerkingtrede van die reddingsmodel vervat in die 2008 Maatskappywet. Werknemers beskik oor 'n hele aantal regte en voorregte ingevolge die ondernemingsreddingsproses soos byvoorbeeld die bevoegdheid om te kan aansoekdoen om die maatskappy onder toesig te plaas. Die erkenning van die arbeidsmag as 'n belangrike komponent van 'n besigheid, is inlyn met die internasionale standaard wat die beskerming van werknemers aanmoedig. Daar moet egter gelet word op die moontlike misbruik van die beskermende bepaling deur die werknemers, veral in die vorm van hul verteenwoordigende vakbonde wat dit sal misbruik in onderhandelinge om beter diensvoordele.

Alhoewel ondernemingsredding 'n meer skuldenaar-vriendelike stelsel daarstel, word die skuldeisers steeds as een van die belangrikste rolspelers geag. Die verandering asook die verbetering ten aansien van hierdie rolspelers is egter daarin geleë dat skuldeisers nou 'n meer aktiewe rol in die reddingsproses vervul waar hulle in die verlede 'n meer passiewe rol vervul het. Deurdat skuldeisers meer betrokke gaan wees by byvoorbeeld die ontwikkeling en implimentering van die ondernemingsreddingsplan word die model se kans op sukses vergroot. Indien hulle aangemoedig word om hul insette te lewer en deel te neem aan die reddingsproses, sal hulle nie so geredelik die redding van die maatskappy teenstaan nie.

HOOFSTUK 8

GEVOLGTREKKING EN AANBEVELINGS

Suid-Afrika het baanbrekerswerk ten aansien van besigheidsredding verrig. Dit blyk duidelik uit die 1926 Maatskappywet. Ten spyte hiervan het die daaropvolgende reddingsmodelle nie die mas opgekom nie en was die geregtelike bestuursmodel in die besonder 'n groot mislukking.

As gevolg van die lae sukseskoers van geregtelike bestuur, die ongunstige ekonomiese toestande wat in die land geheers het sowel as die toename in die aantal likwidasies, was die wetgewer genoodsaak om 'n nuwe reddingsmeganisme te oorweeg. Gevolglik is ondernemingsredding in die nuwe 2008 Maatskappywet gevoeg ten einde die geregtelike bestuursmodel van die 1973 Maatskappywet te vervang.

Alhoewel besigheidsredding reeds sedert 1926 in die Maatskappywet vervat is, kan daar aangevoer word dat dit eerder in 'n aparte Besigheidsreddingswet vervat moet word. Sodanige wet sal nie net op maatskappye van toepassing wees nie, maar ook op individue en ander kleiner besighede. 'n Aspek wat hierby aansluit, kan gevind word in die uitbreiding van die toepassingsgebied van die 2008 reddingskema na beslote korporasies. Daar behoort egter sulke geleenthede vir meer as net maatskappye en beslote korporasies te bestaan. Vennootskappe, eenmansake en trusts speel 'n groot rol in die Suid-Afrikaanse ekonomie en met dit ingedagte moet daar aandag geskenk word aan die ontwikkeling van 'n universele wet wat vir die besigheidsredding van alle ondernemingsvorme voorsiening maak.

Die 2008 Wet se ondernemingsreddingsmodel het 'n totaal nuwe benadering ten

aansien van besigheidsredding. Alhoewel die 2008 Wet soveel wysigings aan die reddingsmeganisme aangebring het, is daar steeds sekere kwessies wat onaangespreek gebly het. 'n Voorbeeld van laasgenoemde stelling kan gevind word in die feit dat daar bepalings ten aansien van die reddingsproses in beide die insolvensiereg en die maatskappyereg gevind word, wat lei tot onpraktiese gevolge, dubbelsinnighede en onduidelikheid.

Uit die studie blyk dit dat die doel en definisie gekoppel aan 'n besigheidsreddingsmodel 'n baie belangrike rol in die uiteindelijke effektiwiteit van die stelsel speel. Om hierdie rede moet wetgewing voorsiening maak vir 'n definisie en doel wat redding sal bevorder. Die 2008 Wet stel dit duidelik dat die doel van die ondernemingsreddingsverrigtinge eerstens is om die sake van die maatskappy sodanig te probeer herstruktureer dat die waarskynlikheid dat die maatskappy op 'n solvante grondslag sal voortbestaan, gemaksimaliseer word. Laasgenoemde beteken dat die Wet dus die behoud van die onderneming as vertrekpunt ondersteun en dit sal lei tot die kweek van 'n ware reddingskultuur in die Suid-Afrikaanse reg. Ander opsies soos die feit dat die stelsel moontlik tot 'n beter opbrengs vir die maatskappy se skuldeisers of aandeelhouers sal lei as wat uit die onmiddellike likwidasië van die maatskappy sou voortspuit, word as sekondêr beskou en sal 'n positiewe invloed hê op hoe belanghebbendes die reddingsverrigtinge benader. Deurdat die 2008 Wet dit duidelik stel wanneer die maatskappy as gered geag sal word, verskaf dit dus 'n groter mate van sekerheid sowel as identifiseerbare doelwitte in hierdie verband.

'n Kwelpunt ten opsigte van die geregtelike bestuursmodel was dat daar deur die model 'n benadering gehandhaaf is dat die skuldeisers van die maatskappy die belangrikste rolspelers is en dat daar dus eerstens na hul belange omgesien moes word. Wanneer dit egter by besigheidsredding kom, behoort daar wegbeweeg te word van 'n skuldeiser-vriendelike benadering. Indien die herstel van die maatskappy as entiteit werklik so belangrik is, behoort die benadering gewysig te word na een waar die skuldenaar ook met welwillendheid behandel word. Laasgenoemde dra by tot die gevolgtrekking dat indien besigheidsredding

van belang vir die ekonomie van Suid-Afrika is, daar 'n paradigma skuif sal moet plaasvind. 'n Verskuiwing moet plaasvind van die model wat genadeloos aandring op likwidasië na die model wat die skuldenaar die geleentheid bied om te probeer herstel van die finansiële krisis wat ondervind word. Die nuwe ondernemingsreddingsmodel is inderdaad meer skuldenaar-vriendelik as skuldeiser-vriendelik en word daar dus 'n groter moontlikheid geskep dat hierdie stelsel suksesvol kan wees.

Hierdie studie toon dat daar 'n aansienlike verbetering ten aansien van die vereistes vir ondernemingsreddingsverrigtinge is teenoor die vereistes waaraan voldoen moes word vir geregtelike bestuur. Die eerste verbetering is dat die nuwe reddingsmodel voorsiening maak vir twee stelling vereistes, naamlik een vir die gevalle waar ondernemingsredding deur 'n maatskappybesluit aanhangig gemaak word en 'n ander waar 'n geaffekteerde persoon die proses inisieer. Laasgenoemde is van belang aangesien die onderskeie partye nie oor dieselfde inligting ten aansien van die maatskappy se finansiële toestand beskik nie.

'n Volgende verbetering is dat die besigheidsredding nou op grond van beide feitlike en kommersiële insolvensie aanhangig gemaak kan word en dat die maatskappy nie reeds in nood hoef te verkeer alvorens die reddingsproses aanhangig gemaak word nie. Die Wet maak voorsiening vir 'n tydperk van ses maande waarin die direksie of geaffekteerde persone die verrigtinge aanhangig kan maak voordat die maatskappy werklik feitlik of kommersiël insolvent is. Die ses maande tydperk gee aan die maatskappy die geleentheid om besigheidsredding aan te pak waar daar nog net 'n moontlikheid van nood bestaan en verbeter dus die maatskappy se kans op 'n suksesvolle reddingsproses.

Deurdat die 1973 Wet vereis het dat daar bewys gelewer moet word dat dit reg en billik is dat die geregtelike bestuursbevel toegestaan word, is die die reddingsproses in 'n buitengewone remedie omskep met die gevolg dat baie maatskappy wat steeds gered kon word deur die hof weggewys is. Daar is gehoop dat die nuwe ondernemingsreddingsverrigtinge sou wegdoen met

sodanige uitsluitende vereiste, maar nietemin is die vorige bepalings nou vervang met die vereiste dat dit reg en billik om finansiële redes moet wees alvorens 'n maatskappy onder ondernemingsredding geplaas kan word. Die argument word gevoer dat hierdie finansiële redes in die 2008 Wet verband hou met gronde wat nie vervat word in die definisie van "finansiële nood" soos uiteengesit in artikel 128 van die Wet nie. Hierdie bepaling is vaag en sal verseker tot regsonsekerheid lei. 'n Aanbeveling in hierdie verband sou wees dat die omstandighede gelys behoort te word waarin die maatskappy geag sal word in finansiële nood te verkeer, soortgelyk aan die omstandighede gelys in artikel 345 van die 1973 Wet.

Die bepaling aangaande die maatskappy se versuim om ten opsigte van indiensnemingsverwante aangeleenthede enige bedrag kragtens 'n verpligting oor te betaal, is problematies en kan herstel word deur 'n beter formulering van die bepaling. Sodanige beter formulering daarvan sou wees dat die versuim deur die maatskappy oor 'n minimum voorgeskrewe tydperk moes geskied het of dat die maatskappy ten minste twee opeenvolgende betalings moes mis. Sodoende sal gevalle waar die wanbetaling die gevolg was van 'n tegniese of administratiewe probleem wat deur die maatskappy of sy bank ondervind is, uitgeskakel word.

Alhoewel baie kenners nie 'n goeie woord oor die nuwe Maatskappywet te sê het nie, moet hulle toegee dat die Wet wel op sekere gebiede groot verbeterings aangebring het. Die bepalings betreffende die vereistes vir ondernemingsredding het 'n paar problematiese punte, maar oor die algemeen moet daar toegegee word dat die meeste bepalings beter as in die vorige Wet geformuleer is en dat dit nou meer inlyn met die internasionale standaarde is. Indien die haakplekke ten aansien van die vereistes aangespreek word, sal hierdie afdeling van die nuwe ondernemingsreddingsproses bykans foutloos wees.

Wat die proses van die nuwe ondernemingsreddingsmodel betref, het die studie die veranderinge in die nuwe model geïdentifiseer en die moontlike effektiwiteit

daarvan ge-evalueer aan die hand van goeie besigheidspraktyke sowel as internasionale standaarde.

Die eerste verandering en groot verbetering op die gebied is die vermindering van die hof se betrokkenheid by die verrigtinge. Alhoewel die hof steeds in sommige omstandighede betrokke sal wees, tree dit eerder op in 'n toesighoudende en fasiliterende hoedanigheid ten einde misbruik te voorkom. Die vermindering in die betrokkenheid van die hof sal ook bydra om die verrigtinge meer bekostigbaar te maak.

Ook die die skep van 'n meer buigsame aanvangstandaard vir die maatskappy stel 'n groot verbetering daar. Die standaard is sodanig gewysig om vinniger reaksie op finansiële noodsituasies te bevorder. Die feit dat die ondernemingsreddingsmodel die skuldenaar wil aanmoedig om so gou as moontlik op te tree sal waarskynlik die sukseskoers van die hele stelsel verhoog.

'n Probleemarea is geïdentifiseer wat betref die tydstip waarop die proses 'n aanvang neem in sommige omstandighede. Artikel 132 bepaal dat die verrigtinge amptelik 'n aanvang neem wanneer die applikant die aansoek bring. Die interpretasie van hierdie bepaling gaan uiters baie probleme skep. Die bepaling is dubbelsinnig en kom in effek daarop neer dat die verrigtinge al by die liassing van die stukke 'n aanvang neem, alhoewel die hof nog nie 'n besluit in die verband geneem het nie. Dit is 'n sinnelose bepaling indien dit vereis dat die hof oortuig moet word van sekere omstandighede alhoewel die oortuiging nie nodig is nie aangesien die verrigtinge reeds begin het. 'n Sinvolle aanbeveling in hierdie verband is om die bepaling te wysig ten einde dit te laat bepaal dat die verrigtinge eers 'n aanvang neem wanneer die hof so gelas.

'n Geykte beginsel in alle insolvensie-aangeleenthede is dat daar kennis aan belanghebbendes gegee moet word. Die 2008 Wet het nie weggedoen met die vereiste kennisgewings aan belanghebbende partye nie, intendeel indien 'n maatskappy versuim om die nodige kennis te gee, sal die ondernemingsredding

as nietig beskou word. Goeie aanbevelings hier behels: i) in die geval waar die skuldenaar die proses aanhangig maak behoort die skuldeisers eers by die aanvang van die verrigtinge in kennis gestel word, maar die proses moet nie van so aard wees dat dit onnodiglik sloer nie; ii) waar skuldeisers die proses inisieer behoort daar ingedagte gehou te word dat die skuldenaar 'n reg op onmiddellike kennis van die verrigtinge het, maar daar moet gewaak word teen vervreemding van bates deur die skuldenaar en derhalwe behoort daar ook veiligheidsmaatreëls in die bepalinge gevoeg te word.

Die studie het egter bevind dat die grootste verbetering ten aansien van die proses die ondernemingsreddingsplan is. 'n Geregtelike bestuurder was nie verplig om 'n formele plan van aksie op te stel ten einde sy idees oor die redding uiteen te sit nie. Deurdat 'n ondernemingsreddingsplan voorgestel, aanvaar en geïmplimenteer moet word, kan die herstrukturering van die maatskappy vinniger volvoer word en is daar die bykomende voordeel dat sekerheid ten opsigte van die uitslag van die redding vir al die betrokke partye geskep word. Vir die reddingsplan om optimaal by te dra tot 'n suksesvolle uitkoms moet daar aandag geskenk word aan die enkele problematiese aspekte wat wel deur die studie geïdentifiseer word. Aangesien die 2008 Wet gedetailleerde voorskrifte bevat van elke item wat by die inhoud van die plan ingesluit behoort te word, vorm die plan op sigself 'n struikelblok vir die redding van die maatskappy. In die verband word daar aanbeveel dat die wetgewing die minimum voorgeskrewe inhoud van die plan moet identifiseer, met die fokus op die doelstellings van die plan en die implimentering daarvan, maar dat die res van die inhoud meer buigsaam is en dus deur die praktisyn aangepas behoort te kan word na gelang van die geval.

Naas die ondernemingsreddingsplan maak die moratorium ten aansien van aksies teen die maatskappy ook 'n belangrike deel van die reddingsproses uit. Die 2008 Wet erken die belang van die moratorium en bring 'n groot verbetering aan deurdat die moratorium outomaties inwerking tree, terwyl die hof dit tydens die geregtelike bestuursproses moes toestaan. Laasgenoemde het bygedra tot vertraging van die proses. Die 2008 Wet sit die omvang van die moratorium

duidelik uiteen, deurdat daar melding gemaak word van die verrigtinge waarop die bepalings van toepassing is, sowel as die uitsonderingsgevalle. Likwidasierigtinge teen die maatskappy word egter nie onder die uitsonderingsgevalle gereken nie en dus kan 'n belanghebbende steeds voortgaan met die bring van 'n likwidasierigting, nadat die verrigtinge 'n aanvang geneem het. Deur 'n skuldeiser of ander belanghebbende persoon toe te laat om aansoek te mag doen vir die likwidasierigting van die maatskappy onder ondernemingsredding behoort nie toegelaat te word tot en met die beëindiging van die reddingsverrigtinge nie. Daar word aan die hand gedoen dat die maatskappy 'n regverdigte kans gegun behoort te word om te rehabiliteer van die ongunstige finansiële toestand waarin dit verkeer.

Die ondernemingsreddingspraktisyn is verseker die sleutelfiguur in die nuwe reddingsverrigtinge. Die kwalifikasies en van die bevoegdhede van die praktisyn is aansienlik gewysig en aangepas met die oog op die verbetering van die 2008 Wet se reddingsmodel. Tydens geregtelike bestuur is die bestuur van die maatskappy totaal van die direksie weggeneem en was nie net die bestuur van die maatskappy nie, maar ook die redding daarvan afhanklik van slegs die geregtelike bestuurder. Die nuwe Wet doen egter weg met die vervangingsbenadering. Die direksie van die maatskappy behou sekere bestuursbevoegdhede, maar dit geskied onder die toesig en gesag van die ondernemingsreddingspraktisyn. Hierdie verandering kan die maatskappy se kans op sukses verbeter deurdat die direksie steeds van die minder belangrike bestuursbevoegdhede hanteer, terwyl die reddingspraktisyn die kans kry om homself op die redding van die maatskappy toe te spits.

Ten einde die reddingspraktisyn as sleutelfiguur instaat te stel om die redding van die maatskappy te bewerkstellig behoort hy oor sekere kwalifikasies sowel as kennis en ondervinding te beskik. Die geregtelike bestuursmodel het geen spesiale of algemene vereistes met betrekking tot kwalifikasies bevat nie. Ingevolge die 2008 Wet en regulasies daartoe, is dat heelwat vereistes waaraan 'n praktisyn moet voldoen. Volgens die regulasies moet die Kommissie die

kwalifikasies van 'n persoon in ag neem alvorens hulle hom van 'n lisensie sal voorsien. Die eerste goot verbetering in hierdie verband behels dat die praktisyn oor kennis en ondervinding in besigheidsreddingpraktyk moet beskik. Laasgenoemde beteken dat die praktisyn wie as 'n likwidateur of selfs slegs as 'n prokureur gepraktiseer het, nie aan die vereiste voldoen nie. Likwidateurs moet beskou word as 'n groep persone wie onder geen omstandighede as reddingspraktisyns aangestel mag word nie. 'n Lyksbesorger kan nie die werk van 'n geneesheer behartig nie. Alhoewel hierdie bepaling 'n groot verbetering daarstel, gaan daar nie baie persone wees wie wel aan hierdie vereiste sal kan voldoen nie. Die rede vir hiervoor is dat Suid-Afrika nog nie oor 'n reddingskultuur beskik nie, maar eerder oor 'n likwidasiékultuur, wat vanselfsprekend daartoe bydra dat baie min persone oor die nodige vaardighede beskik ten einde hulself as "*turnaround managers*" of maatskappydokters te kan beskou. Daar behoort oorweging geskenk te word aan die aanstelling van regspersone as reddingspraktisyns waar die onderskeie werknemers van die maatskappy oor verskillende vermoëns beskik, maar wie elk 'n bydra tot die redding van die maatskappy kan lewer.

Integriteit sowel as objektiwiteit is twee persoonlike eienskappe waaroor 'n goeie reddingspraktisyn moet beskik. Die regulasies bepaal dat die Kommissie slegs 'n besigheidsreddingslisensie aan 'n persoon sal toeken wat van goeie karakter en integriteit is. 'n Goeie karakter en integriteit is noodsaaklik wanneer daar oorweeg word oor watter bevoegdhede en magte 'n reddingspraktisyn beskik. Die bevoegdhede en verpligtinge van die praktisyn het nie so geweldige gedaanteverwisseling ondergaan vanaf die vorige Wet nie, alhoewel daar 'n paar nuwe magte en verpligtinge in die 2008 Wet gevoeg is. Die belangrikste plig wat die reddingspraktisyn opgelê word ingevolge die ondernemingsreddingsmodel, is die ontwikkeling en implimentering van 'n besigheidsreddingsplan. Wat betref die bevoegdhede van die praktisyn, is die bevoegdheid om die werking van sekere kontrakte waarby die maatskappy 'n party is op te skort asook die die mag om na-aanvangsfinansiering namens die maatskappy aan te gaan.

Een van die probleemareas wat egter deur die studie uitgewys word, is geleë in die feit dat daar slegs in uitsonderlike omstandighede van die praktisyn verwag sal word om sekerheid te stel vir die behoorlike uitvoering van sy pligte. Hierdie benadering stel 'n drastiese afwyking van 'n verkansde beginsel in die Suid-Afrikaanse korporatiewe en insolvensiereg daar. Daar word voorgestel dat die bepalings van die Wet gewysig word, ten einde te bepaal dat die reddingspraktisyn as 'n reël sekerheid moet stel, onderhewig aan die hof se diskresie.

Die kostes verbonde aan reddingstelsels hou nou verband met die vergoeding van die insolvensiepraktisyns. 'n Goed gekwalifiseerde reddingspraktisyn sal uiteraard op 'n goeie vergoedingspakket kan aandring. Om hierdie rede blyk dit asof die bepalings van die nuwe Wet en die regulasies daartoe 'n verbetering daarstel, juis omdat die praktisyn se vergoeding sal afhang van sy kwalifikasies en ervaring. Dit wil dus voorkom asof ondernemingsredding wel 'n goedkoper reddingsprosedure daarstel as sy voorganger. Die Wet maak egter voorsiening vir die aangaan van 'n ooreenkoms tussen die praktisyn en die maatskappy vir die verkryging van verdere vergoeding gebaseer op sekere gebeurlikhede. Die opmerking word derhalwe gemaak dat die vasgestelde vergoedingstruktuur, soos vervat in die regulasies tot die Wet, eintlik geen doel dien nie. Hierdie is egter 'n netelige kwessie aangesien daar 'n balans getref moet word tussen risiko en beloning ten einde te verseker dat geskikte, gekwalifiseerde professionele persone deur die vergoeding gelok word. In die verband word daar voorgestel dat ondersoek na die verskillende berekeningsmetodes vir die vergoeding van die praktisyn ingestel word om 'n goedkoper dog aanvaarbare vergoedingstelsel daar te stel.

Ten einde te verseker dat die praktisyn onafhanklik en onpartydig van die maatskappy is, bevat die 2008 Wet verskeie bepalings spesifiek gerig daarop om 'n botsing van belange te vermy. Die belangrikste verbetering op hierdie gebied word in die bepaling dat die ondernemingsreddingspraktisyn nie as die likwidateur van die maatskappy aangestel kan word sou die

ondernemingsredding misluk nie, gevind. Daar het geen sodanige verbod in die vorige wetgewing bestaan nie, met die gevolg dat geregtelike bestuurders nie ingestel was op die redding van die maatskappy nie, maar eerder op die feit dat hulle meer finansiëel sal baat indien die maatskappy oorgaan in likwidasië en die geregtelike bestuurder aangestel word as die likwidateur.

Die studie identifiseer egter 'n probleem deurdat die 2008 Wet nie 'n genoegsame mate van persoonlike aanspreeklikheid vir die praktisyn waar hy nalatiglik of bedrieglik optree inhou nie. Laasgenoemde is uiters belangrik aangesien die reddingspraktisyn oor omvangryke magte en bevoegdhede beskik en derhalwe moet daar bepalings wees wat as afskrikmiddel vir nalatige en bedrieglike optrede dien. Deur voorsiening te maak vir die regulering van ondernemingsreddingspraktisyns deur die Kommissie het die wetgewer 'n stap in die regte rigting beweeg. Hopelik sal daar in die toekoms minder gevalle wees van praktisyns wat hulle posisie misbruik. Daar moet oorweging geskenk word aan die oprig van 'n liggaam waaronder alle insolvensiepraktisyns val en gereguleer word.

Alhoewel die ondernemingsreddingspraktisyn die sleutelfiguur in die reddingsproses daarstel, is die uitwerking van die stelsel op ander rolspelers steeds van belang.

Die direksie is in meeste gevalle die eerste persone wie van die maatskappy se finansiële nood bewus word. Dit blyk duidelik uit die studie dat die bepaling ten aansien van roekelose handel ten doel het om die direksie aan te moedig om so gou as moontlik te reageer wanneer die maatskappy in finansiële nood verkeer, by versuim waarvan hulle moontlike persoonlike aanspreeklikheid in die gesig staar. Die enigste problematiese aspek is geleë daarin dat die direksie slegs sodanige persoonlike aanspreeklikheid kan opdoen indien hul growwe nalatigheid openbaar het. Die graad van nalatigheid behoort nie so hoog te wees nie. Deurdat die graad van nalatigheid so hoog is, word die direksie nie werklik van roekelose handel afsgekrik nie, aangesien dit uiters moeilik sal wees om te bewys dat die direkteure hul aan growwe nalatigheid skuldig gemaak het.

'n Sinvolle aanbeveling in sou dus wees om artikel 22 te wysig ten einde te bepaal dat die bewys van gewone nalatigheid voldoende sal wees om persoonlike aanspreeklikheid tot gevolg te hê.

Wat die posisie van aandeelhouers betref, het die ondernemingsreddingstelsel nie veel verander nie. Met die eerste oogopslag blyk dit asof aandeelhouers hulself in 'n beter posisie bevind, maar in werklikheid het die lede nie werklik enige bevoegdhede ten opsigte van die proses nie.

Die rolspelers wat egter die meeste voordeel uit die nuwe reddingsverrigtinge sal put is die werknemers. Werknemers beskik oor 'n hele aantal regte en voorregte ingevolge die ondernemingsreddingsproses soos byvoorbeeld die bevoegdheid om te kan aansoekdoen om die maatskappy onder toesig te plaas. Alhoewel dit inlyn met die internasionale standarde is om die arbeidsmag as 'n onlosmaakbare komponent van die besigheid te beskou en derhalwe bepalings ter beskerming van die werknemers in die Wet te voeg, moet daar egter gelet word op die moontlike misbruik van die beskermende bepalings deur die werknemers, veral in die vorm van hul verteenwoordigende vakbonde wat dit sal misbruik in onderhandelinge om beter diensvoordele.

Wat insolvensie-aangeleenthede betref, hou die skuldeisers maar nog altyd die hef in die hand. Laasgenoemde is die gevolg van die kweek van 'n likwidasiëkultuur oor baie jare. Die nuwe reddingsverrigtinge erken die negatiewe gevolge van laasgenoemde benadering en poog dus om 'n meer skuldenaar-vriendelike benadering daar te stel. Alhoewel die stelsel nou meer skuldenaar-vriendelik is, het die skuldeisers van die maatskappy steeds sekere regte en voorregte. Die benadering van die nuwe stelsel is van so aard dat die skuldeisers betrek word om aktiewe deelnemers aan die reddingsproses te wees. Deurdat skuldeisers meer betrokke gaan wees by byvoorbeeld die ontwikkeling en implimentering van die ondernemingsreddingsplan, word die model se kanse op sukses vergroot. Indien hulle aangemoedig word om hul

insette te lewer en deel te neem aan die reddingsproses, sal hulle nie so geredelik die redding van die maatskappy teenstaan nie.

Een van die belangrikste elemente vir die sukses van Suid-Afrika se nuwe ondernemingsreddingsverrigtinge is die verandering in die ingesteldheid rondom besigheidsredding. Besigheidsredding kan nie slegs as 'n voorloper vir likwidasië beskou word nie.

Die voorwoord tot die 2008 Wet stel dit duidelik dat een van die oogmerke van die nuwe Wet juis is om voorsiening te maak vir 'n doeltreffende reddingstelsel vir maatskappy en alhoewel die bepalinge aangaande ondernemingsredding dui op groot verbeterings op die gebied van korporatiewe redding, sal die doeltreffendheid en sukses daarvan afhang van 'n groot aantal faktore soos byvoorbeeld, die hoë benadering, die direksie se bereidwilligheid om met die proses te begin sowel as die bekwaamheid van die ondernemingsreddingspraktisyn. Gevolglik alhoewel die nuwe prosedure skynbaar 'n groot verbetering daarstel, sal daar eers 'n oordeel gefel kan word namate die proses in die praktyk beproef is.

"The proof of the pudding is in the eating."

- William Camden 1605

BIBLIOGRAFIE

1. BOEKE

Belcher A

1997. *Corporate rescue: A conceptual approach to Insolvency Law*.
London: Sweet and Maxwell.

Cilliers A *et al*

2001. *Korporatiewe reg*. 3de uitg. Durban: LexisNexis.

Davis D *et al*

2010. *Companies and other Business Structures in South Africa*. 2de uitg.
Cape Town: Oxford University Press.

Delpont P

2011. *The new Companies Act Manual*. 2de uitg. Durban: LexisNexis.

Griffin S

1999. *Personal Liability and Disqualification of Company Directors*.
Portland: Hart Publishing.

Gromek Brock K en Parry R (ed)

2004. *Corporate Rescue: An overview of recent developments from
selected countries in Europe*. The Hague: Kluwer International Law.

Sharrock *et al*

2006. *Hockly se Insolvensiereg*. 3de uitg. Durban: LexisNexis.

Shrand D

1977. *The Law and Practice of Insolvency: Winding-up and Judicial management*. 3de uitg. Cape Town: Juta.

Van Jaarsveld S *et al*

1978. *Suid-Afrikaanse Handelsreg*. Johannesburg: Lex Patria.

2. TYDSKRIFTE

Anderson C

2008. Viewing the proposed South African Business Rescue provisions from an Australian perspective. *Potchefstroom Electronic Law Journal*. 2008(1):1-31.

Blackman M

1993. The Employee and the Insolvent Company. *Industrial Law Journal*. 14(3):543-569.

Bowles R en Bruyns W

2009. Business Rescue in the 2008 Companies Bill. *without prejudice*.9(3).

Bradstreet R

2010. Exploring the possibility of a Composite Business Rescue Practitioner. *De Rebus*. September 2010: 48-49.

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.

Burdette D

1999. Unified insolvency legislation in South Africa: Obstacles in the path of the unification process. *De Jure*. 1999(32): 44- 61.

Burdette D

2004. 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. 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.

Coetzee L en Kennedy-Good S

2006. The Business Judgment Rule. *Obiter*. 27(2): 278.

Finch V

2005. Control and co-ordination in corporate rescue. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*. 25(3): 374-403.

Fourie J

1994. Limited Liability and Insolvent Trading. *Stellenbosch Law Review*. 1994(2): 148-175.

Harmer R

1997. Comparison of trends in national law: The Pacific rim. *Brooklyn Journal of International Law*. 22(10):139-165.

Havenga M

2002. Shareholders'rights, company contracts, liability for fraudulent or reckless conduct and judicial management. *Juta's Business Law*. 10(2):48-55.

Henning J

1991. Aspekte van *surchéance betaalinge* in die respyt en insolvensiereg. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg*. 45: 523- 540.

Henning J

1992. Judicial management and corporate rescues in South Africa. *Tydskrif vir Regswetenskap*. 1: 91-106.

Hunter M

1999. The nature and functions of a rescue culture. *Journal of Business Law*. 1999: 491-520.

Keay A

1999. To Unify or Not to Unify Insolvency Legislation: International Experience and the Latest South African Proposals. *De Jure*. 32(1): 62-79.

Keay A

2005. Wrongful trading and the liability of company directors: a theoretical perspective. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*. 25(3): 431-461.

Kinsler J

1997. Corporate Insolvency Law in Australia and the United States: Uncommon Origins, Dissimilar Objectives. *International Trade and Business Law*. 1997: 129- 152.

Kloppers P

1999. Judicial Management- A corporate rescue mechanism in need of reform? *Stellenbosch Law Review*. 1999(10): 417-435.

Kloppers P

2001. Judicial Management Reform- Steps to initiate a Business Rescue. *SA Mercantile Law Journal*. 13(3): 358-378.

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.

Loubser A

2003. Aiding the Development of A New Insolvency Law in South Africa: The UNCITRAL Draft Legislative guide on Insolvency Law. *SA Mercantile Law Journal*. 2003(15): 396-406.

Loubser A

2004. The Interaction between Corporate Rescue and Labour Legislation: lessons to be drawn from the South African experience. *International Insolvency Review*. 14(1):57-69.

Loubser A

2004. Judicial Management as a Business Rescue procedure in South African Corporate law. *SA Mercantile Law Journal*. 16(2):137-136.

Loubser A

2007. Business Rescue in South Africa: a procedure in search of a home? *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. 40(1):152-171.

Loubser A

2007. An International Perspective on the Regulation of Insolvency Practitioners. *SA Mercantile Law Journal*. 2007(19): 123-139.

Loubser A

2007. Defining the Unincorporated Business in Financial Distress: Should it be treated as a Business or as a Consumer? *SA Mercantile Law Journal*. 2007(19): 444-461.

Loubser A

2008. The role of Shareholders during corporate rescue : Always on the outside looking in? *SA Mercantile Law Journal*. 20(3):372-390.

Loubser A

2010. 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. 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.

Moss G

1997. Comparative bankruptcy cultures: Rescue or Liquidation? Comparison of trends in National Law- England. *Brooklyn Journal of International Law*. 1997(23): 115- 138.

Olver AH

1986. Judicial Management- a case for Law Reform. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg.* 1986(49): 84-89.

Pietersen K

2009. Rescuing ailing companies. *without prejudice*. 9(6).

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.

Rushworth J

2010. A critical analysis of the business rescue regime in the Companies Act 71 of 2008. *Acta Juridica*. 2010:375-408.

Salant J

2010. Business rescue operations and the new Companies Act. *De Rebus*. 2010 Jan/Feb.

Smith A

2001. The major creditor's wishes usually prevail: the challenges of business rescue. *Juta's Business Law*. 9(4):144-148.

Smits AJ

1999. "Corporate Administration": A proposed model. *De Jure*. 32(1): 80-107.

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.

Tsatsawane K

2000. An order for judicial management: when should it be granted?. *Juta's Business Law*. 8(4):154-155.

Van Eck S, Boraine A en Steyn L

2004. Fair labour practices in South African Insolvency Law. *South African Law Journal*. 2004: 902-925.

3. WETGEWING

Maatkappywet 46 van 1926

Maatskappywet 61 van 1973

Maatskappywet 71 van 2008

Insolvensiewet 24 van 1936

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

4. VERSLAE

King III Practice Notes: Guidance on Business rescue

5. INTERNASIONALE INSTRUMENTE

United Nations Commission on International Trade Law : Legislative Guide on Insolvency Law

6. INTERNETBRONNE

<http://www.fm.co.za/Article.aspx?id=152837>. 18/10/2011.

7. REGSPRAAK

B

Bahnemann v Fritzmore Exploration (Pty) Ltd 1963 2 SA 250

Ben-Tovim v Ben-Tovim 2000 3 SA 325 C

C

Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd saaknommer: 12746/2011.

E

Ex parte Graaff-Reinet Rollermeule (Edms) Bpk 2000 (4) SA 670 (E).

Ex parte Tangent Sheeting (Pty) Ltd 1993 (3) SA 488 (W)

H

Hoek v Pan African Tanneries Ltd 1951 (2) PH E20 (W)

I

Irvin and Johnson Ltd v Oelofse Fisheries Ltd; Oelofse v Irvin and Johnson Ltd 1954 1 SA 231

K

Kotzé v Tulryk (Bpk) 1977 3 SA 118 T

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

Makhuva v Lukhoto Bus Service (Pty) Ltd 1960 2 SA 753 D: 393

Marais v Leighwood Hospitals (Pty) Ltd 1950 (3) SA 567 (C)

N

Noordkaap Lewendehawe Ko-operasie (Bpk) v Screuder 1974 3 SA 102 A

P

Philotex (Pty) Ltd and Others v Snyman 1998 (2) SA 138 (HHA).

S

Silverman v Doornhoek Mines Ltd. 1953 T.P.D 349

S v Goertz 1980 (1) SA 269

T

Tenowitz v Tenny Investments (Pty) Ltd; Spur Steak Ranches (Pty) Ltd v Tenny Investments (Pty) Ltd 1979 2 SA 680

Tobacco Auctions Ltd v AW Hamilton (Pvt) Ltd 1966 2 SA 452

OPSOMMING

In die huidige ekonomiese klimaat waar al hoe meer maatskappye onder finansiële druk verkeer, is 'n effektiewe besigheidsreddingstelsel van onskatbare waarde. 'n Stelsel wat die maatskappy die geleentheid bied om weer 'n suksesvolle onderneming te word en op 'n solvente grondslag handel te dryf, is nodig.

Suid-Afrika se besigheidsreddingsmodel word in die Maatskappywet 71 van 2008 vervat en staan bekend as ondernemingsreddingsverrigtinge. Hierdie verrigtinge vervang die vorige reddingsmodel, geregtlike bestuur, soos vervat in die 1973 Maatskappywet. Geregtlike bestuur as besigheidsreddingsmodel was grootliks onsuksesvol as gevolg van verskeie faktore, soos die feit dat geregtlike bestuur afhanklik was van 'n groot mate van hofbetrokkenheid, dat dit deur die howe in 'n buitengewone remedie omskep is en dat likwidateurs as geregtlike bestuurders aangestel is.

Die nuwe ondernemingsreddingstelsel toon verskeie verbeterings op sy voorganger en dui op die ontstaan van 'n ware reddingskultuur in die Suid-Afrikaanse reg. Die verbeterings is onder andere: die hof tree ingevolge die nuwe stelsel meer in 'n toesighoudende hoedanigheid op, die stelsel is makliker beskikbaar en meer toeganklik vir maatskappye in finansiële nood en die ondernemingsreddingspraktisyn moet ingevolge die nuwe Wet ondervinding in besigheidreddingspraktyk hê. Daar bestaan egter 'n paar problematiese aspekte, maar indien dit aangespreek word, behoort die nuwe stelsel 'n waardevolle remedie vir alle belanghebbende partye van die maatskappy daar te stel.

Die ware effektiwiteit en sukses van die nuwe ondernemingsreddingsverrigtinge sal egter eers beoordeel kan word namate dit in die praktyk beproef is en die moontlike praktiese tekortkominge daarvan uitgewys en reggestel kan word.

SUMMARY

In the current economic climate, where more and more companies find themselves under financial strain, an effective business rescue system is essential. A system is needed which affords the company an opportunity to once again become a successful concern and carry on business on solvent grounds.

South Africa's business rescue provisions is contained in the Companies Act 71 of 2008 and is known as business rescue proceedings. These proceedings replace the previous rescue model, judicial management, contained in the 1973 Companies Act. Judicial management was largely unsuccessful as a rescue model. This is mainly due to factors such as the fact that judicial management was to a great extent dependant on court proceedings, that the court turned it into an extraordinary remedy and the that liquidators were appointed as judicial managers.

The new business rescue system notes various improvements to its predecessor and indicates the development of a true rescue culture in South African law. Some of these improvements are: the court acts more in a supervisory capacity than before, the system is more easily available and more accessible to companies undergoing financial difficulties and the business rescue practitioner should have experience in turnaround practice according to the new Act. A few problematic aspects could, however be noted. If rectified it could provide all interested parties with a valuable remedy.

The true efficacy and success of the new business rescue proceedings would only be determinable after being tried and the possible practical shortcomings have been identified and corrected.

SLEUTELTERME IN ENGELS

Company

Companies Act

Corporate insolvency

Rehabilitation

Reorganization

Turnaround

Judicial management

Judicial manager

Business rescue

Business rescue practitioner

Business rescue plan

Affected persons

Debtor friendly

Rescue culture