

# Die maatskappy wetsontwerp, 2007<sup>1</sup> met spesifieke klem op die rol van die toesighouer in besigheid reddingsaksies<sup>2</sup> - 'n regsvergelykende studie

GJ Victor  
BA (Komm) PU vir CHO  
Finale jaar LL.B. student, Universiteit van Stellenbosch  
Epos: Johan Victor

---

## Inleiding

Die fokus van hierdie werkstuk is Hoofstuk 6 van die Maatskappye Wetsontwerp. Dit beoog om te handel met die Prosedures vir Besigheid Reddingsaksies.<sup>3</sup> Meer bepaald sal gekonsentreer word op Deel B<sup>4</sup> wat handel oor die rol van 'n toesighouer<sup>5,6,7</sup>, Terme vir Aanstelling<sup>8</sup> en vergoeding. Die rol wat die toesighouer (onder verskillende titels) in ander jurisdiksies speel sal aandag geniet sowel as die afwesigheid van die rol van 'n onafhanklike toesighouer in *Chapter 11* bepalinge in die Verenigde State van Amerika se *Bankruptcy Code*.

## Agtergrond en geskiedenis

Een van die oogmerke van die maatskappyreg is om risikoneming aan te moedig terwyl dit die direksie wye diskresie gee ten opsigte van waardeoordele en besluitneming terwyl daar terselfdertyd beskerming gebied word aan aandeelhouers en krediteure teen die misbruik van bestuursmag.

Korporatiewe insolvensiereg het ten doel om gevalle van maatskappy mislukkings te reguleer teen die laagste moontlike koste en die opbrengste beskikbaar vir die krediteure en aandeelhouers te maksimeer.

Die likwidasië van maatskappye raak nie slegs die belange van krediteure nie maar 'n veelvoud van ander partye waaronder aandeelhouers, beleggers, werknemers, direkteure, openbare beamptes van die maatskappy en kliënte. Die openbare belang vereis behoorlike administrasie en nakoming van statutêre bepalinge deur maatskappye.<sup>9</sup> Net so het die staat 'n gevestigde belang hoofsaaklik in die vorm van 'n veelheid van belastinge. Die behoud van maatskappye skep nie alleen werkgeleenthede nie maar hou bestaandes ook in stand, dra by tot die Bruto Nasionale Produk (BNP) en verlig druk op die staat ten opsigte van welsynsafhanklikes.

---

<sup>1</sup> Companies Bill, 2007.

<sup>2</sup> Chapter 6 – Business Rescue.

<sup>3</sup> Die term Reddingsaksie sal deurgaans gebruik word met verw na die Engelse term Business Rescue.

<sup>4</sup> Part B – Supervisor's functions and Terms of Appointment.

<sup>5</sup> "Supervisor" – opsiener, toesigter, toesighouer, opsigter, inspekteur, studieleier – *Readers Digest, Afrikaans-Engelse Woordeboek* Sewende Herdruk 1999.

<sup>6</sup> Supervisor – noun, "One who supervises or has charge and direction of." Wordnet 3.0 (C) 2006 Princeton University.

<sup>7</sup> Die term *Supervisor* en *Official Receiver* word in Brittanje gebruik in gevalle waar 'n individu insolvent verklaar is na vrywillige boedeloorname - S 389B Insolvency Act 1986 ingv deur Enterprise Act 2002.

<sup>8</sup> A 141 – 146 Companies Bill 2007.

<sup>9</sup> *Platinum Asset Management (Pty) Ltd v Financial Services Board and others; Anglo Rand Capital House (Pty) Ltd and others v Financial Services Board and others* 2006 (4) SA 73 (W) Jabjay J "[134] The investigatory powers encapsulated in the impugned provisions in the present case are the primary vehicle for the effective investigation and deterrence of insider trading, stock manipulation, and other trading practices contrary to the public interest. Therefore, the impugned provisions must not be considered in the abstract, without regard for the potential repercussions of certain rights equally important to the other players."

---

Die regte van aandeelhouders is van besondere belang. Die beskerming van daardie regte tydens enige ondersoek na moontlike misdrywe en die moontlike toedeling van aanspreeklikheid vir die maatskappy se skulde aan direkteure<sup>10</sup> en beamptes moet voorrang geniet. Bepalings oor ondersoeke na die moontlikheid dat daar handel gedryf is in insolvente toestande, of op roekelose of nalatige wyse<sup>11</sup> en die gevolge daarvan, maak dit myns insiens noodsaaklik dat streng bepalings ten opsigte van moontlike reddingsaksies of likwidasië van maatskappye in die maatskappywet behou moet word.

Maatskappye het die reg om in terme van die beginsel van kontraktevryheid<sup>12</sup> met hulle krediteure en aandeelhouders te onderhandel om 'n kontraktuele kompromie uit te werk, desnieteenstaande beskikbare statutêre remedies. Daar is 'n wye reeks scenario's waarbinne dit kan gebeur. Die hoofdoel kan wees om die kompromie geheim te hou ten einde nie geëtiketteer te word met die stigma wat gepaardgaan met 'n meer formele openbare prosedure nie. Dit voorkom ook normaalweg 'n ondersoek na die optrede van direkteure wat strafregtelike vervolging en tronkstraf tot gevolg kan hê.<sup>13,14</sup> 'n Tweede voordeel is kostebesparing en derdens die buigsaamheid wat so proses bied.

Die nadeel is egter dat weerspannige krediteure nie binne die net gehou kan word nie, veral nie as hulle vrees dat hulle nie gelyke behandeling sal geniet onder 'n kompromie nie. Niks verhoed hulle egter om langs regsweë ander remedies, waaronder likwidasië, uit te oefen nie. Daar is ook geen moratorium wat hulle verhoed om nie in ieder geval van die ander remedies tot hulle beskikking uit te oefen nie.

### **Bestaande wetgewing**

Die huidige likwidasiëbepalings vir maatskappye word gevind in Hoofstuk 14 van die Maatskappywet 61 van 1973 saamgelees met verskeie bepalings in die Insolvensiewet 24 van 1936. Ten opsigte van Beslote Korporasies word die bepalings gevind in die Wet op Beslote Korporasies Wet 69 van 1984.

Hoofstuk 15 van die Maatskappywet<sup>15</sup> maak voorsiening vir 'n stelsel van Geregte Bestuur.<sup>16</sup> Dit is nog bitter min gebruik en lei selde of ooit tot die suksesvolle omdraai van 'n "siek" maatskappy.<sup>17</sup> In Brittanje is die stelsel van geregte bestuur (toe dit nog in sy ou vorm gebruik is) bitter min gebruik en

---

<sup>10</sup> "In die maatskappyreg is direkteure gemeenregtelik verplig om met sorg en vaardigheid op te tree, maar hierdie verpligting vorm nie deel van die Maatskappywet 61 van 1973 nie. In teenstelling hiermee skeep artikel 43 van die Wet die verpligtinge op lede om met behoorlike sorg en vaardigheid op te tree. 'n Lid is teenoor die korporasie aanspreeklik vir enige verlies wat veroorsaak is deur sy versuim om die besigheid met die sorgsaamheid en vaardigheid te bedryf wat redelikerwys verwag kan word van 'n persoon met sy kennis en ondervinding." Cilliers & Benade Korporatiewe Reg 3e uitgawe (2000) 618.

<sup>11</sup> A424 61 van 1973

<sup>12</sup> "Kontraktevryheid beteken byvoorbeeld dat 'n persoon die vryheid het om self te besluit of, met wie, en met welke inhoud hy of sy wil kontrakteer." Van der Merwe, Van Huyssteen, Reinecke & Lubbe *Kontraktereg, Algemene Beginsels* 2e uitg (2003) 11.

<sup>13</sup> Health and Leisure Club in Likwidasië op 30 November 2000, S v Gardener en Mitchell.

<sup>14</sup> Company Directors Disqualification Act 1986, s 7(3). "The duty of the administrator to report on the prior conduct of the directors is criticised as one of the reasons for the lack of popularity of the administration order procedure." Fletcher *Law of Insolvency* 479 and Grier & Floyd *Corporate Recovery* 214 soos aangehaal in Kloppers vn 17 infra 137.

<sup>15</sup> 61 van 1973.

<sup>16</sup> A 427-440 61 van 1973.

<sup>17</sup> PW Kloppers, *Judicial Management as a technique for Corporate Rescue. A comparison with English and Australian law* (Mrt 2000) 1 Ongepubliseerde Tesis vir LL.M. Universiteit van Stellenbosch.

is die hoë koste daaraan verbonde as die Achilles hiel daarvan beskryf.<sup>18</sup> Daar was sedert 1926 nog bitter min wysigings aan die wetgewing oor dié aspek.<sup>19</sup> Dit ten spyte van snelle veranderinge in tegnologie en geweldige groei in die omvang van die ekonomie.

‘n Maatskappy kan ook in terme van a 311 van die Maatskappywet ‘n skikking met skuldeisers bereik of ‘n reëling met lede en/of skuldeisers aangaan.<sup>20</sup>

### Reddingsaksies in ander jurisdiksies

Verskeie lande (insluitende die wêreld se grootste ekonomieë) het oor die afgelope 25 jaar, wetgewing daargestel vir formele reddingsaksies. Baie ander jurisdiksies, in besonder die in die Asies-Pasifiese Ekonomiese Samewerkingsgroep<sup>21</sup> en Oos-Europa is voortdurend besig met ‘n proses van hersiening.<sup>22, 23, 24</sup> Van die lande wat spesifiek meer gesofistikeerde korporatiewe reddingsaksie prosedures daargestel het is Thailand,<sup>25, 26</sup> Vietnam<sup>27</sup> en Indonesië.<sup>28, 29</sup> Ander lande waar gewerk word aan die hervorming van hul insolvensiewetgewing is Hong Kong<sup>30</sup> en Maleisië.<sup>31</sup> Suid-Korea<sup>32</sup> is in die proses van hersiening van hul insolvensiewetgewing en Indië<sup>33</sup>, wat een van die mees uitgediende

---

<sup>18</sup> Kloppers 53 vn 17 *supra*.

<sup>19</sup> “Although judicial management was never extensively used in the South African context, the idea of a corporate rescue was not abandoned. In fact it has become a world-wide phenomenon.” Kloppers 1 vn 17 *supra*

<sup>20</sup> Die Wetsontwerp is onduidelik oor wat die posisie van reëlinskemas in die toekoms gaan wees. Daar word in a 118 slegs voorsien vir ‘n reëlinskema met aandeelhouers van die maatskappy. S 118 “Unless it is in liquidation or in the process of business rescue proceedings, a company may propose and, subject to approval in terms of this Chapter, implement any arrangement between the company and its shareholders, or any class of them, including, **but not limited to**, a reorganization of the share capital of the company by way of, among other things –

- (a) a consolidation of shares or different classes;
- (b) a division of shares into different classes;
- (c) an expropriation of shares from shareholders;
- (d) a share exchange;
- (e) a share re-purchase; or
- (f) a combination of the methods contemplated in this subsection”.

Die frase “*but not limited to*” soos hierbo beklemtoon kan in my opinie wyd uitgelê word om voorsiening te maak vir ander vorme van reëlinskemas – soos bv ‘n kompromie aanbod aan krediteure waar aandele of voorkeuraandele aan krediteure gegee sal word ter aflossing van skulde.

<sup>21</sup> Asies-Pasifiese Samewerkingsgroep (Apec) Australië, Broenei, Chili, China, Fillippyne, Indonesië, Japan, Kanada, Maleisië, Mexiko, Nieu-Seeland, Papoea-Nieu-Guinee, Peru, Rusland, Singapoer, Suid-Korea, Taiwan, Thailand, Viëtnam, VSA – Müller, Skryf Afrikaans van A tot Z, 1ste uitg 2003 p 507.

<sup>22</sup> [http://insol.org/emailer/december2006.html#a\\_hk](http://insol.org/emailer/december2006.html#a_hk) 21 Apr 07.

<sup>23</sup> <http://www.asic.gov.au>. 25 Apr 07.

<sup>24</sup> “Take the reform of bankruptcy law, for example. Strengthening the role of arbitration managers and stricter criteria for initiating bankruptcy proceedings will help eliminate abuse of the system for corporate takeover and asset stripping.” *Growth and Reform in Russia*, Address by Anne Krueger, First Deputy Managing Director, International Monetary Fund *Conference on Post-Communist Economic Growth* Moscow, March 20, 2002 <http://www.imf.org/external/np/speeches/2002/032002.htm> 21 Apr 07.

<sup>25</sup> <http://www.led.go.th> 6 Apr 07.

<sup>26</sup> [http://www.insolvencyreg.org/sub\\_publications/docs/IAIR-AnnualReport2005.pdf](http://www.insolvencyreg.org/sub_publications/docs/IAIR-AnnualReport2005.pdf) 24 Apr 07.

<sup>27</sup> “By June 2002, Vietnam had completed a draft bankruptcy law (the ‘2002 Draft Vietnamese Bankruptcy Law’). The Vietnamese Law on Bankruptcy was enacted on June 15, 2004 and came into operation on October 15, 2004 (the ‘2004 Vietnamese Bankruptcy Law’).” [http://www.columbia.edu/cu/asiaweb/v18n1\\_093\\_Booth.html](http://www.columbia.edu/cu/asiaweb/v18n1_093_Booth.html) 23 Apr 07.

<sup>28</sup> Corporate Rescue, David Brown, Snr Lecture in Law, Victoria University of Wellington New Zealand - [http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_6054.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC_6054.aspx) 13 March 2007.

<sup>29</sup> “ITSA also visited Indonesia in October 2005 to discuss developments in that country’s insolvency system.” [http://www.insolvencyreg.org/sub\\_publications/docs/IAIR-AnnualReport2005.pdf](http://www.insolvencyreg.org/sub_publications/docs/IAIR-AnnualReport2005.pdf) 24 Apr 07.

<sup>30</sup> Companies Ordinance.

<sup>31</sup> Review of Companies Act 1965. [http://www.ssm.com.my/clrc/article\\_1.html](http://www.ssm.com.my/clrc/article_1.html) 24 Apr 07.

<sup>32</sup> <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwekor.htm> 14.17 24 Apr 07.

<sup>33</sup> <http://www.dca.nic.in>. 24 Apr 07.

---

insolvensie-wette gehad het, het hul wet hersien.<sup>34</sup> Die Volksrepubliek van China se nuwe wetgewing tree op 1 Junie 2007 in werking.<sup>35</sup> Ook in die Tsjeggiese Republiek word met die hulp van Brittanje se insolvensiediens 'n nuwe wet geskryf.<sup>36</sup>

### OHADA

In Afrika is die eerste eenvormige wet vir 'n groep lande<sup>37</sup>, die OHADA<sup>38</sup> ooreenkoms in Januarie 1999 aanvaar. Dit maak onder andere voorsiening vir 'n voor insolvensie reddingsprosedure asook vir 'n hof ingestelde reddingsaksie in geskikte gevalle. Die prosedure blyk so suksesvol te wees dat talle regslui oor die wêreld heen dit aanbeveel en selfs regerings van lande in die Karibiese Gemeenskap<sup>39</sup> dit oorweeg om ooreenstemmende, eenvormige wetgewing te implementeer.<sup>40</sup> Singapore<sup>41</sup> het vir jare reeds geregtelike bestuur, en 'n stelsel van hof gesanksioneerde administrasiebevele (soortgelyk aan die Britse stelsel).<sup>42</sup> Japan het verskeie reddingsaksies in wetgewing wat in 2004 aanvaar is<sup>43</sup>

Australië het in November 2006 sy nuwe Wetsontwerp bekendgestel en dit is tans oop vir insae en kommentaar.<sup>44</sup> Dit wil voorkom asof Australië<sup>45</sup> ook baie aktief was om die dienste van sy beleidmakers en wetskrywers uit te voer na veral die lande in die Asies-Pasifiese Samewerkingsgroep en waarskynlik ook Suid-Afrika.<sup>46</sup>

---

<sup>34</sup> "The companies act (Second Amendment) Act 2002 (India's new Corporate insolvency law) is now operational and the Sick Industrial Companies (Special Provisions) Act 1985 has been repealed by the Sick Industrial Companies (Special Provisions) Repeal Act 2003." vn 33 *supra*.

<sup>35</sup> "New" Enterprise Bankruptcy Law. Aanvaar op 27 Augustus 2006 en vervang ou 1986 Wet.

<sup>36</sup> "The UK Insolvency Service has been working with the Czech Republic Ministry of Justice and the private sector insolvency administrator body there in the development of its regulatory framework." [http://www.insolvencyreg.org/sub\\_publications/docs/IAIR-AnnualReport2005.pdf](http://www.insolvencyreg.org/sub_publications/docs/IAIR-AnnualReport2005.pdf) 24 Apr 07.

<sup>37</sup> Benin, Burkina Faso, Kameroen, Sentraal Afrikaanse Republiek, Tsjad, die Comore, Demokratiese Republiek van die Kongo, Ekwatoriaal Guinee, Gaboen, Guinee-Bissau, Ivoorkus, Mali, Niger, Senegal en Togo.

<sup>38</sup> "OHADA is the French acronym for "Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique" translated in English as the "Organization for the Harmonisation of Business Law in Africa" is an organisation created on October 17, 1993 in Port Louis (Mauritius)." <http://www.ohada.com/index.php?newlang=english> 7 May 07.

<sup>39</sup> Karibiese Gemeenskap en Gemeenskapsmark (Caricom): Antigua, Barbuda en die Bahama-eilande, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Haïti (voorlopig), Jamaïka, Montserrat, St Kitts en Nevis, St. Lucia, St. Vincent en die Grenadine, Suriname, Trinidad en Tobago vn 21 *supra* – Müller.

<sup>40</sup> "As we have informed you by our [March 1, 2007 newsletter](#), the world-wide reputation and success of the OHADA regime has convinced many legal professionals and businesses, and certain governments of Caribbean States, to contemplate the establishment of a program to unify the business law in the Caribbean in a manner consistent with OHADA's principles." vn 38 *supra*.

<sup>41</sup> [http://www.insolvencyreg.org/sub\\_member\\_profiles/singapore/index.htm](http://www.insolvencyreg.org/sub_member_profiles/singapore/index.htm) 21 Apr 07.

<sup>42</sup> "The Bankruptcy Act, which came into force on 15 July 1995, aims to reduce the instances where parties resort to bankruptcy proceedings and encourage the settlement of claims through voluntary arrangements. It simplifies previously cumbersome and complex procedures and increases the powers of the Official Assignee to inquire into the bankrupt's affairs and conduct. In general, amendments to the Act since 1995 are aimed to make bankruptcy less probable, less prohibitive and less prolonged."

[http://www.insolvencyreg.org/sub\\_member\\_profiles/singapore/index.htm](http://www.insolvencyreg.org/sub_member_profiles/singapore/index.htm) 21 Apr 07.

<sup>43</sup> "The new Japanese Bankruptcy Law was passed by the Diet on May 25, 2004, along with related amendments to Corporate Reorganization Law." [www.sidley.com/news/publist.asp?PubType=17&PubType2=&view=all](http://www.sidley.com/news/publist.asp?PubType=17&PubType2=&view=all) 23 Apr 07.

<sup>44</sup> Draft Corporations Amendment (Insolvency) Bill 2007 and Corporations and ASIC Amendment Regulations 2007 – vrygestel op 13 November 2006.

<sup>45</sup> "For example, Australia (ITSA) has worked with the Legal Execution Department in Thailand on a project to consider voluntary bankruptcy for individuals. This involved visits by ITSA staff to Thailand in July 2005 and return visits by a delegation from the LED in August." [http://www.insolvencyreg.org/sub\\_publications/docs/IAIR-AnnualReport2005.pdf](http://www.insolvencyreg.org/sub_publications/docs/IAIR-AnnualReport2005.pdf) 21 Apr 07.

<sup>46</sup> "Another worrying factor is that the business rescue provisions were clearly drafted by non-South Africans. The terminology that is used appears to be Canadian or American, with a dash of some English law terminology thrown in for good measure." <http://www.turnaround-sa.com/business%rescue%forums/viewtopic.php?t=65> 25 Mrt 07.

---

Die Suid-Afrikaanse departement van Justisie is reeds vir 'n geruime tyd besig met 'n wetsontwerp vir insolvensie en besigheids reddingsaksies om die insolvensiewet van 1936 te vervang.<sup>47</sup>

### **UNCITRAL en INSOL**

Die globalisering van besigheid vereis dat insolvensiewetgewing ook geskik moet wees om tred te hou met die snelle groei in oor-grens handel. Die UNCITRAL, oor-grens insolvensie model was die gevolg van die kommersiële behoefte wat ontstaan het uit die frustrasie wat vloei uit nasionale gebiedsverskille en die afdwinging van regte in vreemde jurisdiksies.<sup>48</sup> Brittanje het reeds met die aanname van die *Enterprise Act 2002* die UNCITRAL oogmerke geïnkorporeer. Verskeie ander lande het reeds die beginsels in hul wetgewing opgeneem of is tans besig om dit te inkorporeer.<sup>49</sup>

INSOL Internasionaal en INSOL Europa het ook tydens hulle gesamentlike kongres in Praag in die Tsjeggiese Republiek in Oktober 2004, met die tema *Restructuring: Success or Failure*,<sup>50</sup> gestel waaraan lidlande se insolvensiewetgewing moet voldoen. Kongresgangers het saamgestem dat in enige reddingsaksie die befondsing van die aksie, die rol van krediteure en voorraad-omsetsnelheid van kardinale belang is. Dit is by die geleentheid verder beklemtoon dat groot multi-nasionale maatskappye nie sal belê in 'n land waar daar nie 'n gestruktureerde insolvensie raamwerk bestaan nie.

### **Oogmerk van Besigheid Reddingsaksie**

'n Reddingsaksie in die Suid-Afrikaanse konteks<sup>51</sup> behels die neem van stappe tot rehabilitasie deur die bestuur van 'n insolvente maatskappy, of een wat deur insolvensie in die gesig gestaar word.

Drie stappe word voorgedra, te wete

- die tydelike toesighouding deur die aanstelling van 'n onafhanklike toesighouer om die bestuur van sake, besigheid en eiendom van die maatskappy oor te neem;<sup>52</sup>
- 'n tydelike moratorium op die regte van eisers teen die maatskappy of ten opsigte van eiendom in sy besit;<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> Insolvency Second Amendment Bill [B53-2002].

<sup>48</sup> "Adopted by UNCITRAL on 30 May 1997, the Model Law is designed to assist States to equip their insolvency laws with a modern, harmonized and fair framework to address more effectively instances of cross-border insolvency. Those instances include cases where the insolvent debtor has assets in more than one State or where some of the creditors of the debtor are not from the State where the insolvency proceeding is taking place. The Model Law respects the differences among national procedural laws and does not attempt a substantive unification of insolvency law. It offers solutions that help in several significant ways, including: foreign assistance for an insolvency proceeding taking place in the enacting State; foreign representative's access to courts of the enacting State; recognition of foreign proceedings; cross-border cooperation; and coordination of concurrent proceedings."

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html) 25 Mrt 07.

<sup>49</sup> Colombia (2006), Eritrea, Japan (2000), Mexico (2000), New Zealand (2006), Poland (2003), Romania (2003), Montenegro (2002), Serbia (2004); RSA (2000), Great Britain (2006), British Virgin Islands, overseas territory of the UK of Great Britain and Northern Ireland (2005), and USA (2005).

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html) 24 Apr 07.

<sup>50</sup> <http://www.globalinsolvency.com/insol/> 12 Maart 2007.

<sup>51</sup> S 130(b) of the Companies Bill, 2007.

<sup>52</sup> S 130(b) (i) the temporary supervision of the management of the affairs, business and property of the company;

<sup>53</sup> S 130(b) (ii) a temporary moratorium on the rights of claimants against the company or in respect of property in its possession; and

- die ontwikkeling van en implementering (indien goedgekeur) van 'n plan om 'n maatskappy te red deur sy sake, eiendom, skuld, ander verpligtinge en aandeelhouding te herstruktureer;<sup>54</sup>

op 'n wyse wat die beste moontlike geleentheid bied dat die maatskappy op 'n solvente basis kan voortbestaan, of indien dit nie moontlik is om voort te gaan nie ten minste die bes moontlike opbrengs vir die maatskappy se krediteure en aandeelhouders te bewerkstellig, wat beter behoort te wees as sou die maatskappy uit die staanspoor gelikwideer word. (*ei vertaling*)

## Prosedure

### Suid-Afrika

Ten einde 'n besigheid reddingsaksie van stapel te stuur moet, of die aandeelhouders deur 'n gewone besluit, of die direksie besluit dat 'n vrywillige reddingsaksie onder die toesig van 'n toesighouer moet geskied.<sup>55</sup>

'n Geaffekteerde persoon<sup>56</sup> kan egter ook 'n aansoek tot die hof rig vir die aanstel van 'n toesighouer in terme van art 134(1)<sup>57</sup> indien 'n daad van insolvensie<sup>58</sup> inderdaad plaasgevind het. Dit is belangrik om te let op die wye bevoegdheid wat werknemers in die SA konteks het ten opsigte van inspraak in

---

<sup>54</sup> S 130(b) (iii) the development and implementation, if approved, of a plan to rescue the company by re-structuring its affairs, business, property, debt and other liabilities, and equity in a manner that maximises the likelihood of the company continuing in existence on a solvent basis or, if it is not possible for the company to so continue in existence, results in a better return for the company's creditors or shareholders than would result from the immediate liquidation of the company;

<sup>55</sup> S 132 (1) Subject to subsection (2)(a), either the shareholders of a company by ordinary resolution, or the board of the company, may resolve that the company voluntarily begins rescue proceedings and place the company under supervision, if in either case,  
 (a) an insolvency event has occurred, or may imminently become insolvent; and  
 (b) there appears to be a reasonable prospect of rescuing the company.

<sup>56</sup> S 130(1) (a) "affected person" in relation to a company, means –  
 (i) a shareholder or creditor of the company  
 (ii) any registered trade union representing employees of the company; and  
 (iii) if any of the employees of the company are not represented by a registered trade union, each of those employees or their respective representatives

<sup>57</sup> S 134(1) If an insolvency event has occurred with respect to a company, but the company has not adopted a resolution contemplated in section 132, an affected person may apply to the court for an order placing the company under supervision.

<sup>58</sup> S 131  
 Insolvency of a company  
 (1) For the purposes of this Act, an insolvency event occurs with respect to a company if:  
 (a) an amount exceeding the minimum value prescribed in terms of subsection (3) is due and payable by the company to a creditor, by cession or otherwise, and  
 (i) has served on the company a demand requiring the company to pay the amount that is due and payable; and  
 (ii) the company has not paid the amount demanded, or otherwise satisfied the creditor, within 15 business days after the demand was served;  
 (b) any process issued on a judgment, decree or order of a court in favour of a creditor of the company has been returned by the sheriff or the messenger with an endorsement that there appears to be insufficient disposable property to satisfy the judgment, decree or order or that any disposable property found did not upon sale satisfy the judgment, decree or order; or  
 (c) a Court is satisfied that the company is unable to pay its debts.  
 (2) In determining for the purpose of the subsection (1)(c) whether a company is unable to pay its debts, the Court must take into account all current, contingent and prospective liabilities of the company.  
 (3) From time to time, the Minister must prescribe a minimum value for the purpose of subsection (1)(a).

---

die proses.<sup>59</sup> Daar is sover bekend geen ander land in die wêreld waar werknemers so groot inspraak in die proses het as in die wetsontwerp nie.<sup>60</sup>

Die aanstelling van 'n toesighouer (wat beskik oor die kwalifikasies neergelê in art 141)<sup>61</sup> moet geskied binne 5 dae nadat 'n resoluësie vir 'n reddingsaksie by die *kommissie*<sup>62</sup> ingedien is. 'n Kennisgewing, dat sodanige aanstelling gemaak is, moet binne 2 dae na sodanige aanstelling by die kommissie ingedien word.<sup>63</sup> Die wetsontwerp maak nêrens melding van wat die voorgeskrewe kwalifikasies is buiten om te sê dat aan die kwalifikasie vereiste voldoen moet word nie.<sup>64</sup> Selfs in terme van art 134(5)(b)(ii),<sup>65</sup> wat handel met 'n aansoek deur 'n geaffekteerde persoon, sal die hof steeds van die maatskappy self vereis om 'n toesighouer aan te stel.

Dit is slegs as daar geen effektiewe bestuur in plek is nie wat die Hof 'n toesighouer sal aanstel en dan ook slegs as die toesighouer aan die vereistes van art 141<sup>66</sup> voldoen (en boonop) aanbeveel word of aanvaarbaar is vir die meerderheid van die onafhanklike stemgeregtigde krediteure.<sup>67</sup> Dit blyk dus duidelik dat die wetgewer ten doel het dat die beginsel van kontraktervryheid moet seëvier en dat die betrokke partye toegelaat moet word om binne die raamwerk van die wet<sup>68</sup> hulle eie heil uit te werk.

### **Verenigde Koninkryk**

Die konsep van *receivership*<sup>69</sup> as reddingsaksie was oorspronklik in die Insolvensiewet 1986 (*Chapter 45*) van die Verenigde Koninkryk voorsien as metode vir 'n maatskappy om as lopende saak te oorleef met die voordeel van 'n moratorium vir sy skulde. Die prosedure is egter onlangs gewysig deur die implementering van die *Enterprise Act 2002 (chapter 40)*.

---

<sup>59</sup> S 139, 147, 151

<sup>60</sup> Australië se wetsontwerp maak voorsiening vir werknemers inspraak maar nie tot dieselfde mate van beskerming as wat hulle sou geniet by likwidasie nie. "3.16 In a winding up the law confers a priority on employee entitlements. The treatment of employee entitlements in a voluntary administration differs from that in a winding up." vn 44 *supra* 12

<sup>61</sup> S 141 Qualifications of supervisors –

A person may be appointed as the supervisor of a company only if the person

- (a) has the prescribed qualifications
- (b) is not subject to an order of probation in terms of section 163; and
- (c) would not be disqualified from acting as a director of the company in terms of section 89(5).

<sup>62</sup> S 1 – "Commission" means the Companies and Intellectual Property Commission established by section 186.

<sup>63</sup> S 132 (3) (c) file a notice of the appointment of a supervisor with the Commission within 2 business days after making the appointment;

<sup>64</sup> Sien vn 169 *infra*.

<sup>65</sup> S 134 (5) After considering an application in terms of subsection (1)

- (b) in any other case, a court may make an order –
  - (ii) requiring the company to appoint a supervisor, unless the company does not have effective management.

<sup>66</sup> vn 61 *supra*.

<sup>67</sup> S 134(6) If, at the time the court makes an order in terms of subsection (5)(b), the company does not have effective management, the court may make a further order appointing a supervisor who satisfies the requirements of section 141, recommended by, or acceptable to, the holders of a majority of the independent creditors' voting interests.

<sup>68</sup> Companies Bill, 2007.

<sup>69</sup> Part III s 28 - 72

---

Administrasie kan of buite die hof begin word deur 'n versekerde skuldeiser wat 'n kwalifiserende *floating charge*<sup>70</sup> hou of deur die maatskappy self. In die alternatief moet krediteure 'n aansoek tot die hof bring.<sup>71</sup> In eersgenoemde geval sal die aanstelling van die administrateur<sup>72</sup> 'n aanvang neem sodra die reghouer die nodige dokumentasie by die hof ingedien het.<sup>73</sup> Dit sal van die voorgestelde administrateur verwag word om 'n verklaring in te dien tot die effek dat die toestaan van die administrasiebevel die maatskappy 'n redelike kans op sukses en herstel sal gee.<sup>74</sup> In geval van 'n hofaansoek het die hof 'n diskresie of hy die bevel wil toestaan al dan nie.<sup>75</sup>

'n Onafhanklike administrateur word dus of deur 'n houer van 'n kwalifiserende reg<sup>76</sup> of deur die direkteure onder bepaalde omstandighede aangestel. Die administrateur, wat optree as agent van die maatskappy en geen persoonlike aanspreeklikheid kan opdoen nie, is verantwoordelik vir die dag-tot-dag bestuur van die maatskappy.<sup>77</sup> Die magte van die administrateur word uiteengesit in die Insolvensiewet<sup>78</sup> en hy word beskou as beampte van die hof.<sup>79</sup> Die voorgestelde wetsontwerp vir Suid-Afrika het 'n soortgelyke bepaling.<sup>80, 81, 82</sup> Die direkteure is in alle gevalle onder 'n statutêre verpligting om die administrateur(s) by te staan.<sup>83, 84</sup>

In Brittanje kan die direkteure<sup>85</sup>, soos in Suid-Afrika<sup>86</sup> persoonlike aanspreeklikheid oploop indien hulle toelaat dat die maatskappy onder insolvente omstandighede handel dryf. Die oogmerk is dus om die druk van die direkteure af te neem sodat hulle sonder 'n swaard van moontlike vervolging en druk van angstige krediteure kan poog om 'n reddingsplan in werking te stel.

Die hoofoogmerk in alle jurisdiksies is om die maatskappy as lopende saak te behou deur 'n reddingsboei aan hulle uit te hou. Likwidasie is slegs die laaste

---

<sup>70</sup> "A floating charge is a form of security under which all the assets of the business, other than those which are subject to a mortgage or fixed charge, are used as security for the loan. The great advantage of the floating charge is that you can sell or use the assets - such as your stocks - as if they are free of any charge, at least until the lender tells you otherwise. If you fail to repay the loan in accordance with the terms under which it was granted, the lender can activate certain remedies, such as:

- Converting the security to a fixed charge (thus stopping you from selling the assets).
- Appointing a receiver or administrator to run the business.
- Seizing and selling any - or all - of the assets to pay off the loan."

<http://www.tltsolicitors.com/FAQs/Financing-a-business/P5946.asp>

<sup>71</sup> S 14 Enterprise Act 2002, Schedule 16; Schedule B1 to Insolvency Act 1986.

<sup>72</sup> Chpt 40 1986 S 29(2) Administrative Receiver

<sup>73</sup> S 19 Enterprise Act 2002.

<sup>74</sup> S 18(3)(b) Enterprise Act 2002.

<sup>75</sup> S 13(1) Enterprise Act 2002 – Powers of Court.

<sup>76</sup> qualifying floating charge.

<sup>77</sup> Insolvency Act 1986 S14(1)(a).

<sup>78</sup> 1986.

<sup>79</sup> S 5 Enterprise Act 2002.

<sup>80</sup> S 143(3) During a company's business rescue proceedings, the supervisor is an officer of the court for the purposes of this Chapter.

<sup>81</sup> Die Wet op Hooggeregshowe Wet 59 van 1959 dui aan dat Beamptes van die hof gewoonlik Registrateurs, hofbeamptes en Beamptes in Publieke Diens is wat aangestel word as Beamptes van die hof. Sou so aanstelling dus beteken dat nie nakoming van die hof se voorskrifte kan lei tot 'n bevel van minagting van die hof vir nie-nakoming van pligte?

<sup>82</sup> Dit is ook die geval in Hong Kong. <http://www.whitecase.com> 21 Apr 07.

<sup>83</sup> Insolvency Act S 14(4) and 22(1).

<sup>84</sup> Wetsontwerp vereis dat direkteure met die toesighouer moet saamwerk en hom ondersteun S 145

<sup>85</sup> vn 14 *supra*.

<sup>86</sup> A 424(1) 61 1973.

---

uitweg wat oorweeg moet word. Die oogmerk van die *Enterprise Act* is dat die administrateur nou die taak het om die belange van alle krediteure te dien en nie slegs 'n primêre plig het teenoor die versekerde skuldeiser wat hom aangestel het soos in die geval van likwidasië nie.

### **Verenigde State van Amerika**

Die Amerikaanse *Bankruptcy Code se Chapter 11* is die bekendste<sup>87</sup> van alle herstrukturering of moratorium skeppende regsprosedes in enige jurisdiksie. Die meeste *Chapter 11* aansoeke is vrywillig.<sup>88</sup> Dit word beskou as die beste voorbeeld van herorganisasie wetgewing enige plek in die wêreld.<sup>89</sup> 'n Tipiese *Chapter 11* saak begin as die debiteur maatskappy<sup>90</sup> vrywilliglik 'n aansoek tot die *Bankruptcy Court* bring.<sup>91</sup> Die meeste van die aansoeke vind plaas as die maatskappy se kontantvloei baie sterk is soos gedurende die Desember handelsperiode.<sup>92</sup> 'n Lys van krediteure en opsomming van bates en laste moet by die aansoek aangeheg wees. Daar is tegnies geen vereiste vir insolvensie nie.

Daar kan egter verskeie redes, anders as insolvensie, wees waarom 'n maatskappy aansoek kan doen vir die beskerming van die hof. Die maatskappy word byvoorbeeld gekonfronteer met geweldige deliktuele aanspreeklikheid<sup>93</sup>, 'n negatiewe uitkoms in litigasie word verwag<sup>94</sup> of daar is onsekerheid oor toekomstige kontantvloei.<sup>95</sup>

Die bepaling van die wet maak voorsiening vir heelwat wigte en teëwigte. Aansoeke moet *bona fide* wees met 'n opregte bedoeling om te herorganiseer of om 'n gestruktureerde likwidasië tot gevolg te bring. Soms word *Chapter 11* beskerming verkry bloot om 'n moratorium te kry teen alle eise (hoe ook al hulle mag ontstaan) ten einde onderhandelinge af te handel wat kan lei tot die verkoop van die maatskappy.

Krediteure mag, as hulle reken hulle belange mag geskaad word (en 'n aansoek is na bewering nie *bona fide*<sup>96</sup> nie) dit teëstaan.<sup>97</sup>

'n Groot maatskappy kan egter ook in 'n *Chapter 11* situasie gedwing word as 'n krediteur met 'n "*unsecured non contingent undisputed claims*" 'n aansoek bring vir 'n onvrywillige aksie<sup>98</sup> teen die maatskappy en die maatskappy in die algemeen nie in staat is om sy verpligtinge na te kom nie.<sup>99</sup> In die VSA is dit

---

<sup>87</sup> "The United States formal rescue procedure contained in Chapter 11 of the Federal US Bankruptcy Code is now notorious. It is the oldest of the formal rescue regimes mentioned in this document, being enacted in 1978." vn 28 *supra*.

<sup>88</sup> vn 28 *supra*.

<sup>89</sup> Levenstein & Winer – Werksmans Attorneys.

[http://www.werksmans.co.za/news/2007/01/18/business\\_recovery\\_and\\_insolvency\\_brief\\_vol\\_12/](http://www.werksmans.co.za/news/2007/01/18/business_recovery_and_insolvency_brief_vol_12/)

<sup>90</sup> "debtor in possession" ("DIP").

<sup>91</sup> USCS Section 6: Control of the Company.

<sup>92</sup> vn 89 *supra* Levenstein & Winer.

<sup>93</sup> Dow Corning - globale skikking met eisers het skipbreuk gely.

<sup>94</sup> Texaco – multi biljoen \$ skadevergoedingseise.

<sup>95</sup> 'n Aantal VSA energie maatskappye.

<sup>96</sup> In re Crown Sportswear, Inc., 575 F.2d 991, 17 C.B.C. 491 (1<sup>st</sup> Cir.1978); In re Braten, 74 B.R. 1021 (Bankr. S.D.N.Y. 1987).

<sup>97</sup> SGL Carbon Corporation Saak (200 F.3d 154) is die aansoek deur die hof van die hand gewys omdat die maatskappy nie 'n werklike herorganiseringsoogmerk geopenbaar het nie.

<sup>98</sup> "involuntary petition"

<sup>99</sup> "Some courts recognize that an order for relief may enter when there is a failure to pay one significantly large debt, or when the amount of that debt constitutes a significant percentage of the debtor's total outstanding liabilities."9A Am Jur 2d §935 282

---

normaalweg nie die krediteure wat aansoek doen vir *Chapter 11* beskerming nie. Versekerde skuldeisers kan egter in effek 'n maatskappy dwing om vir beskerming aansoek te doen bloot deur te dreig om hulle regte (*liens*)<sup>100</sup> af te dwing.

Desnieteenstaande enige ander bepalings in die *Bankruptcy code* sal die hof nie 'n versoek vir *Chapter 11* beskerming toestaan as die hoofdoel is om belasting te ontduik nie.<sup>101</sup> Eweneens sal die bevel nie toegestaan word as nie aan die bepalings van wetgewing oor Sekuriteite (wat handel met oor-staatsgrens handel en posbedrog)<sup>102</sup> voldoen is nie.

In die VSA is die fokus met *Chapter 11* prosedures gemik op die behoud van die waarde in die geherorganiseerde-/lopende saak eerder as likwidasiewaarde (*fire sale value*).<sup>103</sup> Die afleiding is dus dat *Chapter 11* die behoud van die bestaande bestuur voorstaan ten einde deur 'n verskeidenheid van moontlike uitkomst, hetsy herorganisasie, die verkoop van nie-presterende bates of selfs georganiseerde en gekontroleerde likwidasië<sup>104</sup> die beste moontlike resultate vir krediteure te behaal.

Daar is hoofsaaklik twee algemene kategorieë: die *vryval* oplossing of 'n vooraf ooreengekome oplossing of *verpakte* plan wat aan krediteure en belangegroepes voorgelê word.<sup>105</sup>

Die VSA is die enigste van die jurisdiksies waar die bestaande direkteure steeds in beheer van die maatskappy bly by die instel van 'n moratorium en reddingsaksie. Die argument is dat hulle baie tyd, vermoë, kennis en geld in die onderneming belê het en daar behoort geen vermoede te wees dat hulle verwydering noodsaaklik is om die reddingsaksie te maak werk nie. Navorsing het ook bewys dat bestuur vroeg in die herstelproses reeds vervang word, gewoonlik as gevolg van druk van krediteure wat die aanstel van nuwe bestuur as 'n vereiste stel voor hulle 'n plan van aksie sal goedkeur.<sup>106, 107</sup>

Waar die maatskappy self in beheer is kan 'n belanghebbende party die hof versoek om 'n *Trustee* aan te stel om die sake van die skuldenaar te onder-

---

<sup>100</sup> "Lien, claim or charge held by one party, on property owned by a second party, as security for payment of some debt, obligation, or duty owed by that second party. A lien may arise by agreement between the parties or by operation of law from the relation of the parties or the circumstances of their dealings. A special lien applies only to a specific property and any obligations related to it. A general lien can be enforced on a property for any [unfulfilled](#) debt in similar lines of business. Laborer's liens establish priority for the payment of employees in favor of general creditors in cases of bankruptcy; mechanic's liens similarly provide priority for the payment of contractors who provided goods and services for building projects. The holder of a first lien takes precedence over all other encumbrances on a piece of property. A tax lien is held by the state or federal government on property which may be [foreclosed](#) for [nonpayment](#) of taxes."

"lien." [The Columbia Electronic Encyclopedia, Sixth Edition](#). Columbia University Press., 2003. *Answers.com* 03 May. 2007. <http://www.answers.com/topic/lien>.

<sup>101</sup> 11 USCS § 346,1146.

<sup>102</sup> 11 USCS § 1129 (d).

<sup>103</sup> "A **fire sale** is the sale of goods at extremely low prices, typically when the seller faces [bankruptcy](#) or other impending distress. Perhaps originally based on a sale of goods at a heavy discount due to fire damage." [Wikipedia article "Fire sale"](#). <http://www.answers.com/topic/fire-sale>

<sup>104</sup> "...at the termination of Chapter 11 there can be a relatively easy conversion to liquidation." "Many plans contemplate liquidation, and indeed 90% of confirmed plans result in liquidation rather than reorganisation." p38 vn 28 *supra*.

<sup>105</sup> <http://www.sec.gov/investor/pubs/bankrupt.htm> 16 Maart 2007.

<sup>106</sup> Warren "The Untenable Case for Repeal of Chapter 11" (1992) 102 Yale LJ 437 at 449" vn 28 *supra*.

<sup>107</sup> "A frequent criticism of Chapter 11 is that it allows existing management, who may have been responsible for the company's parlous state, to stay in office. This is a misunderstanding of the concept of 'debtor in possession', which refers to the corporate entity, not the individual directors or managers." vn 28 *supra*.

soek.<sup>108</sup> So 'n aanstelling moet op versoek deur die hof toegestaan word waar daar meer as \$5 milj se onversekerde en gelikwiderde skulde is.<sup>109</sup> Die *Bankruptcy Court* mag egter die omvang van die trustee se ondersoek beperk ten einde 'n visvang ekspedisie te voorkom.<sup>110</sup> Die koste van die trustee of *examiner* word statutêr neergelê<sup>111</sup> met maksimums en beperkings.<sup>112</sup>

'n Ander uitstaande kenmerk van die Chapter 11 prosedure is die aanwys van 'n krediteurskomitee.<sup>113</sup> Gewoonlik bestaan die komitee uit 7 van die grootste onversekureerde krediteure wat bereid is om te dien.<sup>114</sup> Die komitee word deur die *United States Trustee*<sup>115</sup> aangestel so spoedig moontlik na die bevel deur die hof toegestaan is. Die komitee het wyer magte as in enige ander jurisdiksie en is veel meer as konsulerende liggaam.<sup>116</sup> Hulle kan prokureurs en ander raadgewers aanstel met die hof se goedkeuring.<sup>117</sup> Die uitgawes vir sulke aanstellings sal deur die maatskappy betaal moet word.<sup>118</sup> Indien die debiteur maatskappy nie presteer nie kan die komitee die implementering van 'n plan van aksie monitor en help met die deurvoer van die plan.<sup>119</sup> Daar kan meer as een krediteurskomitee aangestel word.<sup>120</sup>

Sodra 'n maatskappy 'n aansoek vir beskerming by die hof ingedien het word 'n moratorium<sup>121</sup> aan die maatskappy verleen waartydens geen verdere gedinge aanhangig gemaak kan word nie, geen vonnisse afgedwing kan word nie en geen regte geperfekteer kan word sonder die toestemming van die hof nie. Die maatskappy het 120 dae waarbinne hy 'n plan vir her-organisasie kan formuleer en die tydperk kan verleng word mits grondige redes verskaf word.<sup>122</sup> Normaalweg konsentreer aansoekers eers op die stabilisering van hul bedrywigheide en 'n besigheidsplan voordat 'n plan vir reorganisasie geformuleer word.<sup>123</sup>

---

<sup>108</sup> Die term *Examiner* word ook gebruik. §250 - §349 9 Am Jur 2d 270.

<sup>109</sup> 11 USCS § 1104(b). "In a Chapter 11 reorganization case in which the court does not order the appointment of a trustee, the court may order the appointment of an examiner to conduct an investigation of the debtor upon request and after notice and hearing, if such an appointment is in the interests of creditors, any equity security holders and other interests of the estate, or if certain of the debtor's debts exceed \$5 million." 9 Am Jur 2d §250.

<sup>110</sup> Jones Day Gouldens – Comparison of Chapter 11 of the US Bankruptcy Code and the System of Administration in the United Kingdom. 2003 Adam Plainer & Corinne Ball <http://www.jonesday.com/files/Publication/b0c886bd-6721-4c66-9213-db7f01ddb55f/Presentation/PublicationAttachment/96b1ebf1-2203-4577-bff4-8baf89f4e0d1/Comparison%20of%20Chapter%2011.pdf>.

<sup>111</sup> 11 USCS § 330.

<sup>112</sup> 11 USCS § 326.

<sup>113</sup> 11 USCS § 1103 (c).

<sup>114</sup> 11 USCS § 1102 (b)(1).

<sup>115</sup> Die Kantoor van die US Trustee is 'n meer onlangse verwikkeling. Die kantoor is belas met die aanstelling van trustees, examiners en die krediteurskomitee en die hoofdoel is om alle krediteure te beskerm.

<sup>116</sup> "The function of the creditors committee is to act as a watchdog in behalf of the larger body of creditors which it represents. (Re AKF Foods, Inc. (1984, BC ED NY) 36 BR 288, 9 CBC2d 1421, CCH Bankr L Rptr ¶ 69571) Members of creditors' committees owe a fiduciary duty to members of the class represented." 9 AM Jur 2d § 367.

<sup>117</sup> 11 USCS § 327.

<sup>118</sup> 11 USCS § 330.

<sup>119</sup> Re Diversified Capital Corp. (1988, BCCD Cal) 89 BR 826, 18 BCD 9, 19 CBC2d 610, CCH Bankr L Rptr ¶ 72401.

<sup>120</sup> "Comment: The fact that Bankruptcy Rule 2007 deals only with prepetition committees and provides a procedure for judicial review of the US trustee's appointment of a prepetition committee as the official creditor's committee, does not preclude judicial review under Rule 2020 regarding the appointment of other committees." – Advisory Committee Note to Federal Rule of Bankruptcy Procedure 2007. 9 Am Jur 2d 383.

<sup>121</sup> automatic stay.

<sup>122</sup> 11 USCS § 103 (a) 9B Am Jur 2d 224.

<sup>123</sup> vn 110 *supra* Jones-Goulden

---

## Australië

Die *Corporations Amendment (Insolvency) Bill (Reform Bill)* is daarop gemik om die *Corporations Act 2001 (Cth)(Act)* te wysig. Van die wysigings is daarop gemik om vrywillige administrasie (as reddingsaksie) meer vaartbelyn te maak al-dus 'n verduidelikende dokument wat kommentaar op die wetsontwerp ver-soek en deur die Australiese Parlement uitgereik is.<sup>124</sup>

Wysigings is onder andere gemik op die vrywaring van administrateurs vir persoonlike aanspreeklikheid vir skulde aangegaan in die reddingsaksie, beter verslagdoening om fondse vir herorganisasie te verkry, verlengde periodes waarbinne krediteursvergaderings gehou moet word en die regte van die administrateur om eiendom te verkoop wat die onderwerp van 'n pand of verband of ander vorm van retensiereg is.<sup>125</sup>

Daar sal ook voorrang verleen word aan die betaling van administrasie-koste in geval die maatskappy gelikwieder word. Daar kan ook deur 'n hof verklaar word dat onverwante kommersiële transaksies wat gedurende 'n periode van administrasie aangegaan word ter syde gestel kan word.

Verskeie beheermaatreëls oor insolvensiepraktisyns word ook ingestel.<sup>126</sup>

'n Ander belangrike aspek is die *pooling* van fondse.<sup>127</sup> Dit is veral van belang by groot korporatiewe mislukkings waar die beste oplossing vir krediteure is om 'n groepsbenadering te aanvaar waar eksterne administrasie van 'n korpo-ratiewe groep plaasvind en alle bates en laste van verskeie groep-maatskappye en filiale saamgegooi word asof hulle een enkele maatskappy is en die kredi-teure as een groep hanteer word.<sup>128</sup>

## Nieu-Seeland

Die land is reeds sedert 1999 besig met 'n omvattende hersiening van sy insolvensiewetgewing.<sup>129</sup> 'n Wetsontwerp is reeds op 14 April 2004 bekend-gestel. Die wetsontwerp het sy eerste lesingstadium op 21 Februarie 2006 geslaag en is na die Gekose Komitee vir Handel verwys vir oorweging. Openbare voorleggings aan die komitee het op 7 April 2006 gesluit en daar moes op 20 Augustus 2006 daarvoor verslag gedoen word aan die Nasionale Vergadering.<sup>130</sup> Korporatiewe reddingsaksies vergelyk tot groot mate met die van Australië en Brittanje.

## Koste van 'n reddingsaksie

Een van die grootste struikelblokke in meeste jurisdiksies waarom meer red-dingsaksies nie geïmplementeer word nie is die tyd wat dit verg en die hoë kos-te verbonde daaraan.<sup>131</sup> Daarmee saam gaan, soos in Brittanje bevind, die ver-

---

<sup>124</sup> <http://parlsec.treasurer.gov.au/cjp/content/pressreleases/2006/039.asp> 4 Mei 07.

<sup>125</sup> 3.17 p12 Explanatory Statement - Exposure Draft - Corporations and ASIC Amendment Regulations 2007 <http://www.treasury.gov.au/contentitem.asp?NavId=037&ContentID=1186> 5 Mei 07.

<sup>126</sup> 3.60 – 3.65 p19 vn 125 *supra* Explanatory Statement.

<sup>127</sup> vn 125 *supra* Explanatory Statement.

<sup>128</sup> [www.bdwm.com.au/](http://www.bdwm.com.au/) 18 Maart 2007.

<sup>129</sup> [http://www.insolvencyreg.org/sub\\_member\\_profiles/new\\_zealand/index.htm](http://www.insolvencyreg.org/sub_member_profiles/new_zealand/index.htm) 21 Apr 07.

<sup>130</sup> [http://www.med.govt.nz/templates/ContentTopicSummary\\_4386.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/ContentTopicSummary_4386.aspx) 26 Apr 07.

<sup>131</sup> vn 17 *supra* Kloppers 53

tragings wat deur hofaansoeke genoodsaak is.<sup>132</sup> Die Australiese sisteem blyk weer die maklikste en goedkoopste om te implementeer, waarskynlik as gevolg van die kort moratorium tyd wat meehelp om krediteursbelange te beskerm.<sup>133</sup>

### **Maatskappy en toesighouer onderhandel oor vergoeding**

Die maatskappy moet (in terme van die wetsontwerp) so gou moontlik na die aanstelling van die toesighouer met hom/haar skriftelik ooreenkom wat die vergoeding vir sy dienste sal wees en hoe uitgawes, wat in die reddingsaksie aangegaan word, vergoed sal word.<sup>134</sup> Dit is nie duidelik uit die Wetsontwerp of die toesighouer toegelaat sal word om sy eie steunpersoneel<sup>135</sup> te gebruik en gelde daarvoor te hef nie.

Die vraag kan inderdaad gevra word waar sal die grens getrek word tussen administratiewe steunpersoneel en adviseurs? Aangesien die vergoeding van die toesighouer uit die bruto inkomste (en beskikbare kontantvloei) of opbrengs van realiseerbare bates (al dan nie) van die maatskappy gaan kom is die algemene gedagte<sup>136</sup> dat die bestuur uiteraard poog om die laags moontlike vergoeding te beding.<sup>137</sup> Art 153(3)(g)<sup>138</sup> voorsien dat 'n kopie van die skriftelike ooreenkoms aangaande die toesighouer se vergoeding saam met die reddingsplan voorgelê moet word.

Dit kan dus kwalik gesê word dat 'n transaksie op arm-lengte tussen die maatskappy en toesighouer oor die vasstelling van sy fooi plaasgevind het. In geval van 'n moontlike likwidasië kan dit 'n manier wees om geld uit die onderneming te kanaliseer tot nadeel van die krediteure.<sup>139</sup> Die TMA<sup>140</sup> is van mening dat dit inderdaad die krediteure behoort te wees wat die Toesighouer se fooie moet vasstel.<sup>141</sup>

Volgens die wetsontwerp moet die ooreengekome vergoeding nie voorsiening maak vir gelde wat betaal sal word slegs by die plaasvind al dan nie van bepaalde gebeure of die bestaan van sekere omstandighede nie.<sup>142</sup> Daar kan dus nie 'n tydskaal gekoppel word aan die aanvaarding binne 'n bepaalde tydperk of deurvoering van enige spesifieke voorstelle in die plan nie,<sup>143</sup> ook nie dat 'n bepaalde uitslag of resultaat behaal moet of kan word nie.<sup>144</sup>

---

<sup>132</sup> Goode *Principles of Corporate Insolvency Law* (1997) 323. vn 17 *supra* Kloppers 53.

<sup>133</sup> vn 17 *supra* Kloppers 54.

<sup>134</sup> S146(1) As soon as practicable after the appointment of a supervisor, the company and the supervisor must conclude a written agreement setting out the supervisor's remuneration for services, and for expenses incurred in the business rescue proceedings.

<sup>135</sup> Hier word bedoel sekretariële en klerikale persone aangesien die wetsontwerp dit duidelik stel dat geen persoon tot die bestuur of in adviserende hoedanigheid aangestel kan word indien so persoon nie onafhanklik van die toesighouer en sy onderneming is nie. a 143(2).

<sup>136</sup> TMA comments to DTI on Business Rescue Provisions in Chapter 6 of the Companies Bill, 2007

<http://www.turnaround-sa.com/business%20rescue%20forums/viewtopic.php?t>

<sup>137</sup> vn 134 *supra*.

<sup>138</sup> S 153(3) (g) a copy of the written agreement concerning the supervisor's remuneration;

<sup>139</sup> Sien kommentaar in Slotopmerkings oor die aspek en rasionaal vir my argument

<sup>140</sup> Turnaround Management Association – Southern Africa (TMA-SA) internasionale lid van die TMA met 7 000 lede wêreldwyd en bestaan reeds sedert 1998.

<sup>141</sup> vn 136 *supra*.

<sup>142</sup> S 146(2) The remuneration and expenses contemplated in subsection (1) –

(a) must not include any provision for compensation or benefits calculated on the basis of a contingency related to -

<sup>143</sup> S 146(2) (a)(i) The adoption of a business rescue plan at all, or within a particular

Dit bepaal verder dat die ooreengekome gelde en vergoeding betaal **mag**<sup>145</sup> word as deel van die maatskappy se normale bedryfskoste.<sup>146</sup> Die toesighouer het 'n **gekwalfiseerde**,<sup>147</sup> versekerde, eis vir sy gelde in die mate waartoe dit nie ten volle deur die maatskappy betaal word nie.<sup>148</sup> Sou die maatskappy gelikwieder word sal die eis van die toesighouer heel eerste in rangorde wees, dus hoër as enige ander eis van enige **normale** versekerde, preferente of konkur-rente skuldeiser.<sup>149</sup>

In my opinie laat hierdie bepaling die deur wyd oop vir misbruik en kan die toesighouer, sonder enige persoonlike aanspreeklikheid<sup>150</sup> vir wanbestuur, met die besliste wete dat sy fooie gewaarborg is eksperimenteer met verskillende bestuursmetodes ten koste van die maatskappy en krediteure. Die mening van kommentators is dat sodanige persoon nie noodwendig weer 'n aanstelling sal kry nie<sup>151</sup> maar die skade sal dan reeds gedoen wees.<sup>152</sup>

### Wie hou toesig oor die toesighouer?

By 'n *Business Rescue Panel Discussion* oor die nuwe Wetsontwerp het Enver Daniels, die hoof staatsregadviseur die vraag gevra, "wie hou toesig oor die toesighouer?" Hy het aangedui dat dit die Meester van die hoë hof moet wees.<sup>153</sup> Die bedryf is egter van mening dat dit selfregulerend moet wees.<sup>154</sup> Volgens die wet is die toesighouer 'n beampte van die hof.<sup>155</sup> Hierdie aspek van die wetsontwerp sal nog baie aandag verg. In terme van a 152(1)(a)<sup>156</sup> mag die komitee van werknemers en die krediteure (wat geensins by sy aanstelling betrokke was nie – maar die meeste het om te verloor) met die toesighouer konsulteer oor enige aspek van die reddingsaksie maar mag hom nie opdrag gee of hulle sienswyse op hom afdwing nie.

---

144 S 146(2) (a)(ii) time, or the inclusion of any particular matter within such a plan; or the attainment of any particular result or combination of results relating to the business rescue proceedings; and

145 mag – dit is nie duidelik hoe anders dit betaal moet of kan word nie.

146 S 146(2) (b) may be paid by the company as part of its operating costs; and

147 Insolvensiewet 24 van 1936 maak in a 89(1) voorsiening dat sekere kostes eerste betaal moet word uit die opbrengs van elke beswaarde bate voordat betaling van die vordering(s) wat deur daardie bate verseker is, kan geskied. Dit is normaalweg koste soos instandhouding, bewaring, tegeldemaking van die betrokke bate, kurator se vergoeding ten opsigte van die bate, 'n proporsionele gedeelte van die Meester se fooie, en by enige onroerende goed, enige belasting wat daarop verskuldig is of sal word. Sharrock et al, Hockly se Insolvensiewetgewing, (2002) 174, 2de uitg.

148 S 146(2) (c) to the extent that they are not fully paid, will rank in priority before the claims of all other secured and unsecured creditors.

149 24 van 1936.

150 Sien slotopmerkings vir verdere kommentaar oor die aspek.

151 "As to accountability, a supervisor can only mess up once. Apart from ABASA disciplinary measures (if ABASA is accepted), that party won't be appointed again since affected persons can object based on that party's past record in terms of section 133(1)(b)." Comment posted by Jan van der Walt on Mon Feb 26, 2007 7.33 pm <http://www.turnaround-sa.com/business%20rescue%20forums/viewtopic.php?t=68>.

152 "All they will do is shrug their shoulders and say 'sorry'." Comment posted by David Burdette on Sat Feb 24 2007 4.09 pm <http://turnaround-sa.com/business%20rescue%20forums/viewtopic.php?p=86&sid=fb85f72cff09f3044a9ead7e5df674b3>

153 Roger Herbert, Banking Council, Debtor Financing Committee, 10 November 2003

<http://www.turnaround-sa.com/business%20rescue/history%20business%20rescue%20legislation%20reform.asp> 15 Mrt 07.

154 "We believe that supervisors should be regulated by industry itself." vn 136 *supra* (par 3.4.9 p 32)

155 vn 80 *supra*.

156 S 152 (1) A committee of employees, or of creditors, appointed in terms of section 150 or 151, respectively –

(a) may consult with the supervisor about any matter relating to the business rescue proceedings, but may not direct or instruct the supervisor;

---

## Australië - beheer oor toesighouerskoste

Die Australiese wetsontwerp<sup>157</sup> het reeds die probleem van buitensporige administrateursfooie aangespreek na aanleiding van die uitspraak in 2004 in die Stockford-saak.<sup>158, 159</sup>

Dié wetsontwerp maak voorsiening dat:

- ASIC<sup>160</sup> 'n versoek tot die hof kan rig vir hersiening van die administrateur se fooie,
- faktore gelys is wat 'n hof in ag kan neem by die bepaling van die administrateur se fooie
- daar van die administrateur vereis kan word om voldoende inligting aan die krediteure bekend te maak om hulle in staat te stel om te bepaal of die administrateur se fooie redelik is; en
- die administrateur die hof kan versoek om sy fooie vas te stel in gevalle waar krediteursliggame nog nie vergader het nie.<sup>161</sup>

Daar is nie 'n soortgelyke voorsiening vir hersiening van gelde in die Suid-Afrikaanse wetsontwerp nie wat die deur vir misbruik baie wyd ooplaat soos later meer volledig aangetoon sal word in die gevolgtrekking.

## VSA – koste van reddingsaksie

Die *Chapter 11* stelsel in die VSA vereis die hof se betrokkenheid en die koste is dus uiteraard heelwat hoër. Adviseurs mag egter ook deur die krediteurskomitee aangestel word wat deur die maatskappy gefinansier moet word. As gevolg van die hoë koste poog partye om eerder 'n oplossing buite *Chapter 11* te bereik en as 'n voorafverpakte en onderhandelde *Chapter 11* geval aan te bied.<sup>162</sup>

## Brittanje – se ervarings ten opsigte van koste

In Brittanje is daar bevind dat daar groter koste verbonde is aan die aanstel van 'n administrateur eerder as om die bestaande bestuur vir die reddingsaksie te gebruik.<sup>163</sup> Krediteure en aandeelhouders sal betaal vir die leerkurwe van die Administrateur wat nie noodwendig bekend is met die bepaalde tipe besigheid nie.<sup>164</sup> Die Britse *Enterprise Act*<sup>165</sup> vereis van die administrateur om sy pligte so gou en effektief as wat prakties moontlik is uit te voer<sup>166</sup> en in goeie trou op te tree. Die voorgestelde SA wetsontwerp bevat nie 'n soortgelyke bepaling nie.

'n Leerkurwe, probleem gaan in my opinie ook in Suid-Afrika ervaar word. Dog in Suid-Afrika bepaal die wetsontwerp dat die toesighouer verantwoordelik is om 'n oorsigtelike rol te speel en die bestuur van die maatskappy te adviseer.<sup>167</sup> Dit kom nie duidelik oor dat die toesighouer fisies verantwoordelik is vir die dag tot dag bestuur van die maatskappy en noodwendig met operasio-

---

<sup>157</sup> 2007.

<sup>158</sup> Korda in the Matter of Stockford Limited (Subject to Deed of Company Arrangement) [2004] FCA 1682.

<sup>159</sup> <http://www.claytonutz.com/news/controller.asp?nid=827> 15 Mrt 07.

<sup>160</sup> Australian Securities and Investments Commission.

<sup>161</sup> <http://www.aar.com.au/pubs/insol/foinsolnov06.htm>. 15 Mrt 07.

<sup>162</sup> vn 110 *supra* Jones Day.

<sup>163</sup> vn 17 *supra* Kloppers 161.

<sup>164</sup> vn 110 *supra* Jones Day.

<sup>165</sup> 2002 Chapter 40.

<sup>166</sup> Schedule 16, S 248(4).

<sup>167</sup> S 143(1) (a) "is responsible to supervise and advise the management of the company."

---

---

nele besluite getaak word nie. Dit wil eerder voorkom dat hy wesenlike be-  
stuursbesluite van die direksie of raad kan veto of goedkeur.<sup>168</sup> Wat 'n wesen-  
like bestuursbesluit is, is 'n feitevraag en sal getoets moet word voor die howe.

Dit is ondenkbaar dat 'n maatskappy wat reeds diep in finansiële moeilik-  
heid is die regs- en administrasiekoste moet aangaan met die oog op 'n gepoog-  
de reddingsaksie. Die beskikbare regsremedies moet nie daartoe lei dat die  
maatskappy versmoor en oorlewing onmoontlik word nie.

### **Kwalifikasies van toesighouer**

Met die voorgestelde vereistes<sup>169</sup> vir registrasie as omdraaispesialis wat deur  
die TMA<sup>170</sup> voorgelê word sal dit hoogs gekwalifiseerde en professionele  
mense wees wat die taak van toesighouer kan verrig. Sulke persone se profes-  
sionele gelde is nie goedkoop nie en dit kan wees dat baie maatskappy wat net  
bietjie leiding en rekrutering nodig het nie in staat gaan wees om 'n redelike bedrag  
te beding wat vir alle partye aanvaarbaar gaan wees nie. Siende dat die beta-  
ling van die toesighouer nie op die basis van sukses wat behaal is in die vorm  
van 'n gebeurlikheidsfooie<sup>171</sup> hanteer kan word nie<sup>172</sup> sal kleiner maatskappye dit  
moeilik vind om gekwalifiseerde spesialiste wat aan die vereistes van die  
wetsontwerp<sup>173</sup> voldoen aan te stel.

### **Gevolgtrekking**

Die grootste probleme wat voorsien word met die aanstel van 'n toesighouer  
blyk dus kostes, kwalifikasies en bevoegdheid te wees.

Suid-Afrika het 'n lang geskiedenis van korrupsie en misbruik in insolvensie-  
verrigtinge en verskeie maatreëls is al ingestel om die praktyke hok te slaan.  
Die gebruik van vriendelike likwidasies/sekwestrerings het al die kritiek van die  
howe ontlok.<sup>174</sup>

Die proses vir die aanstelling van 'n "vriendelike likwidateur" om die ver-  
loop en gang van 'n maatskappy-likwidasie te beïnvloed is welbekend aan  
skrywer.<sup>175</sup> Hoewel die wet vereis dat 'n Likwidateur by insolvensiever-  
rigtinge aangestel word deur die steun van die krediteure wat of die grootste in  
getal of grootste in waarde verteenwoordig is die proses op eenvoudige wyse  
beïnvloed deur steunwerwing van likwidateurs.

---

<sup>168</sup> S 143 (1) (b) may approve or veto any significant management decision taken by the  
board or the management of the company

<sup>169</sup> Sec 141 Qualifications of Supervisors  
A person may be appointed as the supervisor of a company only if the person-  
(a) has the prescribed qualifications;  
(b) it is not subject to an order of probation in terms of section 163; and  
(c) would not be disqualified from acting as a director of the company in terms of section  
89(5).

<sup>170</sup> vn 136 *supra*.

<sup>171</sup> Met verwysing na art 146 (2)(a)(ii) (vn 144 *supra*) kan aanvaar word dat die bedoeling dus geensins is dat 'n  
toesighouer vergoed kan word soos 'n adv of prok onder bepaalde omstandighede skriftelik met 'n kliënt kan  
ooreenkom in terme van Wet 66 van 1997 (Contingency Fees Act) nie.

<sup>172</sup> vn 142 *supra*.

<sup>173</sup> vn 169 *supra*.

<sup>174</sup> Mthimkhulu v Rampersad (BOE Bank Ltd, intervening creditor) [2000] 3 All SA 512 (N) 514, Klemrock (Pty) Ltd v De  
Klerk & Another 1973 (3) SA 925 (W).

<sup>175</sup> Seize It Investments (Pty) Ltd t/a Blackshaws Printers in liquidation. (1991). Liquidator S Gore SANEK.

---

‘n Maatskappy wat sou aansoek doen vir likwidasië sal vooraf ‘n volledige lys van krediteure aan ‘n likwidateur van sy keuse verskaf. Dit sou die likwidateur in staat stel om reeds by die oomblik van indiening van die aansoek (en selfs nog vroeër in sekere gevalle) steun onder daardie krediteure op die lys te werf. In ander gevalle het groot enkele krediteure (soos finansiële instellings) op grond van een groot enkele skuld daarin geslaag om deur die hoë waarde daarvan alleen die likwidateur van hul keuse aangestel te kry – met die bedoeling dat sodanige likwidateur, wat hulle goedgesind is, die beste na hulle belange sal omsien.

Die feit dat die maatskappy met ‘n potensiële toesighouer moet onderhandel en ooreenkom op sy vergoeding laat die deur in my opinie wyd oop vir misbruik. Ek is van mening dat daar gevalle gaan voorkom waar partye saam gaan heul om geld, onder die dekmantel van synde geregverdigde koste te wees “soos ooreengekom in terme van die ooreenkoms”, uit die maatskappy te skuif tot nadeel van ander krediteure en belanghebbers. Die eis van die toesighouer staan, soos gesien, heel bo in rangorde en geen ander eis van niemand anders kan dit troef nie. Sou daar dus sulke beginsellose toesighouers wees (en daar is, soos telkens in verslae oor korrupsie uitgewys word) wat met direksies gaan saamwerk gaan grootskaalse bedrog gepleeg kan word.

Dit mag inderdaad so wees dat die gemenerereg gegriefde partye gaan toelaat om die hof te nader (weer eens teen groot koste) om moontlike buitensporige kostes aan te veg maar die Australiëse model<sup>176,177</sup> soos vervat in hulle wetsontwerp bied meer beheer en kontrole.

Soos meermale in die voorafgaande stuk geskryf is wil dit voorkom asof die toesighouer ‘n redelike vry hand gaan hê ten opsigte van die rigting wat die reddingsaksie kan inslaan en hoe die herstelproses (indien herstel moontlik is) gaan verloop. Dit kan voorsien word dat baie frustrasie gaan opkrop en gemoedere hoog gaan loop in gesprekke tussen krediteure en werknemers en die toesighouer aan die ander kant. Daarby kan die betrokkenheid en tussenkoms van bestaande bestuur en aandeelhouers ook ingereken word.

Soos uitgewys mag die komitee van geaffekteerde partye (werknemers en krediteure) “consult with the supervisor about any matter relating to the business rescue proceedings, but may not direct or instruct the supervisor.”<sup>178</sup> Die toesighouer is veronderstel om verslae oor die besigheidsreddingsaksie aan die komitee voor te lê maar die wetsontwerp maak geen voorsiening vir hoe gereeld en op watter basis sulke verslae gelewer moet word nie.

Sonder enige sanksie wat die toesighouer verplig om met die krediteure en werknemers saam te werk om ook hulle eiesoortige behoeftes aan te spreek (anders as die waarvoor statutêr voorsien word in bepalings oor vergaderings<sup>179</sup> en dies meer) kan die toesighouer luister na die krediteure en werknemers maar hy hoef hom nie te veel te steur aan hulle kommentaar en besware nie.

---

<sup>176</sup> sien Australië beheer oor toesighouerskoste vir meer in die verband 157 *supra*.

<sup>177</sup> vn 158 *supra*.

<sup>178</sup> S 152(1)(a).

<sup>179</sup> S 150, 151, 149,148.

---

Die feit dat die toesighouer geen geassosieerde adviseurs mag gebruik nie<sup>180</sup> dui daarop dat die wetgewer die mag van die groot firma's wil breek wat deur assosiasie vir hulself meer en groter opdragte verseker. Hier kan gedink word aan die groot ouditeursfirma's wat nie alleen auditwerk verrig nie maar baie groot konsultasieafdelings op veelheid van terreine tot stand gebring het. Sou die gedagte moontlik wees dat die mag van die groot firmas beperk word om nie die reddingsoperasie onnodig lank uit te rek ten einde groter (gewaarborgde) gelde te verdien nie?

Die nadeel is dat die toesighouer sonder die reputasie, geloofwaardigheid, kredietwaardigheid, struktuur en sisteem geassosieer met so groot firma kom. Daar is dus ook nie sprake van 'n spanbenadering en kollektiewe wysheid van meerderes nie.<sup>181</sup>

Daar word weer eens klem gelê op die vereiste kwalifikasies en vermoëns van die toesighouer.<sup>182</sup> Die wetsontwerp omskryf nie wat die voorgeskrewe kwalifikasies moet wees nie maar ABASA<sup>183</sup> en die TMA<sup>184</sup> (wie die ACTP se program onderskryf)<sup>185</sup> het breedvoerige uiteensetting gegee van wat hulle beskou as die minimum vereistes waarvoor voornemende toesighouers moet beskik.<sup>186</sup>

Heelwat individue in Suid-Afrika beskik waarskynlik oor die intreevlak ondervinding wat as minimum vereiste deur ABASA en die ACTP verlang word. Die omvangryke ondervinding en kwalifikasies om 'n sukses van hul rol as toesighouer te maak kom egter alleenlik deur die opdoen van baie meer ondervinding en ervaring. Nie alleen sal die toesighouer goeie inter-persoonlike verhoudings moet handhaaf om so 'n wyd-uiteenlopende groep persone se belange te verteenwoordig nie. Hy sal ook 'n kenner van die maatskappy-, arbeids-, en insolvensiereg in besonder en die reg in die algemeen moet wees terwyl hy ook syfervaardig moet wees met goeie begrip van rekenkundige- en auditpraktyk. Daarby sal hy ook rekenaarvaardig moet wees ten einde in staat te wees om 'n behoorlike besigheidsplan met kontantvloei-begrotings en "what if" analises te kan doen. Hy moet ook goeie kennis van finansiële instrumente en finansieringsmodelle hê.

Bowendien sal hy 'n uitstekende onderhandelaar moet wees wat sal moet beding, nie alleen vir sy eie gelde (in terme van sy ooreenkoms met die

---

<sup>180</sup> S 143(2) A supervisor may not appoint a person as part of the management of the company, or an advisor to the company or to the supervisor, unless, immediately before the appointment, that person is independent of the company and the supervisor.

<sup>181</sup> Hierdie opinie strook grootliks met die van die TMA in hul voorlegging aan die DTI.

<sup>182</sup> vn 169 *supra*.

<sup>183</sup> Association of Business Administrators of South Africa.

<sup>184</sup> Die TMA stel in hulle voorlegging aan die DTI (par 3.4.10 p 33 vn 136 *supra*) voor dat die eksamen van die *Association for Certified Turnaround Professionals* (ACTP) geslaag moet word alvorens 'n persoon as toesighouer kan optree.

<sup>185</sup> Die ACTP is die enigste internasionale organisasie toegewy aan die ontwikkeling, monitering en instandhouding van 'n program vir die sertifisering van omdraaispesialiste betrokke by krisisbestuur, herstrukturering en hernuwing van probleem ondernemings, organisasies en verenigings. vn 136 *supra*.

<sup>186</sup> ABASA voorlegging aan DTI op 19 Maart 2007. Prokureurs (Lid van die Prokureursorde en gekwalifiseerd vir minstens 3 jaar), GR's (lid van SA Instituut vir GR'S/3 jr ondervinding), Praktiserende Likwidateurs (sodanig geregistreer en minstens 8 jaar op Meester van die Hoë Hof se paneel), enige persoon met B graad in regte, Handel of Bestuur en minstens 8 jaar ondervinding in handel en bestuur. ABASA voorsien dat na 'n interim periode sal persone soos in ander professies 'n tydperk van klerkskap moet deurloop en 'n toelatingseksamen moet slaag.

---

maatskappy nie)<sup>187</sup> maar ook vir die beste moontlike transaksie tot voordeel van die maatskappy wat hy moet red.

Elke onderneming verskil en elke bedryf het sy eie besondere eienskappe wat nie noodwendig bekend is aan 'n buitestaander nie. Dit word ook nie noodwendig oornag aangeleer nie. 'n Persoon wat byvoorbeeld 'n mediese fonds deur 'n reddingsaksie tot sukses kan bring gaan dit nie noodwendig in 'n vervaardigersomgewing regkry nie. Hy mag in een geval 'n drukkery moet red terwyl dit by die volgende geleentheid 'n bottelvervaardiger kan wees. By 'n volgende geleentheid kan dit 'n kleinhandel-kruideniersaak wees en daarna 'n klerefabriek.

Hou in gedagte dat die onsekerheid oor die duur van 'n reddingsaksie 'n toesighouer kan weerhou om 'n volgende opdrag aan te neem wat tot gevolg kan hê dat daar tye gaan wees dat hy nie noodwendig in *diens* gaan wees nie. By die berekening van sy gelde sal hy dus ook hierdie faktor van moontlike *onbenutte* maande in ag neem. Veral gegewe die feit dat hy nie deel van 'n groter organisasie is nie wat sal beteken dat hy alleen vergoeding verdien wanneer hy getaak is deur 'n bepaalde kliënt.

Die situasie is amper analoog aan die van 'n Advokaat. 'n Advokaat moet begroot vir sy betrokkenheid in 'n saak vir 'n sekere aantal hofdae. Uiteindelik is dit veel langer of korter as waarvoor hy in sy dagboek toegelaat het. In die proses kon hy kliënte as gevolg van 'n verwagting van 'n langer betrokkenheid by 'n bepaalde saak weggewys het.

Die rare *persoon* wat oor al die bogemelde en waarskynlik redelik baie ander spesiale kundigheid en kennis moet beskik, kom nie goedkoop nie. Gaan klein en medium grootte ondernemings in 'n posisie wees om die kundigheid te bekom en die vrugte van 'n suksesvolle reddingsaksie te pluk of gaan die opportuniste die geleentheid aangryp om hulself te verryk. Slegs die tyd sal leer!

### **Finale analise**

'n Toesighouer<sup>188</sup> (*supervisor*)<sup>189</sup> is daar om toesig te hou. Is die gedagte van die wetgewer nie juis om 'n onafhanklike, objektiewe professionele persoon aan te stel om die ongewilde besluite in 'n reddingsaksie te neem nie. Hy hoef dus nie noodwendig al die wysheid en pag te hê nie. Hy kan gebruikmaak van adviseurs.

Maar iemand moet in die finale instansie die ongewilde besluit neem om 'n onlonende *stokperdjie* projek van 'n bestuurder te sluit en sodoende geld te spaar wat kan beteken dat 'n maatskappy kan oorleef.

In sy besluitnemingsproses kan daar geen emosie opgesluit wees nie. Daar is geen plek vir sentiment vir oupa-grootjie se museumstuk stookketel, wat die helfte van die bedryfsvloer volstaan, maar lankal nie meer bydra tot die inkomste van die onderneming nie. Die toesighouer moet beslissend optree en

---

<sup>187</sup> vn 134 *supra* S 146

<sup>188</sup> vn 5 *supra*

<sup>189</sup> vn 6 *supra*

---

met 'n skerp snoeiskêr, die dooie hout uitsny en onlonende produklyne stop. Hy moet skuld herstruktureer en bates verkoop in die proses as dit die verskil sou beteken dat oorleef kan word. 'n Direksie en bestuur wat so nou gemoed is met die onderneming, wie se emosie die oorhand kry, en wie se oordeel deur subjektiwiteit en rou-emosie beklad word is nie in staat om ongewilde besluite te neem nie.

Dit is waar die toesighouer tot sy reg gaan kom. Juis daarom moet hy onafhanklik staan van enige (groot) konsult- of ander professionele organisasie soos regsfirmas, ouditeurspraktyke of bestuurskonsultante. Die vereiste onafhanklikheid en onpartydigheid is juis noodsaaklik sodat hy kan voorkom dat die proses uitgerek word om meer gelde vir so firma te verdien sonder enige dienooreenkomstige voordeel vir die maatskappy.

Hy moet dus inderdaad 'n rare persoon wees – amper 'n enigma in eie reg. Hy moet terselfdertyd onaantasbaar, onwrikbaar, onafhanklik en onomkoopbaar wees. Hy moet gewapen kom met 'n skerp mes en vlymskerp brein. Hy moet die ongewilde besluite kan neem sonder vrees vir viktimisasie en sy enigste en oorheersende doel moet wees om sy mandaat uit te oefen om die siek onderneming reg te dokter. In die proses kan (en moet) hy van kundiges gebruikmaak. In dieselfde asem kan gesê word hy moet die oordeelsvermoë hê om die koring van die kaf te skei. As hy eers die besluit geneem het na opweging van die feite en analise van die beskikbare inligting moet hy toesien dat daardie besluit, soos deur hom geneem, deurgevoer word.

Hy hoef dus nie noodwendig die kenner op die gebied van produksie of bepaalde bestuurstyl te wees nie, maar hy moet 'n perfeksionistiese administrateur en analitiese denker met 'n goeie oog vir detail wees. Hy moet 'n uitmuntende beoordelaar van inligting kan wees en die beslissende, onafhanklike en objektiewe besluitnemer wees wat die ongewilde besluite gaan neem.

Daar sal (behoort) geen plek vir spekskieters, talmers en sloerders<sup>190</sup> in die professie te wees nie!

Die feit dat sy vergoedingsooreenkoms geensins gebaseer kan word op sukses behaal of die uiteindelijke uitkoms van die reddingsaksie nie beteken nie dat hy nie beloon sal word vir sodanige sukses wat hy behaal nie. Soos hy 'n reddingsaksies suksesvol voltooi en tevredenheid onder alle belanghebbers (wie in die inleiding na verwys is) tot positiewe kommentaar lei sal hy met sy daaropvolgende opdrag net 'n beter fooi kan beding omdat sy reputasie hom sal vooruit loop.

---

<sup>190</sup> procrastinators