Die nuwe ondernemingsreddingspraktisyn: Geneesheer of begrafnisondernemer? ’n Ondersoek na die kwalifikasies van die reddingspraktisyn.

LM Jacobs

LM Jacobs: Departement Handelsreg, Universiteit van die Vrystaat

Opsomming

Die artikel handel in hoofsaak oor die besigheidsreddingspraktisyn, ’n sleutelfiguur in enige korporatiewe reddingspoging. Die doel van die navorsing is om vas te stel of die bepalings aangaande die kwalifikasieveresistes van sodanige praktisyn, soos vervat in die Maatskappywet 71 van 2008, verbeterings teweegbring ten opsigte van die bepalings van die vorige reddingsmodel, naamlik geregtelike bestuur.

Die geregtelike bestuurder en ondernemingsreddingspraktisyn word met mekaar vergelyk wat betref kwalifikasies, kennis, vaardigheid en persoonlike eienskappe. Daar word telkens ook aandag geskenk aan die internasionale standaard soos vervat in die wetgewende gids insake insolvensiereg van die Verenigde Nasies se Kommissie oor Internasionale Handelsreg (UNCITRAL).

Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die nuwe reddingsmodel poog om beter-gekwalifiseerde persone in hierdie belangrike amp te plaas.

Trefwoorde: geregtelike bestuur; geregtelike bestuurder; korporatiewe insolvensie; kennis en ondervinding; kwalifikasies; likwidateur; maatskappy; Maatskappywet; ondernemingsredding; ondernemingsreddingspraktisyn; reorganisasie; rehabilitasie; "turnaround practice"

Abstract

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 become a successful concern and carry on business on a solvent basis again.

South Africa's business rescue provisions are contained in the Companies Act 71 of 2008. This business rescue procedure replaces the judicial management procedure of the previous Companies Act 61 of 1973. Judicial management as a business rescue procedure was largely

unsuccessful, due to a number of factors. As a result of the inefficacy of judicial management the new rescue procedure comes under intense scrutiny. The key role player in the business rescue procedure is the person on whom the duty to rescue the company rests, namely the business rescue practitioner.

This article is aimed at evaluating the provisions pertaining to the qualifications of the rescue practitioner contained in the 2008 Companies Act in order to ascertain whether the new provisions constitute improvements or not. This is done by comparing the current provisions with the provisions contained in the previous Companies Act and the international guidelines provided for in the United Nations Commission on International Trade Law's (UNCITRAL) *Legislative guide on insolvency law*. A comparison is made of the qualifications, knowledge, experience and personal qualities of the judicial manager and the business rescue practitioner.

It is clear from the comparative study that the previous act did not place an emphasis on the qualifications of the rescue practitioner in that, for example, it permitted liquidators to be appointed as judicial managers. Furthermore, the 1973 act failed to stipulate the qualification requirements that judicial managers needed to adhere to. The act of 2008 does, however, provide qualification requirements for practitioners. According to the 2008 Companies Act a business rescue practitioner should be a member of the law, accounting or business management profession. The regulations to the act furthermore stipulate that a practitioner should have experience in "turnaround practice". Therefore a liquidator should not be able to qualify.

The 2008 act places more emphasis on the experience of the business rescue practitioner than its predecessor. Practitioners are therefore divided into three categories: senior practitioners, experienced practitioners and junior practitioners. For large and state-owned companies only senior practitioners may be appointed. For medium companies senior and experienced practitioners may be appointed, but not junior practitioners; etcetera. This clearly indicates that the legislature wanted to make sure that only the most experienced practitioners be appointed in the larger and more difficult rescue situations in order to optimise the chances of a successful rescue of the company.

Although the 1973 act made no mention of the personal attributes of a practitioner, the 2008 act refers to quite a few. Under the 2008 act business rescue practitioners have to be independent, objective and of good character. A licence can be issued to a practitioner only once the Companies and Intellectual Property Commission (CIPC) is also satisfied that the practitioner has integrity. The provisions regarding personal attributes also incorporate provisions against possible conflicts of interest which may arise during the course of the practitioner’s appointment.

Clearly very few people in South Africa qualify to be business rescue practitioners. Attention should be given to the training of people in order to create a bigger pool of qualified practitioners.

It therefore seems that the new provisions contained in the 2008 act truly constitute a big improvement.

Keywords: business rescue; business rescue practitioner; company; Companies Act; corporate insolvency; judicial management; judicial manager; knowledge and experience; liquidator; rehabilitation; reorganisation; turnaround practice; qualifications

1. Inleiding

In die huidige ekonomiese klimaat, waar al hoe meer maatskappye onder finansiële druk verkeer, is ’n effektiewe besigheidsreddingstelsel van onskatbare waarde. ’n Stelsel word benodig wat aan die maatskappy die geleentheid bied om weer ’n suksesvolle onderneming te word en op ’n solvente grondslag handel te dryf.

Suid-Afrika se besigheidsreddingsmodel word in die Maatskappywet 71 van 2008[1] vervat en die betrokke aktiwiteit(e) staan bekend as ondernemingsreddingsverrigtinge. Hierdie verrigtinge vervang die vorige reddingsmodel, geregtelike bestuur soos in die 1973-Maatskappywet[2] vervat. Geregtelike bestuur as reddingsmodel was grootliks onsuksesvol vanweë verskeie faktore, soos die feit dat geregtelike bestuur afhanklik was van ’n hoë mate van hofbetrokkenheid, dat dit deur die howe in ’n buitengewone remedie omskep is, en dat likwidateurs as geregtelike bestuurders aangestel is.

Volgens die Engelse Cork-verslag hang die sukses van ’n insolvensieregstelsel grootliks af van die persone wat dit administreer.[3] In die geval van besigheidsredding: die reddingspraktisyn Vanessa Finch maak die volgende stelling aangaande die belangrikheid van ’n goeie reddingspraktisyn: "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."[4]

Hierdie artikel handel slegs met die kwalifikasies van die reddingspraktisyn en nie met sy pligte of bevoegdhede nie.

2. Insolvensiepraktisyns

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.[5] Die benaming verwys na ’n redelik uiteenlopende groep amptenare wat onder andere die volgende insluit: voorlopige en finale kurators in die geval van gesekwestreerde boedels; voorlopige en finale likwidateurs van maatskappye en beslote korporasies; en die voorlopige en finale geregtelike bestuurders ingevolge die 1973-Maatskappywet.[6]

Vir doeleindes van hierdie bespreking word daar slegs op die reddingspraktisyn gefokus. Kragtens die 1973-wet sou dit die geregtelike bestuurder wees wat aangestel is om die beheer van die maatskappy oor te neem.[7] “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 na hierdie persoon verwys as die “ondernemingsreddingspraktisyn”.[8]

3. Die bestuursbenaderings

Daar bestaan twee benaderings by besigheidsredding oor die bestuur van die maatskappy.

Die eerste benadering behels die behoud van die bestuur van die maatskappy in noodomstandighede.[9] Dit wil sê, die persone wat bona fide in die bestuur van die maatskappy staan, gaan voort om dit te bestuur asof dit glad nie onder enige vorm van administrasie verkeer nie.[10] Sodanige benadering staan bekend as die "skuldenaar in besit"-benadering.[11] 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."[12] Hierdie benadering word deur die Verenigde State van Amerika nagevolg en word in hoofstuk 11 van die Amerikaanse Bankruptcy Code vervat.[13]

Die tweede benadering kan gevind word in die geregtelikebestuursmodel ingevolge die 1973-Maatskappywet, waar voorsiening gemaak is vir die verwydering van die bestuur van enige persoon wanneer die voorlopige geregtelike bestuurder aangestel word.[14] Die geregtelike bestuurder moet die beheer van die maatskappy en die bates van die maatskappy tydens die duur van die moratorium en die reddingsplan oorneem.[15]

Die "skuldenaar in besit"-benadering hou sekere probleme in, soos die feit dat die direksie van 'n maatskappy 'n groter gaping vir misbruik het,[16] 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.[17] Verder behoort daar in gedagte gehou te word dat die direksie wat agterbly, dieselfde persone is wat die maatskappy in finansiële nood geplaas het.[18] Die UNCITRAL-gids stel in hierdie situasie as oplossing voor onder andere dat die skuldenaar gereeld verslag aan die hof moet doen oor die vordering wat deur die maatskappy gemaak word.[19]

Die 2008-Maatskappywet skep 'n nuwe, interessante benadering, deurdat die reddingspraktisyn die beheer van die maatskappy oorneem,[20] maar die direkteure steeds hulle pligte uitoefen onder sy toesig en dus nie totaal van alle bestuursverpligtinge ontneem word nie.[21] Bradstreet is onseker of die bewoording van die wet neerkom op 'n totale ontneming van bestuursbevoegdhede vir sover dit die direksie betref.[22] Die praktyksnotas van die derde King-verslag som egter die situasie 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.[23]

Alhoewel die bestuur van die maatskappy onder die toesig van die reddingspraktisyn funksioneer, berus die beslissende beheer oor die bestuur steeds by die praktisyn.[24]

'n Besluit oor 'n gepaste benadering kom nie noodwendig neer op keuse tussen die twee benaderings asof dit net óf die een óf die ander kan wees nie, aangesien daar verskillende grade van bestuursvervanging bestaan.[25] 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.[26]

UNCITRAL verskaf ook aanbevelings vir moontlike probleme ten aansien van hierdie benadering, soos dat daar duidelike reëls moet bestaan oor beide die skuldenaar en die praktisyn se onderskeie take.[27] Hierdie bestuursvervangingsbenadering word in sowel die Verenigde Koninkryk as Australië gevolg.[28]

Daar word aan die hand gedoen dat die nuwe benadering wat in die 2008-Maatskappywet vervat is, 'n verbetering op die vorige geregtelikebestuursmodel is. Aangesien die reddingspraktisyn 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 kanse op sukses.[29] Die sukseskoers verbeter, omdat die praktisyn nie onnodig tyd hoef af te staan om die geldende prosesse van die maatskappy te leer nie, aangesien die bestuur hom met hierdie inligting kan bystaan.[30] Bradstreet verklaar in hierdie verband dat "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."[31]

Dit is egter belangrik om die stelling te kwalifiseer, aangesien daar gevalle kan voorkom waar die bestuur van die maatskappy onbevoeg is en verpligte samewerking teenproduktiwiteit sal meebring.[32] Die moontlike negatiewe gevolge van die bestuur se betrokkenheid blyk duidelik in die *Cape Point Vineyards (Pty) (Ltd) v Pinnacle Point Group Ltd*,[33] waar die reddingspoging deur die direksie ondermyn is. In dié geval sou dit beter wees indien die praktisyn die hele bestuur vervang en die praktisyn se bestuursvaardighede weer eens in die kollig kom.[34]

4. Kwalifikasies en ander vereistes

Die kwalifikasies van persone wat as reddingspraktisyns aangestel kan word, asook die vereistes waaraan hulle moet voldoen, is nog altyd 'n belangrike besprekingspunt. Menige kenners het al te kenne gegee dat hierdie aspekte 'n groot rol te speel gehad het in die mislukking van geregtelike bestuur. Rajak en Henning opper die volgende:

> [T]he 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.[35]

Nog ’n omstrede punt rakende die reddingspraktisyn kan gevind word in die argument dat die verkeerde persone aangestel word. Een van die baie punte van kritiek teen die geregtelikebestuursmodel is juis die feit dat persone wat as likwidateurs praktiseer, as reddingspraktisyns aangestel word.[36] Die probleem lê daarin dat dit die reddingspraktisyn (geregtelike bestuurder) se plig is om die maatskappy en die besigheid daarvan in stand te hou en dit te probeer red. Daarteenoor behels die plig van ’n likwidateur om op te hou handel dryf en die maatskappy se bates so gou as moontlik te verkoop.[37] Olver stel dit soos 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.[38]

Bradstreet weer beskryf die absurditeit so:

> 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.[39]

’n Verdere probleem lê in die feit dat Suid-Afrika ’n skuldeiser-vriendelike insolvensieregstelsel het wat meebring dat die meester gewoonlik iemand aanstel wat vir die skuldeisers aanvaarbaar is.[40] Die gevolg hiervan is dat die skuldeisers by die vergadering van skuldeisers dieselfde persoon wat as geregtelike bestuurder opgetree het, as likwidateur sou nomineer as die verrigtinge tot likwidasie oorgaan[41] – dit skep botsende belange.

Die kwalifikasies van die reddingspraktisyn behoort as versekering te dien vir sy vermoë om die maatskappy te kan red en daardeur die skuldeisers se belange te beskerm.[42]

4.1 Kwalifikasievereistes ingevolge die 1973-Maatskappywet

Die 1973-wet het geen spesiale of algemene kwalifikasievereistes vir die aanstelling van ’n geregtelike bestuurder bevat nie.[43] Daar is wel melding gemaak van sekere eienskappe wat ’n persoon sou diskwalifiseer om as likwidateur aangestel te word. Hierdie bepalings was ook op geregtelike bestuurders van toepassing.[44]

Ingevolge artikel 372 van die wet word onder andere die volgende persone gediskwalifiseer: ’n insolvent;[45] iemand wat weens wangedrag deur die hof uit ’n vertrouensamp ontset is of iemand wat onbevoeg verklaar is om ’n direkteur te wees;[46] ’n regspersoon;[47] iemand wat te eniger tyd aan diefstal, bedrog, vervalsing of uitgifte van ’n vervalste dokument of meineed skuldig bevind en gevonnis is tot gevangenisstraf sonder die keuse van ’n boete;[48] iemand wat deur middel van wanvoorstelling of ’n beloning, hetsy regstreeks of onregstreeks, ’n

ander oorgehaal of probeer oorhaal het om by die benoeming vir hom te stem;[49] iemand wat nie in die Republiek woon nie;[50] en iemand wat te eniger tyd gedurende die twaalf maande wat die geregtelike bestuur onmiddelik voorafgegaan het, as direkteur, beampte of ouditeur van daardie maatskappy opgetree het.[51]

Die feit dat daar geen bepalings aangaande kwalifikasievereistes, opleiding of ervaring van die geregtelike bestuurder in die wet vervat is nie, word beskou as een van die bydraende faktore tot die lae sukseskoers van geregtelike bestuur.[52]

Daar was ook nie van geregtelike bestuurders of likwidateurs vereis om enige professionele opleiding te ondergaan of ’n lid van ’n professionele liggaam te wees nie. Dit het meegebring dat daar geen beheer oor die aktiwiteite van nalatige, oneerlike of onbekwame geregtelike bestuurders uitgeoefen kon word nie;[53] en dit is dus duidelik dat daar bykans geen regulering van insolvensiepraktisyns in Suid-Afrika geskied het nie.[54]

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 kon ontstaan, naamlik dat die skuldeisers die geregtelike bestuurder as likwidateur nomineer en dat daar as gevolg hiervan ’n botsing van belange kon voorkom.[55]

4.2 Kwalifikasievereistes ingevolge die 2008-Maatskappywet

In vergelyking met sy voorganger is die 2008-wet ’n groot verbetering ten opsigte 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.[56]

Die nuwe kwalifikasievereistes behels onder andere dat die persoon wat as reddingspraktisyn aangestel word, oor ’n goeie naam moet beskik as lid van die regsberoep, of die rekeningkundige beroep, of besigheidsbestuur, of ’n beroep wat behoudens regulasies deur ’n regulerende gesag deur die Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele eiendom voorgeskryf word en die nodige lisensie vanaf die Kommissie bekom het.[57] Die persoon moet verder nie kragtens artikel 162(7) aan ’n proefbevel onderhewig wees nie;[58] nie kragtens artikel 69(8) gediskwalifiseer wees om as ’n direkteur van die maatskappy op te tree nie;[59] nie enige ander verwantskap met die maatskappy hê 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;[60] en laastens nie verwant moet wees aan ’n persoon wat ’n verband met die maatskappy het nie.[61]

Verder is dit moontlik vir ’n geaffekteerde persoon, dit wil sê iemand wat deur die aanstelling van die reddingspraktisyn geraak word, om by die hof aansoek te doen om die aanstelling ter syde te stel. Sodanige aansoek kan gegrond word op die feit dat die praktisyn nie aan die vereistes soos uiteengesit in artikel 138 voldoen nie,[62] nie onafhanklik van die maatskappy of sy bestuur is nie,[63] of met inagneming van die maatskappy se omstandighede nie die nodige vaardighede het nie.[64] Alhoewel laasgenoemde nie as kwalifikasievereiste gestel word vir die

aanstelling van die reddingspraktisyn in artikel 138 nie, word dit volgens Loubser inderwaarheid as ’n addisionele vereiste by die agterdeur ingesmokkel.[65]

Daar behoort ook gelet te word op die feit 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*.[66] Hierdie bepaling verskil dus van die uitsluiting van regspersone deur die 1973-Maatskappywet in artikel 372(e).

Een van die interessantste vereistes in die 2008-wet is dat die reddingspraktisyn oor ’n goeie naam moet beskik as ’n lid van die regsberoep, of die rekeningkundige beroep, of besigheidsbestuursberoep, of ’n beroep wat behoudens regulasies deur ’n regulerende gesag deur die Kommissie voorgeskryf is.[67] Bradstreet gee egter te kenne dat die lidmaatskap van sodanige beroep nie noodwendig dui op ’n persoon se vermoë om ’n maatskappy te red nie, tensy die lidmaatskap as't ware van die vermoëns van die persoon getuig.[68] Daar kan hieruit afgelei word dat Bradstreet die lidmaatskap van die beroep wil kwalifiseer deur te vereis dat slegs bevoegde persone in staat behoort te wees om lidmaatskap te bekom.

Die nuwe bepalings 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.[69] Hierdie bepaling is 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 oor die reddingspraktisyn, insluitende verskillende minimum kwalifikasies vir verskillende kategorieë maatskappye.[70] Ingevolge die konsepregulasies kragtens die wet sou die volgende as minimum kwalifikasies geld: In die geval van ’n maatskappy wat deur die staat besit word, of ’n publieke maatskappy, kan ’n persoon as ondernemingsreddingspraktisyn aangestel word indien hy (i) ’n toegelate prokureur is wat vir minstens tien jaar as sodanig praktiseer, en in daardie tyd oorwegend by ’n kommersiële praktyk betrokke was;[71] (ii) lid is van ’n professionele liggaam wat deel vorm van die Internasionale Federasie van Rekeningkundiges en al vir tien jaar oorwegend as sodanig kommersieel praktiseer[72] en ’n goeie naam in daardie liggaam het; (iii) ’n praktiserende likwidateur of "business turnaround practitioner"is wat vir minstens tien jaar as sodanig geregistreer is;[73] (iv) ’n erkende graad in regsgeleerdheid, ekonomie of bestuurswetenskap het met minstens tien jaar ondervinding in besigheidsredding.[74] Die konsepregulasies bepaal verder dat in die geval van enige ander tipe maatskappy die persoon wat as die ondernemingsreddingspraktisyn aangestel gaan word, slegs oor vyf jaar se ondervinding hoef te beskik.[75]

Die finale regulasies verwys egter nie pertinent na die kwalifikasies van die praktisyn soos in die konsepregulasies gevind kan word nie. Inteendeel, die vereistes soos hier bo uiteengesit, is uit die regulasies verwyder en die finale regulasies maak baie meer staat op die kennis en vaardigheid van die praktisyn en stel dienooreenkomstig hieroor vereistes.

4.3 Kwalifikasievereistes soos uiteengesit in die UNCITRAL-gids

Volgens die Verenigde Nasies se gids oor die 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 qualities that will ensure not only the effective and efficient conduct of the proceedings but also that there is confidence in the insolvency regime.[76]

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.[77] By die vasstelling van die kwalifikasievereistes behoort in gedagte gehou te word dat daar ’n balans moet wees tussen die vasstelling van baie streng vereistes wat aanleiding gee tot die aanstelling van ’n hoogs 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.[78]

5. Kennis en ondervinding as kwalifikasievereistes

Alhoewel ’n persoon oor al die regte kwalifikasies mag beskik, beteken dit nie dat hy oor die nodige kennis of ondervinding beskik nie. Bradstreet stem met hierdie stelling saam:"A person qualified in terms of the Act may still lack the necessary skills or experience for the job."[79]

5.1 Kennis en ondervinding van die geregtelike bestuurder

Sonder dat die 1973-wet[80] enige vereiste met betrekking tot die kennis en/of ondervinding van die geregtelike bestuurder gestel het, is daar van die geregtelike bestuurder verwag om oor sekere vaardighede te beskik. Sonder die nodige vaardighede sou dit vir ’n geregtelike bestuurder onmoontlik gewees het om sy verpligtinge, soos in die wet[81] beoog was, na te kom.

Ingevolge artikel 433 is daar onder andere van die geregtelike bestuurder verwag om die bestuur van die maatskappy by die direksie oor te neem,[82] welke verpligting by implikasie vereis het dat hy oor bestuursvaardighede behoort te beskik. Verder is daar vereis dat hy die bestuur op ’n wyse moet behartig wat na sy mening die mees ekonomiese en bevorderlike vir die belange van die lede en skuldeisers is.[83] Hierdie verpligting het op sy beurt vereis dat hy nie slegs oor bestuursvaardighede moet beskik nie, maar ook dat hy die vaardighede op ’n goeie ekonomiese grondslag moet behartig. Daar is ook van hom verwag om rekeningkundige rekords te hou en finansiële jaarstate op te stel.[84] Alhoewel die geregtelike bestuurder van ’n rekeningkundige kon gebruik maak vir die uitvoering van hierdie plig,

moes hy steeds oor die nodige kennis ten aansien van rekeningkundige rekords en die lees daarvan beskik.

Alhoewel daar nie na al die pligte van die geregtelike bestuurder verwys is nie, is dit uit bostaande duidelik dat hy wel ’n mate van kennis en ondervinding nodig gehad het om sy verpligtinge te kon nakom.

5.2 Kennis en ondervinding van die ondernemingsreddingspraktisyn

Terwyl kennis en ondervinding by die 1973-Maatskappywet slegs geïmpliseer is, maak die 2008-wet en die regulasies daartoe dit duidelik dat kennis en sekerlik ondervinding ’n groot rol in besigheidsredding speel.

Die 2008-wet bepaal dat ’n geaffekteerde persoon by die hof aansoek kan doen om ’n bevel wat die aanstelling van die praktisyn ter syde stel op grond daarvan dat hy nie oor die nodige vaardighede beskik nie.[85] 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,[86] of indien hy versuim om die toepaslike mate van sorgsaamheid in die uitvoering van sy pligte aan die dag te lê.[87] Dit bevestig dat die 2008-wet wel ’n groter klem plaas op die kennis en ondervinding van die ondernemingsreddingspraktisyn. Volgens die King III-verslag is dit in die belang van al die rolspelers indien die reddingspraktisyn bekwaam is.[88]

Soos in die geval van die geregtelike bestuurder moet sommige van die vaardighede wat van die reddingspraktisyn vereis word, uit sy verpligtinge afgelei word. Alhoewel dit nie as vereiste gestel word dat hy oor sulke vaardighede hoef te beskik nie, word daar geïmpliseer dat hy ook oor goeie bestuursvaardighede behoort te beskik, aangesien die wet van hom vereis om die bestuur van die maatskappy oor te neem.[89] Verder is dit ook die praktisyn se plig om ’n ondernemingsreddingsplan te ontwikkel.[90]

Regulasie 126(4) kragtens die wet bepaal ook dat die Kommissie slegs aan ’n reddingspraktisyn wat die kommissie oortuig dat sy onderrig en ervaring hom behoorlik toerus om sy funksies as reddingspraktisyn te kan uitvoer, ’n lisensie sal verskaf.[91] Soos blyk uit die bespreking hier bo, vereis die regulasies kragtens die nuwe wet verder dat die reddingspraktisyn oor ’n goeie naam moet beskik as lid van die regsberoep, of die rekeningkundige beroep, of besigheidsbestuursberoep, of ’n beroep wat behoudens regulasies deur ’n regulerende gesag deur die Kommissie voorgeskryf is.[92] Afhangend van die tipe maatskappy wat betrokke is, sal die persoon wat as reddingspraktisyn aangestel word, oor óf vyf óf tien jaar se praktyksondervinding moet beskik.

Die argument kan nietemin geopper word dat die ondervinding wat in die konsepregulasies vereis is, 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.[93]

Burdette spreek ook kritiek uit teen die voorgestelde bepalings oor ondervinding. Hy is van mening dat ’n prokureur wat vir vyf jaar vir sy eie rekening praktiseer, slegs vyf jaar se ervaring in ’n regsfeer besit. Die aanstelling van sodanige persone sal sekerlik nie voordelig vir die besigheidsreddingsbedryf in Suid-Afrika wees nie, aangesien die ervaring waaroor die prokureur beskik, hom nie noodwendig kwalifiseer as ’n besigheidsreddingkenner nie.[94] Hy maak die aanbeveling dat die ervaring wat vereis word, eerder gerig moet wees op ondervinding, kwalifikasie, en vaardigheid in die besigheidsfeer.[95] Insgelyks bevel Bradstreet aan dat daar groter klem op bestuursvaardighede gelê moet word.[96] Volgens Finch bestaan goeie bestuursvaardighede uit ’n verskeidenheid elemente:"The latter expertise can, in turn, be disaggregated into expertise regarding such matters as: reroganisation strategies; operations; marketing; product development and human resources."[97]

Die finale regulasies maak voorsiening vir die indeling van maatskappye in groepe, naamlik klein, medium en groot maatskappye, waarby maatskappye in staatsbesit ingesluit is.[98] Die regulasies bepaal voorts dat daar ook sekere groepe reddingspraktisyns bestaan, naamlik junior,[99] ervare[100] en senior praktisyns.[101] Hierdie groepe praktisyns word verder ingedeel by verskillende groottes maatskappye ten einde aan te dui welke tipe praktisyn die mees gepas vir ’n spesifieke maatskappy sal wees. So maak die regulasie byvoorbeeld voorsiening daarvoor dat junior, ervare en senior praktisyns aangestel kan word as reddingspraktisyns vir klein maatskappye;[102] ervare en senior praktisyns kan aangestel word as reddingspraktisyns vir ’n mediumgrootte maatskappy, maar ’n junior mag slegs as assistent hier optree;[103] slegs senior praktisyns mag as reddingspraktisyn vir ’n groot maatskappy of ’n maatskappy in staatsbesit aangestel word, terwyl junior en ervare praktisyns slegs as assistente hier mag optree.[104] Die volgende tabel verskaf ’n uiteensetting van die bepalings wat in die regulasies vervat is.

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 egter slegs assisteer)
Senior praktisyns	Junior praktisyns (mag egter slegs assisteer)	Junior praktisyns (mag egter slegs assisteer)

Uit die voorgaande bespreking is dit duidelik dat die 2008-wet aansienlik meer klem lê op die ondervinding van die persoon wat as reddingspraktisyn aangestel word en probeer verhoed

dat byvoorbeeld onervare oftewel junior praktisyns aangestel kan word om groot maatskappye te probeer red.

Die feit dat die wet nou ondervinding vereis op die gebied van besigheidsredding, bring terselfdertyd sowel ’n verbetering as ’n probleem mee. Aangesien Suid-Afrika nie oor ’n reddingskultuur beskik nie, maar eerder oor ’n likwidasiekultuur, dra dit vanselfsprekend daartoe by dat baie min persone oor die nodige vaardighede beskik om hulself as "turnaround managers" of maatskappydokters te kan beskou.[105]

Die vraag kan gevra word of die oplossing vir die bogenoemde probleme nie dalk lê in die bepaling dat regspersone as reddingspraktisyns mag optree nie.[106] 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 mag word, maar die Maatskappywysigingswet[107] het die woorde "of vereniging" uit die wet geskrap. Die bedoeling hieragter is onduidelik, aangesien dit nie werklik ’n verskil maak nie, omdat artikel 1 van die wet regspersone by die woord *persoon* insluit.[108] Derhalwe sluit enige bepaling aangaande die aanstelling van die reddingspraktisyn steeds regspersone in. Verder is dit belangrik om daarop te let dat die konsepregulasies kragtens die wet spesifiek in regulasie 133(3) voorsiening gemaak het vir die aanstelling van regspersone as reddingpraktisyns.[109] Die finale regulasies het egter die verwysing na regspersone verwyder en daar word dus nou glad nie meer in die regulasies na regspersone as reddingspraktisyns verwys nie. Nietemin behoort daar volledigheidshalwe verwys te word na die moontlikheid om regspersone as reddingspraktisyns aan te stel.

Davis et al. spreek kritiek uit oor die aanstelling van regspersone as reddingspraktisyns omdat hulle van mening is dat regspersone nie aan die vereistes kan voldoen nie.[110] 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.[111] 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 regspersone van toepasssing kan wees.[112] Verder vereis artikel 138(1)(c) dat ’n praktisyn nie ingevolge artikel 69(8) gediskwalifiseer mag wees om as ’n direkteur van die maatskappy op te tree nie.[113] Soos reeds in die bespreking hier bo aangedui, mag ’n regspersoon nie as die direkteur van ’n maatskappy aangestel word nie[114] en word dus gediskwalifiseer om as sodanig op te tree. Volgens Davis et al. voldoen ’n regspersoon dienooreenkomstig nie aan die vereiste soos uiteengesit in artikel 138(1)(c) nie.[115]

Soos reeds genoem, verskaf artikel 1 van die wet ’n definisie van *persoon* waarby regspersone uitdruklik ingesluit word.[116] Dié definisie, wat dit in effek moontlik maak vir die regspersoon om as reddingspraktisyn aangestel te word, is egter direk in stryd met die bepalings van artikel 138 van die wet.[117] Hierdie twee uiteenlopende bepalings is klaarblyklik onversoenbaar, aangesien die wet terselfdertyd voorsiening maak vir die aanstelling en diskwalifisering van regspersone om as reddingspraktisyns op te tree.[18]

Bradstreet gee te kenne dat die aanstelling van regspersone as reddingspraktisyns wel nuttig kan wees in gevalle waar baie groot maatskappye betrokke is en waar die vervanging van ’n uiters groot bestuur van toepassing is.[119]

Soos uit voorgaande bespreking blyk, kan die aanstelling van regspersone as reddingspraktisyns wel moontlike oplossings in verband met die kennis- en ondervindingvereiste bied, maar die huidige bepalings daaromtrent is onvoldoende om regspersone werklik as hulpmiddel aan te wend.[120]

5.3 Kennis en ondervinding ingevolge die UNCITRAL-gids

Volgens die Verenigde Nasies se gids oor die insolvensiereg is dit belangrik dat die insolvensiepraktisyn oor meer as slegs kennis van die reg beskik:

> 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.[121]

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.[122]

6. Persoonlike eienskappe as deel van kwalifikasievereistes

Daar word aan die hand gedoen dat ’n reddingspraktisyn noodwendig oor sekere persoonlike eienskappe moet beskik. In die 1973-Maatskappywet is daar geensins melding gemaak van enige sodanige persoonlikheidseienskappe wat by die geregtelike bestuurder aanwesig moet wees nie.

Die 2008-wet verwys wel na sekere persoonlike eienskappe betreffende die reddingspraktisyn. Ingevolge artikel 130 kan ’n geaffekteerde persoon by ’n hof aansoek doen om ’n bevel wat die aanstelling van die praktisyn ter syde stel op grond daarvan dat die praktisyn nie onafhanklik van die maatskappy of sy bestuur is nie.[123] 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 138[124] en 139.[125] Die King III-verslag waarsku die direksie van ’n maatskappy om daarteen te waak om iemand aan te stel met wie hulle te bekend is, aangesien dit juis kan lei tot ’n gebrek aan onafhanklikheid.[126] Dit is volgens die verslag voorts in die belang van al die rolspelers indien die praktisyn onafhanklik, bekwaam en objektief is, integriteit het en iemand is wat al die betrokkenes se belange op die hart dra.[127]

Regulasie 126(4) van die wet bepaal dat die Kommissie ’n besigheidsreddingslisensie mag toeken slegs aan ’n persoon wat die Kommissie oortuig het dat hy van goeie karakter en integriteit is.[128] Of laasgenoemde vereiste prakties moontlik is, is te betwyfel.

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.[129]

7. Botsende belange

Soos reeds hier bo genoem, is die onafhanklikheid, objektiwiteit en die integriteit van die reddingspraktisyn van uiterste belang. Dit vorm juis deel van die bepalings wat beoog om te voorkom dat die praktisyn sy pligte in konflik met sy persoonlike belange uitvoer.

7.1 Die geregtelike bestuurder en botsende belange

Dit het dikwels gebeur dat die geregtelike bestuurder by die mislukking van die reddingsprosedure aangestel is as die likwidateur van dieselfde maatskappy. Die rede waarom hierdie verskynsel as ’n botsende belang beskou is, 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.[130]

Aangesien die mislukking van die reddingsproses ’n moontlike groter voordeel vir die reddingspraktisyn inhou, verdwyn die begeerte om alles moontlik te doen om 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."[131]

Die gebrek aan ’n bepaling ten einde hierdie konflik te vermy, kan ook aangeteken word as ’n faktor wat bygedra het tot die lae sukseskoers van geregtelike bestuur.

7.2 Die ondernemingsreddingspraktisyn en botsende belange

Dit wil voorkom of die wetgewer die kritiek oor die gebrek aan ’n bepaling betreffende die moontlike botsende belange van die reddingspraktisyn in die vorige wetgewing in gedagte gehou het en derhalwe spesifiek daarvoor voorsiening gemaak het in die 2008-wet.

Daar is twee bepalings in die wet wat hierdie onderwerp aanspreek. Die eerste en belangrikste kan gevind word in artikel 140(4).[132] Hier word voorsiening daarvoor gemaak dat indien die maatskappy se redding misluk en die maatskappy in likwidasieverrigtinge moet oorgaan, die reddingspraktisyn nie as die likwidateur van die maatskappy aangestel mag word nie.[133]

Die ander belangrike bepaling vervat in die wet met die doel om enige botsende belange te probeer verhoed, word gevind in artikel 138(1). Hierdie artikel bepaal dat ’n persoon as praktisyn aangestel mag word slegs 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 onder verdenking gebring word nie,[134] of dat hy nie verwant is aan ’n persoon wat ’n verband met die maatskappy het nie.[135]

Artikel 139 maak verder spesifiek voorsiening daarvoor dat ’n persoon wat geraak word, 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.[136] 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 voorkoming van botsende belange tydens ondernemingsreddingsverrigtinge.

7.3 Die UNCITRAL-gids en botsende belange

Die Verenigde Nasies se gids oor 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 optree van gevestigde belange, hetsy van ’n ekonomiese, familiêre of ander aard.[137]

Die insolvensiepraktisyn behoort volgens die gids deur die reg verplig te word om enige moontlike botsende belange te openbaar, en behoort ook voor te skryf aan wie sodanige openbaarmaking moet geskied.[138] Die gids stel verder voor dat die reg 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.[139]

> 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.[140]

Daar is ’n verskeidenheid omstandighede wat aanleiding tot botsende belange kan gee. Dit kan voorkom as gevolg van ’n reeks voormalige of bestaande verhoudings met die skuldenaar, soos ’n besigheidsverhouding met die skuldenaar, ’n verhouding met ’n skuldeiser van die skuldenaar, ensovoorts.[141]

8. Gevolgtrekking en samevatting

Uit die voorgaande 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 maatsakppy; maar die teendeel is natuurlik ook waar, naamlik dat die reddingsproses as gevolg van die reddingspraktisyn kan misluk.

Die reddingspraktisyn is sekerlik die sleutelfiguur in die nuwe ondernemingreddingsverrigtinge. 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.

Wat betref die beheer oor die bestuur van die maatskappy, wil dit voorkom of die nuwe wet ’n daadwerklike verbetering aangebring het. 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 wet maak egter nou voorsiening vir samewerking tussen die praktisyn en die direksie, met die doel dat laasgenoemde die praktisyn byvoorbeeld behulpsaam kan wees in minder belangrike bestuursaangeleenthede. Dit is nietemin 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.[142] Volgens die UNCITRAL-gids behoort daar egter duidelike reëls te bestaan oor wat die direksie en die praktisyn se onderskeie take 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.[143] Derhalwe voldoen die 2008-wet aan die riglyne van die gids in dié verband. Hierdie nuwe benadering kan die maatskappy se kanse op herstel en sukses grootliks verbeter deurdat die direksie steeds van die minder belangrike bestuursbevoegdhede hanteer, terwyl die reddingspraktisyn die kans kry om hom op die redding van die maatskappy toe te spits.

Ten einde die reddingspraktisyn as sleutelfiguur in staat te stel om die redding van die maatskappy te bewerkstelllig, behoort hy oor sowel sekere kwalifikasies as kennis en ondervinding te beskik. Die kwalifikasievereistes van praktisyns is daarom ook verbeter. Waar die vorige wet[144] geen spesiale of algemene vereistes met betrekking tot kwalifikasies bevat het nie, maak die nuwe wet[145] melding van verskeie vereistes waaraan die praktisyn moet voldoen. Die regulasies kragtens 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.[146]

Dit wil voorkom of die nuwe bepalings op een lyn 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 hoogs 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.[147]

Kennis en ondervinding is ingevolge die 1973-wet geïmpliseer deur die verpligtinge van die geregtelike bestuurder. Dit het onder andere bestuursvaardighede en kennis oor rekeningkundige rekords ingesluit. Die 2008-wet bring weer eens ’n groot verbetering aan deurdat beide die wet en die regulasies daartoe dit duidelik maak dat kennis en ondervinding ’n groot rol in besigheidsredding speel.

Ingevolge die regulasies word kennis en ondervinding in besigheidsreddingpraktyk vereis.[148] Alhoewel dit ’n groot verbetering daarstel, naamlik dat die praktisyn wat as ’n likwidateur, of selfs slegs as ’n prokureur, gepraktiseer het, nie aan die vereiste voldoen nie, is daar baie min persone wat wel aan hierdie vereiste sal kan voldoen. Likwidateurs moet beskou word as ’n groep persone wat in geen omstandighede as reddingspraktisyns aangestel mag word nie. ’n Lykbesorger kan immers nie die werk van ’n geneesheer behartig nie. Alhoewel hierdie bepaling ’n groot verbetering daarstel, gaan daar nie baie persone wees wat wel aan hierdie vereiste sal kan voldoen nie. Die rede is dat Suid-Afrika nie oor ’n reddingskultuur beskik nie, maar eerder oor ’n likwidasiekultuur. Dit dra vanselfsprekend daartoe by dat baie min persone oor die nodige vaardighede beskik om hulself as "turnaround managers"of maatskappydokters te kan beskou.[149]

’n Benadering waaraan oorweging geskenk behoort te word, is die aanstelling van regspersone as reddingspraktisyns, aangesien hierdie benadering ’n moontlike oplossing kan bied op die gebied van kennis en ondervinding. Die aanstelling van regspersone as praktisyns is egter problematies, aangesien die wetsbepalings in dié verband dubbelsinnig en onduidelik is. Indien ’n regspersoon wel as reddingspraktisyn aangestel mag word, kan die onderskeie werknemers van die regspersoon oor verskillende vermoëns beskik en kan elk ’n bydra tot die redding van die maatskappy lewer.

Die nuwe bepalings rakende kennis en ondervinding blyk ooreen te stem met die UNCITRAL-gids. Dit word bevestig deur die groot klem wat deur die gids op hierdie eienskapppe geplaas word.

Die persoonlike eienskappe wat van ’n praktisyn verwag kan word, is nie in die 1973-wet aangespreek nie. Daarteenoor vereis die nuwe Maatskappywet[150] wel sekere persoonlike eienskappe wat by die praktisyn aanwesig moet wees. Beide die wet[151] en die King-verslag benadruk die onafhanklikheid oftewel objektiwiteit van die praktisyn. Die regulasies bepaal verder dat die Kommissie ’n besigheidsreddingslisensie mag toeken slegs aan ’n persoon wat goeie karakter en integriteit vertoon.[152] Die bepalings in hierdie verband is dus ook besig om meer op een lyn 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.[153]

Ten einde te verseker dat die praktisyn onafhanklik en onpartydig van die maatskappy is, bevat die nuwe wet[154] verskeie bepalings wat spesifiek daarop gerig is om ’n botsing van

belange te vermy. Die belangrikste verbetering op hierdie gebied word in die bepaling gevind dat die reddingspraktisyn nie as die likwidateur van die maatskappy aangestel mag word sou die ondernemingsredding misluk nie.[155] Daar het geen sodanige verbod in die vorige wetgewing bestaan nie. Die gevolg was dat ’n geregtelike bestuurder nie ingestel was op die redding van die maatskappy nie, maar eerder op die feit dat dit hom/haar finansieel meer sou baat indien die maatskappy oorgaan in likwidasie en hy/sy as die likwidateur aangestel sou word.[156] Volgens die UNCITRAL-gids is dit noodsaaklik vir ’n insolvensiepraktisyn om aan te dui dat hy onafhanklik van gevestigde belange optree, hetsy van ’n ekonomiese, familiêre of ander aard.[157] Ook op hierdie gebied blyk die nuwe wetgewing op een lyn met die internasionale standard te wees.

Uit bostaande bespreking blyk duidelik dat die bepalings oor die nuwe ondernemingsreddingspraktisyn ’n groot verbetering op die gebied van korporatiewe redding aanbring. Dit is uiters belangrik dat die bes-gekwalifiseerde persone aangestel word as reddingspraktisyns, juis omdat hierdie persone ’n deurslaggewende rol in die redding van maatskappye speel en dikwels die grootste bydrae tot die uitkoms van die reddingsprosedure lewer. Daar behoort egter aandag geskenk te word aan die opleiding van bevoegde persone ten einde meer persone daar te stel wat wel voldoen aan die vereistes soos in die wet uiteengesit.

Bibliografie

Davis, D. et al. 2010. *Companies and other business structures in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.

Bradstreet, R. 2010. Exploring the possibility of a composite business rescue practitioner. *De Rebus,* September, ble. 48–9.

—. 2010a. The leak in the Chapter 6 lifeboat: Inadequate regulation of business rescue practitioners may adversely affect lenders' willingness and growth of the economy. *South African Mercantile Law Journal*,22(2):195–213.

Burdette, D. 2004. Some initial thoughts on the development of a modern and effective business rescue model for South Africa (part 2). *South African Mercantile Law Journal*, 16(3):409–47.

Finch, V. 2005. Control and co-ordination in corporate rescue. *Legal Studies: The Journal of the Society of Legal Scholars*,25(3):374–403.

Kinsler, J. 1997. Corporate Insolvency Law in Australia and the United States: uncommon origins, dissimilar objectives. *International Trade and Business Law,* 129–52.

Kloppers, P. 1999. Judicial management a corporate rescue mechanism in need of reform? (10) *Stellenbosch Law Review,* 417–35.

Lamprecht, C. 2008. Business rescue replacing judicial management: an assessment of the extent of problems solved. *South African Journal of Accounting Research*, 22(1):183–196.

Loubser, A. 2004. Judicial management as a business rescue procedure in South African corporate law. *South African Mercantile Law Journal*, 16(2):137–63.

—. 2007. Business rescue in South Africa: a procedure in search of a home? *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 40(1):123–39.

—. 2008. The role of shareholders during corporate rescue: Always on the outside looking in? *South African Mercantile Law Journal*,20(3):372–90.

—. 2010. The business rescue proceedings in the Companies Act of 2008: concerns and questions (part 1). *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:501–14.

Olver, A.H. 1986. Judicial management - a case for law reform. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg*, 49(1):84–9.

Rajak, H. en J. Henning. 1999. Business rescue for South Africa. *The South African Law Journal*, 116(2):262–87.

Salant, J. 2010. Business rescue operations and the new Companies Act. *De Rebus*, Januarie/Februarie,ble. 29–30.

Eindnotas

[1] Maatskappywet 71 van 2008.

[2] Maatskappywet 61 van 1973.

[3] Bradstreet 2010(a):201: "The success of an insolvency regime is heavily dependent on those who administer it."

[4] Finch 2005:385.

[5] Loubser 2007:123.

[6] Loubser 2007:123.

[7] Maatskappywet 61 van 1973: artt. 429 en 430.

[8] Maatskappywet 71 van 2008 art. 128(1)(d): "'[O]ndernemingreddingspraktisyn' [beteken] ’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 ondernemingsreddingsverrigtinge en 'praktisyn' het ’n ooreenstemmende betekenis."

[9] Kloppers 1999:430.

[10] Bradstreet 2010(a):199.

[11] Bradstreet 2010(a):199.

[12] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 5 item 2(l).

[13] Kinsler 1997:150; Bradstreet 2010(a):199.

[14] 61 van 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."

[15] Kloppers 1999:430.

[16] Kloppers 1999:430.

[17] 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."

[18] 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."

[19] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 166 item (c)17.

[20] 71 van 2008 art. 140(1)(a).

[21] 71 van 2008 art. 137(2)(a)–(c): "Tydens ’n maatskappy se ondernemingreddingsverrigtinge — (a) moet elke direkteur van die maatskappy, behoudens die gesag van die praktisyn, voortgaan om die funksies van direkteur uit te oefen; (b) het elke direkteur van die maatskappy ’n plig om enige bestuursfunksie in die maatskappy ooreenkomstig die uitdruklike opdragte of voorskrif van die praktisyn uit te oefen, tot die mate dat dit redelik is om dit te doen; (c) bly elke direkteur gebonde aan die vereistes van artikel 75 rakende persoonlike finansiële belange van die direkteur of ’n verwante persoon."

[22] Bradstreet 2010(a):199: "It is not clear whether the words 'in substitution' imply a complete divestment."

[23] King III, *Praktyksnotas: Leiding op besigheidsredding* 13.

[24] Bradstreet 2010(a):200.

[25] Bradstreet 2010(a):200; UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 164 item (b)11.

[26] Bradstreet 2010(a):200. Die maatskappy word bv. steeds beperk t.a.v. handelinge t.o.v. die maatskappy se bates.

[27]UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 164 item (b)11.

[28] Bradstreet 2010(a):199.

[29] Salant 2010:29–30.

[30] Salant 2010:29–30.

[31] Bradstreet 2010(a):208.

[32] Bradstreet 2010(a):208.

[33] 2011 5 SA 600 (WCC) (*Volksblad*, 28 September 2011, bl. 11).

[34] Bradstreet 2010(a):208.

[35] Rajak en Henning 1999:68.

[36] Lamprecht 2008:192: "[J]udicial 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."

[37] 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."

[38] Olver 1986:86; Lamprecht 2008:192.

[39] Bradstreet 2010(a):207.

[40] Loubser 2008:375.

[41] Loubser 2008:375.

[42] Bradstreet 2010(a):204.

[43] 61 van 1973; Rajak en Henning 1999:264.

[44] 61 van 1973 art. 431(4): "Die bepalings van hierdie Wet met betrekking tot die bewys van eise teen ’n maatskappy wat gelikwideer 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.

[45] 61 van 1973 art. 372(a).

[46] 61 van 1973 art. 372(d).

[47] 61 van 1973 art. 372(e).

[48] 61 van 1973 art. 372(f).

[49] 61 van 1973 art. 372(g).

[50] 61 van 1973 art. 372(h).

[51] 61 van 1973 art. 372(i).

[52] Loubser 2004:155.

[53] Loubser 2004:156.

[54] Loubser 2007:124; Burdette 2004:429.

[55] Sien *supra* n. 36.

[56] 71 van 2008 art. 138.

[57] 71 van 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 subart. (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.

[58] 71 van 2008 art. 138(1)(b).

[59] 71 van 2008 art. 138(1)(c).

[60] 71 van 2008 art. 138(1)(d).

[61] 71 van 2008 art. 138(1)(e).

[62] 71 van 2008 art. 130(1)(b)(i).

[63] 71 van 2008 art. 130(1)(b)(ii).

[64]> 71 van 2008 art. 130(1)(b)(iii).

[65] Loubser 2010:507.

[66] 71 van 2008 art. 1: "Persoon: ook ’n regspersoon."

[67] 71 van 2008 art. 138(1)(a) saamgelees met art. 138(2).

[68] Bradstreet 2010(a):205.

[69] 71 van 2008 art. 140(4).

[70] 71 van 2008 art. 138(3)(b).

[71] Draft companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 133(2)(a)(i); Bradstreet 2010(a):207.

[72] Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 133(2)(a)(ii); Bradstreet 2010:207.

[73] Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 133(2)(a)(iii); Bradstreet 2010:207.

[74] Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 133(2)(a)(iv); Bradstreet 2010:207.

[75] Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 133(2)(b).

[76] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 174 item (B)35.

[77] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 174 item (B)36.

[78] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 174 item (B)37.

[79] Bradstreet 2010(a):205.

[80] 61 van 1973.

[81] 61 van 1973 art. 433.

[82] 61 van 1973 art. 433(a).

[83] 61 van 1973 art. 433(b).

[84] 61 van 1973 art. 433(f).

[85] 71 van 2008 art. 130(1)(b)(3).

[86] 71 van 2008 art. 139(2)(a).

[87] 71 van 2008 art. 139(2)(b).

[88] King III *Praktyksnotas: Leiding op besigheidsredding* 10.

[89] 71 van 2008 art. 140(1)(a).

[90] 71 van 2008 art. 140(1)(d).

[91] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 126(4): "[T]he applicant's education and experience are sufficient to equip the applicant to perform the functions of a business rescue practitioner."

[92] 71 van 2008 art. 138.

[93] Bradstreet 2010(a):207.

[94] Burdette 2004:430.

[95] Burdette 2004:430: "It is submitted that the criteria should rather be based on experience, qualifications and expertise within the sphere of business."

[96] Bradstreet 2010(a):207: "It is submitted that managerial ability ought to be more prominent a requirement generally."

[97] Finch 2005:385.

[98]Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 127(2)(b).

[99] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 127(2)(c)(iii).

[100] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 127(2)(c)(ii).

[101] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 127(2)(c)(i).

[102] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 127(3)-(5).

[103] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 127(3)-(5).

[104] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 127(3)-(5).

[105] Burdette 2004:429.

[106] Bradstreet 2010(a):208; Wet 71 van 2008 art. 1.

[107] Companies Amendment Act 3 van 2011.

[108] 71 van 2008 art. 1.

[109] Draft Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 133(3); Bradstreet 2010(a):48.

[110] Davis et al. 2010:241.

[111] 71 van 2008 art. 138(1)(b).

[112] Davis et al. 2010:241.

[113] 71 van 2008 art. 138(1)(c).

[114] 71 van 2008 art. 69(7)(a).

[115] Davis et al. 2010:241.

[116] 71 van 2008 art. 1.

[117] 71 van2008 art. 138.

[118] 71 van 2008 art. 138(1)(b)–(c) vgl. met art. 138(2); sien ook Bradstreet 2010:49.

[119] Bradstreet 2010(a):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."

[120] Vir ’n diepgaande bespreking van regspersone as reddingspraktisyns sien Bradstreet 2010:48–9.

[121] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 175 item (B)39; sien ook Burdette 2004:431.

[122] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 188 item 115 vereis "requisite knowledge of relevant commercial law and experience in commercial and business matters".

[123] 71 van 2008 art. 130(1)(b).

[124] 71 van 2008 art. 138(1)(d)-(e).

[125] 71 van 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."

[126] King III *Praktyksnotas: Leiding op besigheidsredding* 9.

[127] 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."

[128] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 126(4) vereis dat "the applicant is of good character and integrity".

[129] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 188 item 115.

[130] Kloppers 1999:425.

[131] Kloppers 1999:430.

[132] 71 van 2008 art. 140(4).

[133] 71 van 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."

[134] 71 van 2008 art. 138(1)(d).

[135] 71 van 2008 art. 138(1)(e).

[136] 71 van 2008 art. 139(2)(e).

[137] 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."

[138] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 176 item 42.

[139] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 176 item 42.

[140] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 176 item 43.

[141] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 176 item 43.

[142] Bradstreet 2010:200.

[143] 71 van 2008 artt. 140, 141 en 142.

[144] 61 van 1973.

[145] 71 van 2008.

[146] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 126(1)(a).

[147] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 174 item (B)37.

[148] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 127.

[149] Burdette 2004:429.

[150] 71 van 2008.

[151] 71 van 2008.

[152] Companies regulations pursuant to the Companies Act 71/2008reg. 126(4).

[153] UNCITRAL-dokument *Legislative guide to insolvency law* 188 item 115.

[154] 71 van 2008.

[155] 71 van 2008 art. 140(4).

[156] Kloppers 1999:430.

[157] 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."