

# Die invloed van 'n werkgewer se likwidasië en/of boedelsekwestrasie op die diensverhouding met die werknemer, met die oog op ondernemingsredding as moontlike alternatief

Denine Smit en Veruschka Vergottini

D.M. Smit, Departement Handelsreg, Universiteit van die Vrystaat;  
V. Vergottini, Adams en Adams, Pretoria

## *Opsomming*

Die likwidasië/sekwestrasie van werkgewers, en die werksverlies wat daaruit spruit, het verreikende gevolge. Nie net ontnem dit werknemers en hul afhanklikes van hul bestaansmiddele nie, maar dit kring ook uit na 'n streek en land se produktiwiteit en dus ekonomiese welvaart. Indien daar 'n haalbare en wettige alternatief bestaan, sou dit derhalwe sinvol wees om te verken.

Tot die laat 1990's het daar 'n likwidasiëkultuur in Suid-Afrika geheers. Maatskappye in finansiële nood is óf aan oornome of skikking onderwerp óf kragtens die bepalings van die vorige Wet op Maatskappye 61 van 1973 gelikwideer. Sedertdien het die meeste nywerheidslande egter begin om mislukte maatskappye te probeer red eerder as te likwideer. Hierdie benadering, genaamd ondernemingsredding, is nou ook in die nuwe Suid-Afrikaanse Wet op Maatskappye 71 van 2008 ingesluit.

Hierdie artikel stel eerstens ondersoek in na werknemers se regte met die likwidasië/sekwestrasie van hul werkgewer soos dit tans in die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 en die Wet op Insolvensie 24 van 1936 vervat is. Daarna val die soeklig op ondernemingsredding as alternatief vir likwidasië om werknemers teen werksverlies te beskerm en maatskappye uiteindelik vir die ekonomie te behou.

Die navorsing vergelyk historiese ontwikkelinge in die Suid-Afrikaanse arbeids- en handelsreg met die huidige stand van sake om tot die gevolgtrekking te kom dat 'n insolvente onderneming nie meer, soos voorheen, as 'n ekonomiese uitgeworpene beskou word nie, maar eerder as 'n sake-eenheid wat met die nodige bystand weer sy plek in die mark sal kan inneem. 'n Ondernemingsreddingsplan bied 'n sukkelende maatskappy die geleentheid om as lewensvatbare entiteit te oorleef, tot voordeel van sy skuldeisers én werknemers, in plaas daarvan om aan 'n likwidasiëproses onderwerp te word wat noodwendig tot werks- en ander finansiële verliese lei.

**Trefwoorde:** dienskontrak; diensverhouding; Insolvensiewet; likwidasie; Maatskappywet; ondernemingsredding; sekwestrasie; Wet op Arbeidsverhoudinge

### *Abstract*

#### **The impact of an employer's liquidation and/or estate sequestration on the employment relationship with the employee, with a view to business rescue as possible alternative**

The liquidation/sequestration of employers, along with the subsequent job losses, has far-reaching consequences. It not only deprives employees and their dependants of their means of support, but also affects the productivity and thus economic prosperity of the region and country. Should a viable and lawful alternative exist, it would therefore make sense to explore it.

Up until the late 1990s, South Africa had been characterised by a liquidation culture. Companies in financial distress used to be either subjected to takeover or settlement, or liquidated in terms of the provisions of the previous Companies Act 61 of 1973. However, most industrialised countries have since started trying to save failing companies instead of liquidating them. This approach, known as business rescue, has now also been included in the new South African Companies Act 71 of 2008.

This article first explores employees' rights upon the liquidation/sequestration of their employers, as currently contained in the Labour Relations Act 66 of 1995 and the Insolvency Act 24 of 1936. The former stipulates two options, namely either retrenchment in terms of section 189 and 189A, or transferring a business as a going concern in terms of section 197A. Retrenchment entails reducing the number of employees, either when the employer is no longer able to afford his entire staff establishment or when there is no longer enough work for all employees. Recent experience in South Africa has shown that companies seem to be willing to pay ever higher amounts in retrenchment packages, which eventually renders them vulnerable to increased financial pressures. The second option, the transfer of a business as a going concern, is aimed at protecting job opportunities. The new employer to whom the business is transferred is obligated to offer the employees essentially the same conditions of service as those that applied at the previous employer. Where employees' conditions of service are amended to such an extent that employees end up significantly worse off than before, employees may terminate the employment contract and seek relief on the grounds of constructive dismissal, which, if confirmed, will automatically constitute unfair dismissal. In turn, section 38 of the Insolvency Act currently also provides prescripts with regard to the termination of employment contracts based on the employer's operational requirements in solvent circumstances.

The presence of the aforementioned provisions in the Insolvency Act represents a break from tradition, which had restricted provisions on fair labour practices to the Labour Relations Act alone, and proves the extent to which the employee's right to fair labour practices has filtered

through to insolvency law as well. This interaction between South African labour and insolvency legislation has made great strides in striking the right balance between the interests of the employees, the employer's creditors and the employer himself. However, for an efficient and prosperous economy it is essential that mechanisms be implemented rather to rescue and retain potentially viable businesses.

Therefore the article proceeds to suggest that this interaction between labour and insolvency legislation should culminate in the promotion, development and acceptance of an all-inclusive business rescue plan within the South African legal framework. The focus accordingly shifts to business rescue, as provided for by the new South African Companies Act, as an alternative to liquidation, in order to protect employees against job losses and ultimately retain companies within the economy. It would be irresponsible of a developing economy such as South Africa to allow companies which are contributing to the establishment of the country's industries and commercial enterprise to be immediately liquidated and dissolved following a temporary setback, if there is a reasonable possibility that they will, by means of a moratorium, be able to overcome their problems, settle their debts and again turn into successful businesses. Business rescue, which may be effected through either a board decision or a court order, affords a struggling business just that: an opportunity to meet creditors' demands, remain economically active, pay taxes and maintain existing employees' employment contracts (and even create new jobs). Even if the company is eventually liquidated should business rescue fail, its employees are still much better off, as their contracts would have remained intact for the duration of the business rescue process and they will be treated as preferential creditors during the eventual liquidation. As such, the business rescue plan is an important and innovative step for the South African economy. It offers employees and other affected persons the opportunity to have a say in, and contribute to, an efficient system to prevent the liquidation of a company. It also seems that this is starting to register with an increasing number of companies: statistics show a drastic decrease in the number of liquidations (including voluntary liquidations) carried out since the commencement of business rescue, and ascribe the recorded 72% reduction in liquidations in 2011 in part to business rescue procedures.

Following a proper study of the business rescue provisions currently contained in the Companies Act, the research thus concludes that an insolvent business is no longer regarded as an economic outcast, as was the case previously, but instead is viewed as a business unit that, with the required assistance, could again take its place in the market. A business rescue plan offers struggling companies the opportunity to survive as viable units for the benefit of their creditors and employees, instead of being subjected to a liquidation process, which inevitably leads to job and other financial losses.

It is proposed that the economic stability of the country would be better served if a serious attempt were to be made to save more businesses rather than liquidate immediately to satisfy creditors. In addition, the community's interests are much better protected by the retention of job opportunities, the completion of unfinished business and the realisation of potential growth and development. In terms of the provisions of the Companies Act the business

rescue process promotes economic development in South Africa by encouraging the growth of emerging commercial enterprises and generally protecting companies against the detrimental effects of liquidation. Therefore an attitude of business rescue creates the expectation of improvement; it points to entrepreneurial activity, which will lead to financial and economic prosperity, and eventually activates the proverbial “healing powers” of business dynamics.

**Keywords:** Business rescue; Companies Act; employment contract; employment relationship; Insolvency Act; Labour Relations Act; liquidation; sequestration

## 1. Inleiding

Dit is geykte reg dat dit in ons veranderende Suid-Afrikaanse konteks onontbeerlik is om ’n balans tussen die belange van individue soos werknemers aan die een kant en die belange van die gemeenskap in die geheel aan die ander kant te handhaaf. In dié verband is dit immers nie ongewoon dat ’n enkele werknemer as broodwinner vir ’n omvattende uitgebreide familie dien nie. Indien so ’n werknemer skielik sy/haar werk verloor, hou dit ernstige gevolge in vir diegene wat vir onderhoud van die werknemer afhanklik is.

Die hantering van hierdie probleem is veelvlakkig. Een aspek daarvan lê opgesluit in werksekerheid, wat waarskynlik die wetgewer se beweegrede was vir die insluiting van artikel 197 van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995. Voorts is die Suid-Afrikaanse arbeids- en insolvensiereg veronderstel om die nodige oplossing te bied vir regsprobleme wat spruit uit ’n werkgewer se likwidasië en/of boedelsekwestrasie. Sodanige oplossing behoort in alle opsigte en uit alle oogpunte buigzaam en bevredigend te wees. Daarbenewens is ’n suksesvolle werkverskaffingsbeleid nodig wat tot ’n florerende landseconomie bydra, by gebrek waaraan ondernemingsredding, soos die Wet op Maatskappye 71 van 2008 (hierna die “Maatskappywet”) dit beskryf, ondersoek kan word as verligting van die nadelige impak op werknemers se diensverhouding wanneer die werkgewer gelikwieder of sy boedel gesekwestreer word.

Die grense tussen arbeidsreg en maatskappyereg het aldus Bagchi<sup>1</sup> nog altyd gepaste remedies om werknemerwelstand te bevorder en maatskappy-prestasie te beperk, aangesien dit in vele opsigte kompeterende begrippe is. Wanneer ’n maatskappy egter die gevaar loop om gelikwieder te word, kan die “stem” van werknemers wel die topbestuur van maatskappye nou dophou, maar kan werknemers ook ’n gemeenskaplike doel hê om die maatskappy van ondergang te red. Hier sal artikel 197(b) van die Wet op Arbeidsverhoudinge nuttig te pas kom, deurdat die verskaffing van inligting aan werknemers rakende die finansiële posisie van die maatskappy hulle en hul vakbonde kan bemagtig om vroegtydig met moontlike oplossings vorendag te kom om die maatskappy van ondergang te red en sodoende uitvoering te gee aan die doelstellings van die Wet op Arbeidsverhoudinge dat werksekerheid bevorder moet word.

UNCITRAL<sup>2</sup> se gids verwys ongelukkig slegs na die plig van die direkteure om insolvente handel te verhoed, en swyg oor die effek van insolvensie op werknemers. Die deel van inligting, die verpligtinge van die skuldenaar wat onder insolvensieverrigtinge verkeer en die vereiste van gemeenskaplike samewerking, en selfs die verwysing na sanksies, spreek ongelukkig nie voorkoming van werksverlies aan nie.

### ***1.1 Doel van die navorsing***

Volgens Khan-Freund<sup>3</sup> is die arbeidsreg een van die belangrikste vertakkings van die reg; dit is die regsgrondslag waarop die oorgrote meerderheid mense 'n bestaan voer. Hy reken dat iemand wat nog nie die beginsels van die arbeidsreg onder die knie het nie, nie professioneel of akademies as regsgeleerde beskou behoort te word nie.<sup>4</sup> Die Suid-Afrikaanse arbeids- en handelsreg maak die kern uit van die ekonomiese ontwikkeling van die land, en daarom is dit van die uiterste belang dat dit die onderwerp van voortdurende navorsing en ontwikkeling bly.

Die doel van hierdie navorsing is eerstens om ondersoek in te stel na werknemers se regte indien hul werkgewer gelijkwieder en/of sy boedel gesekwestreer word, en die invloed daarvan op werknemers se diensverhouding. Sodanige ondersoek geskied aan die hand van die huidige bepalinge van die Wet op Insolvensie 24 van 1936 (hierna “die Insolvensiewet”) en die Arbeidswet, ten einde 'n ingeligte en sinvolle bydrae tot dié vraagstuk in die Suid-Afrikaanse arbeidsmark te kan lewer.

Tweedens verken ek 'n alternatiewe oplossing in die heersende wetgewing wat tans nie benut word nie. Dít vind plaas deur 'n vergelyking van historiese ontwikkelinge in die handelsreg en die huidige stand van sake, met besondere klem op die moontlike alternatiewe wat ondernemingsredding ingevolge die Maatskappywet inhou om 'n werkgewer se likwidasië – en die negatiewe gevolge daarvan vir die werknemer – te voorkom. Die artikel doen sekere aanbevelings in dié verband ten einde leemtes en probleme met betrekking tot die stand van werknemers te help uitwys en sodoende regsekerheid te verkry, wat weer uiteindelik tot moontlike regshervorming kan aanleiding gee. Die klem val dus op die hantering van arbeidsregtelike probleme uit die oogpunt van die handelsreg.

Hoewel die navorsing nie 'n spesifieke tydgleuf in die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse handelsreg bestudeer nie, vergelyk dit wel die wetgewing wat eers van krag was met die wetgewing wat dit daarna vervang en herroep het. Derhalwe is die navorsing regshistories van aard.

## **2. Ontwikkelings in Suid-Afrikaanse insolvensiewetgewing**

### ***2.1 Die insluiting van die reg op billike arbeidspraktyke in die Insolvensiewet***

Tradisioneel was die Arbeidswet die enigste statuut wat die prosedures vir die beëindiging van 'n dienskontrak voorgeskryf het. Die prosedures in artikel 189 van dié wet, met ander

woorde die voorskrifte met betrekking tot die beëindiging van 'n dienskontrak op grond van die werkgewer se bedryfsvereistes in solvente omstandighede, word egter tans ook in die Insolvensiewet – meer bepaald in artikel 38 – aangetref. Dít toon in watter mate die werknemer se reg op billike arbeidspraktyke<sup>5</sup> uitgebrei het om nou ook die insolvensiereg te beïnvloed, en baan indirek die weg vir 'n kultuur van ondernemingsredding.<sup>6</sup>

## **2.2 Die beëindiging van dienskontrakte wat die insolvente werkgewer aangegaan het**

Die stelling dat insolvensie nie die insolvent se onvoltooide kontrakte opskort of beëindig nie, moet in 'n sekere mate gekwalifiseer word. Ingevolge artikel 38(1) van die Insolvensiewet skort die sekwestrasie van die werkgewer se boedel die dienskontrak tussen werkgewer en die werknemer onmiddellik op. Gedurende die tydperk van opskorting (i) is werknemers nie verplig om dienste te lewer nie, maar is hulle ook nie op hul salarisse of lone geregtig nie<sup>7</sup> en (ii) val geen diensvoordeel die werknemers toe nie.<sup>8</sup> Werknemers is egter daarop geregtig om skadevergoeding te verhaal vir enige moontlike verlies wat hulle as gevolg van die opskorting gely het.<sup>9</sup> Dít maak egter 'n konkurrente eis uit, met ander woorde 'n eis sonder bevoorregting. Vir betaling van die eis sal werknemers dus met al die ander konkurrente skuldeisers van die insolvente boedel meeding.<sup>10</sup>

Artikel 98A van die Insolvensiewet verleen egter 'n mate van beskerming aan sodanige werknemers deurdat 'n sekere gedeelte van hul eis teen die werkgewer om agterstallige salarisse en vergoeding voorrang geniet. Ten opsigte van daardie spesifieke gedeelte van hul eis om agterstallige salarisse en vergoeding beskik werknemers dus oor 'n preferente (of voorkeur-) eis.<sup>11</sup> Dié voorkeur stel die werknemers se eis bo alle ander voorkeur-eise; in rangorde volg sodanige werknemerseise dus direk na die eis om sekwestrasiekoste.

Vir doeleindes van die Wet op Werkloosheidsversekering 30 van 1966 (hierna “die Werkloosheidsversekeringswet”) word die werknemer gedurende die opskortingstydperk as werkloos geag. Sodanige werknemers sal dus ook daarop geregtig wees om vir voordele ingevolge die Werkloosheidsversekeringswet te registreer *asof* hulle afgedank is, en kan dus vanaf die opskortingsdatum werkloosheidsvoordele ontvang.<sup>12</sup>

Die kurator van die insolvente boedel is by magte om die dienskontrak te beëindig,<sup>13</sup> maar moet eers oorleg pleeg met al die persone met wie die werkgewer sou moes oorleg pleeg ingevolge 'n kollektiewe ooreenkoms, asook met enige werkplekforum en/of geregistreerde vakbonde wat die werknemers verteenwoordig, by gebrek waaraan daar persoonlik met die werknemers of hulle benoemde verteenwoordigers oorleg gepleeg moet word.<sup>14</sup> Dié oorlegpleging moet ten doel hê om eenstemmigheid te bereik oor geskikte maatreëls om die insolvente werkgewer se onderneming, hetsy in die geheel of gedeeltelik, te red.<sup>15</sup> Enige voorstelle deur die partye in verband met die maatreëls wat getref moet word, moet skriftelik aan die kurator voorgelê word binne 21 dae ná sy/haar aanstelling, tensy die kurator en 'n werknemer anders ooreenkom.<sup>16</sup>

Waar die kurator nie die dienskontrak beëindig nie en geen maatreël aanvaar word wat die voortsetting van die kontrak bewerkstellig nie, kom die dienskontrak outomaties 45 dae ná die aanstelling van die kurator tot 'n einde.<sup>17</sup> Indien werknemers se dienskontrakte dus deur hetsy die kurator of die verloop van tyd beëindig word, is sodanige werknemers geregtig om enige voortvloeiende verlies wat hulle moontlik gely het, te verhaal, asook om op skeidingsgelde ingevolge artikel 41 van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes aan te dring,<sup>18</sup> welke vordering 'n voorkeur-eis sal uitmaak.<sup>19</sup>

### ***2.3 Voor-/nadele van die bepaling van die Insolvensiewet***

In teenstelling met die Arbeidswet<sup>20</sup> plaas die Insolvensiewet geen verpligting op die trustee of likwidateur om enige tersaaklike inligting oor die onderneming se finansiële status of oor die aantal werknemers wat moontlik nadelig geraak kan word deur die werkgewer se likwidasië of boedelsekwestrasie, aan die betrokke werknemers bekend te maak nie.

Van Eck<sup>21</sup> verwys na die posisie voor 1 Januarie 2003, toe artikel 38 van die Insolvensiewet geïmpliseer het dat alle dienskontrakte tussen 'n insolvente werkgewer en sy werknemers outomaties ten einde geloop het op die datum van die werkgewer se likwidasië of boedelsekwestrasie. Hierdie bepaling was egter onderworpe aan die werknemers se gemeenregtelike reg op skadevergoeding vir verliese wat hulle as 'n direkte gevolg van sodanige diensbeëindiging gely het. Omdat werknemers in geval van die werkgewer se insolvensie egter weinig beskerming geniet het, is artikel 38 van die Insolvensiewet in Januarie 2003 gewysig. Die wysiging impliseer dat 'n dienskontrak nie meer outomaties as gevolg van die werkgewer se insolvensie ten einde loop nie.<sup>22</sup>

Hierdie wysiging beklemtoon werknemers se regte as 'n belangrike oorweging gedurende insolvensieverrigtinge, maar stel eintlik maar net die outomatiese beëindiging van die dienskontrak uit. Dit beteken dus dat likwidateurs eenvoudig die voorgeskrewe 45 dae kan laat verloop,<sup>23</sup> waarna die dienskontrak wél outomaties ten einde sal loop, in plaas daarvan om rekening te hou met die legio gevare wanneer werknemers ingevolge arbeidswetgewing ontslaan word. Die nadelige impak van die werkgewer se likwidasië en/of boedelsekwestrasie op die werknemers se dienskontrakte word dus maar net uitgestel, nie uit die weg geruim nie.

Ingevolge artikel 98A van die Insolvensiewet word die skeidingsloon wat tot werknemers se beskikking is, as 'n bykomende kategorie van werknemervoorkeureise teen die insolvente boedel van die werkgewer beskou. Tog is dit ook so dat 'n voorkeur-eis teen die insolvente boedel ongetwyfeld sekere nadele inhou. So 'n eis het immers slegs 'n beperkte omvang, en boonop kan daar lang vertragings wees voordat werknemers enige uitbetaling uit die insolvente boedel verkry. Daarbenewens hang die omvang van die uiteindelijke betaling af van hoeveel geld beskikbaar is. Om dus eenvoudig voorkeur te gee aan werknemerseise ten koste van ander skuldeisers wat ook reeds as gevolg van die likwidasië of sekwestrasie van die werkgewer nadeel gely het, is nie 'n volhoubare oplossing nie.

### 3. Arbeidswetgewing binne die Suid-Afrikaanse insolvensieregime

#### 3.1 Die Arbeidswet

Grogan meen dat 'n belangrike oogmerk van die Arbeidswet is om werknemers se werksekerheid te verbeter.<sup>24</sup> Dít kan teruggevoer word na artikel 23(1) van die Grondwet wat elkeen se reg op billike arbeidspraktyke verskans. Die Arbeidswet kwalifiseer dan hierdie reg verder met besondere klem op elke werknemer se reg om nie onbillik ontslaan te word nie.<sup>25</sup> Billike ontslag vereis sowel substantiewe as prosedurele billikheid van die werkgever.<sup>26</sup> *Substantiewe billikheid* behels dat die werkgever 'n geldige en billike rede moet hê om die werknemer te ontslaan, terwyl *prosedurele billikheid* verwys na die billike prosedure wat die werkgever gedurende die ontslag moet volg.<sup>27</sup>

Die Arbeidswet verleen nie aan werknemers die reg om geensins ontslaan te word nie; slegs die reg om nie onbillik ontslaan te word nie.<sup>28</sup> Artikel 188 van die Arbeidswet bevat 'n lys van geldige gronde vir ontslag, en vereis dat die rede vir ontslag 'n billike rede moet wees (i) wat verband hou met die werknemer se gedrag, geskiktheid of bekwaamheid, of (ii) gegrond is op die werkgever se bedryfsvereistes. *Bedryfsvereistes* verwys na (i) tegnologiese veranderinge in die maatskappy wat veroorsaak dat poste oorbodig raak, (ii) finansiële probleme wat die vermindering van personeel noodsaak, en (iii) die sluiting, hervestiging of verkoop en oordrag van 'n onderneming.<sup>29</sup> Die Arbeidswet erken dus finansiële nood as 'n billike rede vir ontslag op grond van die werkgever se bedryfsvereistes.

Ingevolge die Arbeidswet kom 'n werkgever wat met moontlike likwidasië of sekwestrasie van sy boedel te kampe het, voor twee moontlikhede te staan. Dit word vervolgens bespreek.

#### 3.1.1 Personeelvermindering ingevolge artikel 189 en 189A

*Personeelvermindering* behels die vermindering van werknemers omdat die werkgever nie meer al die werknemers kan bekostig nie, of omdat daar nie meer vir al die werknemers werk is nie.<sup>30</sup>

Artikel 189 van die Arbeidswet geld (i) waar 'n werkgever met 50 of minder werknemers in diens personeel verminder, en (ii) waar 'n werkgever met meer as 50 werknemers in diens minder as die voorgeskrewe getal<sup>31</sup> personeel gedurende 'n tydperk van 12 maande verminder.<sup>32</sup> Die werkgever word verplig om met die werknemers wat waarskynlik deur die beoogde ontslag geraak sal word, oorleg te pleeg,<sup>33</sup> asook om alle tersaaklike inligting skriftelik aan die ander partye bekend te maak.<sup>34</sup> Die oorlegpleging moet daarop uit wees om 'n ooreenkoms te bereik ten einde (i) die ontslagte te vermy of tot 'n minimum te beperk, (ii) die tydstip van ontslagte te verander, (iii) die nadelige uitwerking van die ontslagte te verminder, en (iv) oor die kriteria en die bedrag betaalbare skeidingsloon vir sodanige werknemers ooreen te kom.

Artikel 41 van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes bepaal dat 'n werkgever voormelde skeidingsloon aan die werknemers moet betaal indien die werknemers se dienste weens die



bedryfsvereistes of insolvensie van die werkgewer, dit wil sê ooreenkomstig artikels 189 en 189A van die Arbeidswet en artikel 38 van die Insolvensiewet onderskeidelik, beëindig word. Die skeidingsloon behoort gelykstaande te wees aan minstens een week se vergoeding vir elke voltooide jaar van aaneenlopende diens by die werkgewer.<sup>35</sup> 'n Skeidingsloon vervang nie enige ander betaling nie en is betaalbaar ongeag enige ander betaling waarop 'n werknemer geregtig kan wees.<sup>36</sup> Indien die werkgewer egter die werknemer ander werk aanbied, hetsy by die werkgewer self of elders, en die werknemer die aanbod op onredelike wyse van die hand wys, verbeur sodanige werknemer sy/haar reg op die skeidingsloon wat die werkgewer aan hom/haar verskuldig sou gewees het.

Volgens Van Tonder<sup>37</sup> blyk die mate waarin maatskappye en huishoudings weens die ekonomie sukkel, duidelik uit die skerp styging in die bedrag wat in die eerste kwartaal van 2011 in die vorm van afleggingspakkette aan werkers betaal is. Syfers van Statistiek SA toon dat afleggingspakkette in die eerste kwartaal van 2011 tot 0,78% van werkersvergoeding gestyg het, teenoor 0,70% in die eerste kwartaal van die vorige jaar. Die styging in die afleggingsbedrag het plaasgevind ondanks 'n stewige ekonomiese groeitempo van 4,5% in die eerste kwartaal van 2011. Dít toon dat 'n gesonde ekonomiese groeitempo steeds nie daarin slaag om afleggings te keer nie.<sup>38</sup>

Maatskappye is dus bereid om groter bedrae aan afleggingspakkette te bestee, wat hulle uiteindelik aan meer finansiële druk blootstel. Hierdie druk kan onder meer toegeskryf word aan sowel groot kostestygings as swakker buitelandse ekonomiese groei wat dit vir die plaaslike mark moeiliker maak om momentum te kry.<sup>39</sup> Van Tonder<sup>40</sup> stel voor dat die regering sy beleid van skerp stygings in elektrisiteitstariewe hersien om kostedruk te verlig en sodoende meer afleggings te voorkom.

### *3.1.2 Die oordrag van 'n onderneming as 'n lopende saak ingevolge artikel 197A*

Artikel 197A van die Arbeidswet is van toepassing waar die insolvente onderneming van 'n werkgewer as 'n lopende saak aan 'n nuwe eienaar oorgedra word, of waar 'n reëlinskema aangegaan of 'n vergelyk getref word om likwidasie of sekwestrasie te voorkom. Die doel van hierdie bepaling is om tydens die oordrag van die onderneming as 'n lopende saak werksgeleentede te beskerm.

Ondanks die bepalings van artikel 38 van die Insolvensiewet sal dit impliseer dat (i) die nuwe werkgewer outomaties in die plek van die ou werkgewer gestel word ten opsigte van alle dienskontrakte van werknemers en alle kollektiewe ooreenkomste wat onmiddellik voor die beoogde likwidasie of sekwestrasie met die ou werkgewer bestaan het, (ii) al die regte en verpligtinge wat ten tye van die oordrag tussen die ou werkgewer en sy werknemers gegeld het, ook regte en verpligtinge tussen die nuwe werkgewer en die werknemers sal wees, (iii) enigiets wat die ou werkgewer voor die oordrag ten opsigte van elke werknemer gedoen het, geag word asof die nuwe werkgewer dit gedoen het, en (iv) die oordrag nie 'n werknemer se diens onderbreek nie, maar dat die dienskontrak by die nuwe werkgewer voortgaan asof dit

nog by die ou werkgever is.<sup>41</sup> Hierdie outomatiese oordrag vind plaas sonder dat werknemers hulle toestemming daarvoor hoef te verleen.

Die nuwe werkgever is verplig om wesenlik soortgelyke diensvoorwaardes as wat voorheen gegeld het, aan die werknemers te bied.<sup>42</sup> Waar die werkgever werknemers se diensvoorwaardes of werksomstandighede dermate wysig dat dit beduidend swakker is as vantevore, sal werknemers die dienskontrak kan beëindig en hulle op konstruktiewe ontslag<sup>43</sup> kan beroep. Indien daar in so 'n geval bevind word dat die werknemer inderdaad konstruktief ontslaan is, sal dit outomaties op onbillike ontslag neerkom.<sup>44</sup>

#### **4. Die wisselwerking tussen Suid-Afrikaanse insolvensie- en arbeidswetgewing**

Die regshervorming wat in die Suid-Afrikaanse insolvensiewetgewing plaasgevind het, was meestal gegrond op die land se arbeidswetgewing om sodoende ook in 'n insolvensieraamwerk elke werknemer se grondwetlike reg op billike arbeidspraktyke<sup>45</sup> te erken. Dít skep 'n aansienlik beter bedeling vir werknemers by die likwidasië of sekwestrasie van hul werkgever, naamlik: (i) dienskontrakte word nie meer outomaties beëindig wanneer die werkgever gelikwideer of gesekwestreer word nie; (ii) kuratore en likwidateurs word nou verplig om die prosedure in die Arbeidswet te volg voordat hulle 'n werknemer se dienskontrak kan beëindig; (iii) werknemers is geregtig op 'n skeidingsloon ongeag of hulle ontslaan is en of hulle dienskontrakte as gevolg van hulle werkgever se likwidasië of sekwestrasie beëindig is; (iv) werknemers geniet nou meer voordele ten opsigte van die maksimum eisbedrag wat in elke kategorie toegelaat word, asook ten opsigte van die plek wat hul voorkeur-eise in die rangorde van eise teen die insolvente boedel inneem; (v) al die werknemers se dienskontrakte kan na 'n nuwe werkgever oorgedra word indien die insolvente onderneming as 'n lopende saak oorgedra word; en (vi) werknemers het die reg om van enige moontlike likwidasië- of sekwestrasieverrigtinge in kennis gestel te word.

Die likwidasië van 'n onderneming of die sekwestrasie van 'n werkgever se boedel kan geweldig nadelige gevolge vir die betrokke werknemers inhou, dus is dit van die uiterste belang dat elke werknemer oor die moontlikheid van sodanige likwidasië of sekwestrasie ingelig word. Arbeidswetgewing stel werknemers ook in staat om deel uit te maak van 'n spesiale klas krediteure deur aan hulle 'n reg van oorlegpleging te verleen. In hul hoedanigheid as krediteure is werknemers dus nou daarop geregtig om die verskeie krediteursvergaderings by te woon en om aan die besluitnemingsproses deel te neem om die werkgever se insolvente onderneming as 'n lopende saak te verkoop.

Die wisselwerking tussen die Suid-Afrikaanse insolvensie- en arbeidswetgewing het goeie vordering gemaak om die regte balans te vind tussen die belange van die werknemers, die belange van die skuldeisers teen die insolvente boedel, en die belange van die werkgever. Vir 'n doeltreffende en florerende ekonomie is dit egter noodsaaklik dat meganismes ingestel word om potensieel lewensvatbare ondernemings in stand te hou. Die belang om sodanige ondernemings te red, is veel groter as wat die meeste insolvensiepraktisyns sal wil toegee.

Die ekonomiese stabiliteit van die land sal beter gedien word indien daar 'n ernstige poging aangewend word om eerder meer ondernemings te red as om hulle voor die voet te laat likwedeer eenvoudig om die skuldeisers tevrede te stel. Die belange van die gemeenskap in die geheel word veel eerder deur die instandhouding van werksgeleenthede, die voltooiing van onvoltooide werk en die verwesenliking van potensiële groei en ontwikkeling beskerm.

Derhalwe word daar aan die hand gedoen dat hierdie wisselwerking uitloop op die bevordering, ontwikkeling en aanvaarding van 'n allesomvattende ondernemingsreddingsplan in die Suid-Afrikaanse regsraamwerk.

## 5. Aanbeveling

### 5.1 Ondernemingsredding ingevolge die bepalinge van die Maatskappywet

Die wêreld het gewis al ver gevorder sedert die straf vir bankrotskap in antieke Rome vasgestel is op hetsy slawerny of om in stukke opgekap te word – en die keuse aan die skuldeiser oorgelaat is.<sup>46</sup> Tog is maatskappye in Suid-Afrika vir ruim drie dekades gereguleer deur wetgewing wat deesdae as uit voeling met die behoeftes van 'n moderne onderneming beskou word.<sup>47</sup>

Dit sou onverantwoordelik wees om in 'n ontwikkelende ekonomie toe te laat dat maatskappye wat tot die daarstel van die land se nywerhede en kommersiële ondernemings bydra, ná 'n tydelike terugslag voor die voet gelikwedeer en ontbind word en vir die ekonomie verlore gaan indien daar 'n redelike moontlikheid bestaan dat die maatskappye deur middel van 'n moratorium hulle probleme te bowe sal kan kom, hul skuld sal kan betaal en weer suksesvolle ondernemings sal kan word.<sup>48</sup> Jacobs<sup>49</sup> is van mening dat besigheidsredding derhalwe vir die werknemers van maatskappye van die uiterste belang is en dat die Maatskappywet 61 van 1973 (hierna “die ou Maatskappywet”) geensins die werknemers in ag geneem het waar 'n maatskappy in finansiële nood was nie; eweneens het werknemers nie 'n belangrike rol gespeel in die vorige geregtelike bestuursproses nie – hulle kon nie eens aansoek doen om 'n geregtelikebestuursbevel nie, het geen reg op openbaarmaking van die maatskappy se finansiële posisie gehad nie, tensy hulle ook as skuldeisers van die maatskappy gereken was nie, en kon geen bydrae tot die aanwysing van die geregtelike bestuurder lewer nie. Selfs die invoeging van artikel 197B van die Arbeidswet (al word daar nie uitdruklik na geregtelike bestuur in hierdie artikel verwys nie, word geargumenteer dat dit wel die geval is) was onvoldoende om werknemers in te lig oor die finansiële posisie van 'n potensieel sinkende skip, aangesien die artikel slegs verwys na die plig om 'n konsulerende party<sup>50</sup> in te lig oor moontlike likwidasië van die maatskappy.

Tot die laat 1990's het daar egter 'n likwidasiëkultuur in Suid-Afrika geheers wat maatskappye in finansiële nood betref. 'n Mislukte maatskappy is óf aan oorname of skikking onderwerp óf kragtens die bepalinge van die ou Maatskappywet gelikwedeer. As 'n maatskappy gelikwedeer is, was die inkomste wat daardie maatskappy geskep het, finaal

verlore vir die ekonomie, en die gevolglike werksverlies het 'n uiters negatiewe uitwerking gehad op gemeenskappe waarin hierdie ondernemings geleë was.<sup>51</sup> Sedert die laat 1990's het die benadering in die meeste nywerheidslande begin verander, en word daar nou eerder gepoog om mislukte maatskappye te red in plaas van te likwideer.

Hierdie benadering, wat met groot welslae in ander jurisdiksies soos die Verenigde State van Amerika, Nieu-Seeland en die Verenigde Koninkryk gebruik is, word ook by die nuwe Suid-Afrikaanse Maatskappywet ingesluit.

Die ou prosedure van geregtelike bestuur was afhanklik van die statiese en duur prosesse wat met regspraktyke in die algemeen verbind word. Hoewel akademië beklemtoon het dat 'n ondernemingsreddingsplan groter sukses sou behaal indien dit in 'n debiteurvriendelike insolvensieomgewing uitgevoer word, het die hoofklem van geregtelike bestuur eerder op die krediteure se belange geval, en dit word as een van die hoofredes beskou waarom geregtelike bestuur klaaglik misluk het as werklike alternatief vir die negatiewe gevolge van likwidasië.<sup>52</sup> Ook maatskappye se onvermoë om hul skuld te betaal, synde 'n vereiste vir geregtelike bestuur, het grootliks daartoe bygedra dat geregtelike bestuur hoogs ondoeltreffend as reddingskema was. Die vereiste dat 'n maatskappy kommersieel insolvent moet wees voordat 'n geregtelikebestuursbevel toegestaan kan word, verydel immers die doel van 'n ware reddingskema, naamlik om likwidasië te vermy en die maatskappy in staat te stel om weer 'n suksesvolle onderneming te word.<sup>53</sup>

Die Maatskappywet<sup>54</sup> omskryf *ondernemingsredding* soos volg:

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

Volgens artikel 128(1)(f) van die Maatskappywet is 'n maatskappy in finansiële nood as dit (i) redelik onwaarskynlik is dat die maatskappy binne die onmiddellik daaropvolgende ses maande al sy skuld sal kan betaal namate dit betaalbaar raak, of (ii) redelik waarskynlik is dat die maatskappy binne die onmiddellik daaropvolgende ses maande insolvent sal raak en sy laste waarskynlik sy bates sal oorskry.

Ondernemingsreddingsverrigtinge kan hetsy deur middel van 'n besluit deur die direksie van die maatskappy hetsy 'n hofbevel 'n aanvang neem.

### 5.1.1 'n Direksiebesluit om met ondernemingsreddingsverrigtinge te begin

Indien die direksie redelike gronde het om te glo dat (i) die maatskappy in finansiële nood verkeer, en (ii) daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word, kan hulle by wyse van 'n formele meerderheidsbesluit kies om met vrywillige reddingsverrigtinge ten opsigte van die maatskappy te begin.<sup>55</sup> Wanneer daar egter reeds met stappe begin is om die maatskappy te likwideer, kan die direksie nie sodanige besluit neem nie.<sup>56</sup> Insgelyks: wanneer daar besluit is om met ondernemingsredding te begin, en solank as wat daardie besluit geld, kan die maatskappy nie met likwidasierverrigtinge begin nie.<sup>57</sup>

Die reddingsbesluit tree in werking sodra dit by die kommissie vir maatskappye en intellektuele eiendom ingedien word, en derhalwe neem die reddingsverrigtinge amptelik ook op hierdie datum 'n aanvang.<sup>58</sup>

Binne vyf sakedae nadat die besluit ingedien is, moet die direksie 'n kennisgewing oor die reddingsverrigtinge, met inbegrip van die inwerkingtreedingsdatum daarvan, aan elke geaffekteerde persoon besorg.<sup>59</sup> As die maatskappy versuim om die geaffekteerde persone in kennis te stel, sal die ondernemingsreddingsbesluit nietig wees.<sup>60</sup> Ingevolge artikel 128(1)(a) van die Maatskappywet beteken *geaffekteerde persone* “[d]ie maatskappy se aandeelhouders en skuldeisers, asook enige geregistreerde vakbond wat die maatskappy se werknemers verteenwoordig, en daardie werknemers of hulle verteenwoordigers wat nie deur 'n vakbond verteenwoordig word nie”.

Binne vyf sakedae ná die indiening van die reddingsbesluit moet die direksie ook 'n ondernemingsreddingspraktisyn aanstel om oor die maatskappy en sy reddingsverrigtinge toesig te hou, waarna elke geaffekteerde persoon 'n afskrif van die aanstellingskennisgewing moet ontvang.<sup>61</sup> In teenstelling met geregtelike bestuur, waar die praktisyn verplig was om die bestaande bestuur van die maatskappy tydens die ontwikkeling van 'n reddingsplan te vervang, is die reddingspraktisyn daarop geregtig om met die bestaande bestuurstrukture van die maatskappy saam te werk.<sup>62</sup>

Nadat die direkteure van 'n maatskappy besluit het om met reddingsverrigtinge te begin, en totdat so 'n reddingsplan formeel aanvaar is, kan enige geaffekteerde persoon by die hof aansoek doen om sodanige besluit ter syde te stel op grond daarvan dat (i) daar geen redelike gronde is om te glo dat die maatskappy in finansiële nood is nie, (ii) daar geen redelike vooruitsig is om die maatskappy te red nie, (iii) die maatskappy nagelaat het om aan die vereiste prosedure ingevolge artikel 129 te voldoen,<sup>63</sup> of (iv) die hof dit reg en billik ag.<sup>64</sup> Daarteenoor was skuldeisers geensins gebonde aan die ou proses van geregtelike bestuur nie. Sodra 'n geregtelike bestuurder aangestel is, kon enige skuldeiser in enige stadium om die likwidasier van die maatskappy aansoek doen.<sup>65</sup>

Die nuwe Maatskappywet gun ook die ondernemingsreddingspraktisyn voldoende tyd om 'n mening te vorm rakende 'n redelike vooruitsig om die maatskappy te red of nie. Sodanige praktisyn stel gevolglik 'n verslag te dien effekte op. Indien die hof daarna steeds reken dat die maatskappy nie in finansiële nood verkeer nie, of dat daar geen redelike vooruitsig is om die maatskappy te red nie, sal die hof die maatskappy se besluit ter syde stel.<sup>66</sup> Die hof kan ook verdere toepaslike bevele uitreik, onder meer 'n bevel wat die maatskappy in likwidasie plaas.<sup>67</sup>

Die Maatskappywet maak voorts spesifiek daarvoor voorsiening dat direkteure in sekere omstandighede op die raad en voorstelle van werknemers kan staatmaak.<sup>68</sup> As geaffekteerde persone word die werknemers dus die geleentheid gegun om aktief aan die ondernemingsreddingsverrigtinge deel te neem,<sup>69</sup> en die direksie wat op vrywillige ondernemingsredding besluit, is verplig om sodanige werknemers van die besluit in kennis te stel, waarna elke werknemer die geleentheid gegun word om daarteen beswaar te maak of ander bydraes te lewer.

### *5.1.2 'n Hofbevel om met ondernemingsreddingsverrigtinge te begin*

Kragtens die ou Maatskappywet het net (i) die maatskappy self, (ii) die krediteure van die maatskappy, of (iii) lede van die maatskappy die reg gehad om geregtelikebestuursprosedures in te stel. Die nuwe Maatskappywet brei hierdie reg egter uit om ook vakbonde en werknemers in te sluit.<sup>70</sup>

Waar die direksie van die maatskappy nie op vrywillige ondernemingsredding besluit nie, kan enige geaffekteerde persoon – wat enige werknemer van die maatskappy insluit – te eniger tyd by 'n hof aansoek doen om 'n bevel wat die maatskappy onder toesig plaas en ondernemingsreddingsverrigtinge aan die gang sit,<sup>71</sup> en elke geaffekteerde persoon het die reg om aan die verhoor van sodanige aansoek deel te neem.<sup>72</sup> Hierdie hofaansoek kan ingedien word selfs nadat verrigtinge vir die likwidasie van die maatskappy reeds begin het, in welke geval die likwidasieverrigtinge opgeskort sal word totdat die hof die aansoek om ondernemingsredding van die hand wys, of indien die hof die aansoek toestaan, totdat die reddingsverrigtinge ten einde loop.<sup>73</sup>

Die reddingsverrigtinge neem formeel 'n aanvang wanneer 'n persoon by die hof om 'n bevel vir sodanige redding aansoek doen<sup>74</sup> of, gedurende likwidasieverrigtinge, wanneer die werklike bevel vir ondernemingsredding toegestaan word.<sup>75</sup> Die hof kan bevel dat die maatskappy onder toesig geplaas word en met reddingsverrigtinge begin indien die hof oortuig is dat (i) die maatskappy in finansiële nood verkeer, (ii) die maatskappy ten opsigte van diensverwante aangeleenthede versuim het om enige bedrag kragtens 'n verpligting ingevolge 'n openbare regulasie, soos werkloosheidsversekering, of ingevolge 'n kontrak, soos mediesefondsbydraes, te betaal, of (iii) dit andersins billik en regverdig is om dit om finansiële redes te doen, en daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word. Die maatskappy mag nie besluit om homself in likwidasie te plaas totdat die ondernemingsreddingsverrigtinge geëindig het nie,<sup>76</sup> en moet elke geaffekteerde persoon

binne vyf sakedae na die datum van die bevel daarvan in kennis stel.<sup>77</sup> Die hof kan egter ook die aansoek om 'n reddingsbevel, asook enige verdere toepaslike en vereiste bevel, onder meer 'n bevel wat die maatskappy in likwidasie plaas, van die hand wys.<sup>78</sup>

### *5.1.3 Ondernemingsreddingsverrigtinge en die invloed daarvan op die dienskontrakte van werknemers van die maatskappy*

Artikel 5 van die Maatskappywet bepaal dat indien enige bepalings van die wet in stryd sou wees met ander nasionale wetgewing, albei wette gelyktydig toegepas sal word vir sover dit wel moontlik is. In geval van strydigheid met die Arbeidswet sal die Arbeidswet egter voorkeur kry.<sup>79</sup>

Ondernemingsreddingsverrigtinge het geen uitwerking op die maatskappy se dienskontrakte met sy werknemers nie: werknemers bly aan in die diens van die maatskappy onderhewig aan dieselfde bepalings en voorwaardes as voorheen.<sup>80</sup> Kragtens artikel 136(1)(a) van die Maatskappywet kan die werknemers en die maatskappy tot verskillende diensbepalings en -voorwaardes instem, met dien verstande dat dit steeds aan die toepaslike arbeidswetgewing voldoen. Enige afdanking van werknemers, selfs waar dit deel uitmaak van die maatskappy se ondernemingsreddingsplan, is onderworpe aan alle tersaaklike diensverwante wetgewing.<sup>81</sup>

Artikel 144(2) van die Maatskappywet bepaal dat die werknemer 'n voorkeurskuldeiser van die maatskappy word ten opsigte van enige onbetaalde salarisse en ander diensverwante betalings wat reeds aan 'n werknemer verskuldig was toe die reddingsverrigtinge 'n aanvang geneem het. Daarbenewens word die werknemer 'n gewone skuldeiser van die maatskappy met betrekking tot 'n mediese skema, pensioenskema of voorsorgfondskema waarvoor die maatskappy die werknemer reeds by die aanvang van die reddingsverrigtinge geld geskuld het.<sup>82</sup>

Enige diensverwante betalings wat gedurende reddingsverrigtinge aan werknemers van die maatskappy toeval, word as na-aanvangsfinansiering beskou en moet vereffen word selfs voordat ander na-aanvangsfinansieringskuldeisers betaal word.<sup>83</sup> Indien likwidasieverrigtinge later die reddingsverrigtinge vervang, behou dié skuldeisers hulle voorkeurregte.<sup>84</sup>

Gedurende reddingsverrigtinge is werknemers van die maatskappy geregtig om (i) as geaffekteerde persone van die verrigtinge in kennis gestel te word, (ii) geraadpleeg te word, (iii) hetsy deur hulle geregistreerde vakbond hetsy persoonlik aan alle stadiums van die verrigtinge deel te neem, en (iv) 'n komitee van werknemerverteenwoordigers op die been te bring.<sup>85</sup> Die ondernemingsreddingspraktisyn moet derhalwe binne tien dae ná sy/haar aanstelling 'n vergadering van werknemers of hulle verteenwoordigers belê om hulle oor die maatskappy se toekoms in te lig. Die werknemers moet daarná besluit of hulle 'n werknemerskomitee wil aanstel of nie.<sup>86</sup> Die werknemerskomitee is by magte om die praktisyn te raadpleeg en moet toesien dat werknemersbelange behoorlik verteenwoordig word. Lede van die werknemerskomitee mag egter nie enige opdragte aan die praktisyn gee nie.

Synde geaffekteerde persone het die skuldeisers, wat ook daardie werknemers insluit wat skuldeisers geword het as gevolg van hulle onbetaalde vergoeding wat reeds voor die reddingsverrigtinge betaalbaar was, die reg om van die verrigtinge ingelig te word en sowel formeel as informeel aan alle stadiums van die verrigtinge deel te neem.<sup>87</sup> Hulle is verantwoordelik om oor die wysiging, goedkeuring of afkeuring van die ondernemingsreddingsplan te stem.<sup>88</sup> Elke skuldeiser, ook werknemers met 'n eis vir onbetaalde vergoeding wat reeds voor die aanvang van reddingsverrigtinge verskuldig was, het dus 'n stembelangen belang gelykstaande aan die waarde van sy of haar eis teen die maatskappy, ongeag of die eis verseker of onverseker is.<sup>89</sup>

#### *5.1.4 Die wisselwerking tussen ondernemingsredding en likwidasie*

Soos reeds hier bo genoem is, kan die direksie van 'n maatskappy nie besluit om met likwidasie te begin indien ondernemingsredding reeds begin het nie.<sup>90</sup> Eweneens kan reddingsverrigtinge ook deur 'n hofaansoek 'n aanvang neem slegs indien daar reeds om likwidasie aansoek gedoen is of die maatskappy reeds in likwidasie is.<sup>91</sup>

Die hof kan 'n bevel vir likwidasie uitreik (i) in 'n aansoek om ondernemingsredding,<sup>92</sup> (ii) ná ondernemingsredding, of (iii) waar 'n aansoek om ondernemingsredding ter syde gestel is.<sup>93</sup>

Die reddingspraktisyn is ook daarop geregtig om om die likwidasie van 'n maatskappy aansoek te doen,<sup>94</sup> hoewel die praktisyn nie terselfdertyd die rol van likwidateur mag vervul nie.<sup>95</sup> Indien likwidasieverrigtinge wel op ondernemingsredding volg, sal die eise teen die maatskappy in die volgende volgorde<sup>96</sup> hanteer word: (i) koste van die reddingsverrigtinge;<sup>97</sup> (ii) gedekte skuld wat reeds voor die reddingsverrigtinge aangegaan is;<sup>98</sup> (iii) vergoeding wat ná die aanvang van die reddingsverrigtinge verskuldig word;<sup>99</sup> (iv) ander na-aanvangsfinansiering;<sup>100</sup> (v) vergoeding wat reeds voor die reddingsverrigtinge aan werknemers verskuldig was;<sup>101</sup> en (vi) alle ander skuld, soos met betrekking tot mediese fondse en pensioenskemas.<sup>102</sup>

Die nuwe ondernemingsreddingsverrigtinge stem nie ooreen met die insolvensiereëls wat van toepassing is op 'n maatskappy wat gelikwideer word nie. As 'n maatskappy gelikwideer word, val daardie maatskappy onder die Insolvensiewet, en word alle dienskontrakte kragtens artikel 38 van die Insolvensiewet opgeskort. Gedurende sodanige opskorting hoef die werknemers nie te werk nie, maar word hulle ook nie vergoed nie. Na afloop van 'n statutêr voorgeskrewe tydperk – tans 45 dae na die aanstelling van die finale likwidateur – kan die kontrakte beëindig word. Die enigste tyd wanneer die kontrakte nie beëindig word nie, is wanneer dit as deel van 'n lopende saak uit die insolvente boedel in die koper van die onderneming oorgaan.<sup>103</sup>

As sodanige maatskappy op die punt staan om kragtens 'n hoëhofbevel gelikwideer te word, kan die werknemers, synde geaffekteerde partye, in die likwidasieverrigtinge tussenbeide tree en om ondernemingsredding aansoek doen. Indien sodanige reddingsbevel toegestaan word,



maak die Maatskappywet daarvoor voorsiening dat alle dienskontrakte onderhewig aan dieselfde bepalinge en voorwaardes as voor die reddingsbevel voortgesit word.<sup>104</sup>

Wat werknemers betref, is dit dus duidelik dat dit veel voordeliger is om die maatskappy onder ondernemingsredding te plaas as om dit te laat likwedeer. Die ondernemingsreddingsplan is 'n belangrike en vernuwende stap in die Suid-Afrikaanse ekonomie. Dit bied aan werknemers en geaffekteerde persone die geleentheid om insae te hê in, en bydraes te lewer tot, 'n doeltreffende stelsel om die likwidasië van 'n maatskappy te voorkom.<sup>105</sup>

Statistieke wat deur Corporate Renewal Solutions gehou word, toon 'n skerp afname in die getal likwidasië (vrywillige likwidasië uitgesluit) sedert die inwerkingtreding van besigheidsredding (sien aangehegte grafiek wat vir sigself spreek). Die afname van 72% in likwidasië in 2011 word gedeeltelik toegeskryf aan besigheidsreddingprosedures.



## 6. Gevolgtrekking

Die Nywerheidsontwikkelingskorporasie (NOK) is die spreekwoordelike sleutel tot die regering se reddingsplan van sowat R8,4 miljard om reessiehulp aan maatskappye te verleen ten einde nóg werksverliese te keer.<sup>106</sup> Sedert die begin van die reessie in 2008 tot aan die einde van Maart 2011 het die NOK R4 miljard aan sukkelende maatskappye bewillig. Geoff Qhena, uitvoerende hoof van die NOK, wys in NOK se jaarverslag daarop dat dié R4 miljard 86 transaksies behels wat na verwagting 25 300 poste sal red of skep.<sup>107</sup> Pinnacle Point het onlangs die eerste genoteerde maatskappy geword waarvoor ondernemingsredding ingevolge die Maatskappywet goedgekeur is. Die maatskappy is op Alt<sup>x</sup> genoteer. Die aansoek om ondernemingsredding is ingedien deur Cape Point Vineyards, 'n aandeelhouer in Pinnacle Point.<sup>108</sup>

In talle moderne lande word 'n insolvente onderneming lank nie meer as 'n ekonomiese uitgeworpene beskou nie, maar eerder as 'n sake-eenheid wat met die nodige hulp en moeite moontlik weer sy plek in die mark sal kan inneem, tot sowel ou as toekomstige skuldeisers se voordeel. Enige maatskappy in finansiële nood kan deur 'n ondernemingsreddingsplan gered word en as lewensvatbare entiteit oorleef, tot voordeel van sy krediteure én werknemers, in plaas daarvan om aan 'n likwidasiëproses onderwerp te word wat noodwendig tot werks- en ander finansiële verliese lei.<sup>109</sup>

Ondernemingsredding stel 'n sukkelende onderneming in staat om (i) aan krediteure se eise te voldoen, (ii) ekonomies aktief te bly, (iii) belasting te betaal, en (iv) bestaande werknemers se dienskontrakte in stand te hou én selfs nuwe werksgeleenthede te skep.

In gevalle waar 'n maatskappy nié gered kan word nie, kan die onderneming as 'n lopende saak verkoop word. Indien hierdie oordrag van die onderneming daartoe lei dat werknemers se werk behoue bly en dit 'n beter opbrengs vir die skuldeisers van die maatskappy verseker, val dit ook binne die grense van ondernemingsredding.<sup>110</sup>

Selfs indien die maatskappy uiteindelik gelikwider sou word as ondernemingsredding misluk, word die werknemers steeds deur die ondernemingsreddingproses bevoordeel, eerstens deurdat hul dienskontrakte in stand bly gedurende die reddingprosedures, in teenstelling met die opskorting van hul dienskontrakte gedurende likwidasië onder die likwidasiëwetgewing, en tweedens omdat hulle as voorkeurskuldeisers behandel word gedurende die uiteindelige likwidasië, in teenstelling met hul posisie as beperkte voorkeurskuldeisers onder die vorige likwidasiëwetgewing.<sup>111</sup>

Werknemers en hul vakbonde behoort ondernemingsredding selfs ver bo vrywillige likwidasië te kies as 'n meganisme om in tye van finansiële krisis werksekerheid te probeer bewerkstellig, selfs al is die betrokke maatskappy nie ekonomies lewensvatbaar nie, juis weens die voordele wat die ondernemingsreddingproses aan werknemers verleen. Al was dit nooit die bedoeling van ondernemingsreddingprosesse om ekonomies nielewensvatbare maatskappye van ondergang te red nie, sal vakbonde en werknemers wat nou as geaffekteerde persone oor die nodige regte beskik, verpligte ondernemingsreddingprosedures aanhang lank voordat vrywillige likwidasië plaasvind.<sup>112</sup>

Ingevolge die bepalings van die Maatskappywet bevorder die ondernemingsreddingproses ekonomiese ontwikkeling in Suid-Afrika deur die groei van ontlukende kommersiële ondernemings aan te moedig en maatskappye in die algemeen te beskerm teen die nadelige gevolge wat likwidasië vir die betrokke werknemers kan inhou.<sup>113</sup> 'n Ingesteldheid van ondernemingsredding skep dus die verwagting van verbetering en selfs herstel; dit dui op entrepreneursaktiwiteit wat tot finansiële en ekonomiese vooruitgang sal lei, en stel uiteindelik die spreekwoordelike helende krag van sakedinamiek in werking.

## Bibliografie

Bachi A. 2011. Who should talk? What counts as employee voice and who stands to gain. *Penn Law, Public and Legal Theory Paper Series*, Research Paper No #11-39:838-856. (Electronic copy available on <http://ssrn.com/abstract=1932813>.)

Bowles en Bruyns. 2009. <http://www.business-rescue.co.za/business-rescue/business-rescue-in-south-africa.php> (6 Desember 2012 geraadpleeg).

—. <http://www.business-rescue.co.za/industry/liquidations-statistics.php> (8 Januarie 2013 geraadpleeg.)

Bradstreet, R. 2010. The leak in the chapter 6 lifeboat: Inadequate regulation of business rescue practitioners may adversely affect lenders' willingness and the growth of the economy. *SA Mercantile Law Journal*, 2010(22):195–213.

Burdette, D. 2004. Some initial thoughts on the development of a modern and effective business rescue model for South Africa (Part 1). *SA Mercantile Law Journal*, 16(2):241–63.

CRS Business Rescue. 2011. *Liquidations statistics*. <http://www.business-rescue.co.za/industry/liquidations-statistics.php> (7 Januarie 2013 geraadpleeg).

Davis D., F. Cassim en W. Geach. 2009. *Maatskappye en ander besigheidstrukture in Suid-Afrika*. 2de uitgawe. Suid-Afrika: Oxford.

De Waal, J. 2011. NOK help sukkelende maatskappye met R4 miljard sedert 2008. *Sake24*, 6 Oktober, bl. 2.

Du Plessis, J.V. en M.A. Fouché. 2008. *'n Praktiese handleiding tot die arbeidsreg*. 6de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Grogan, J. 2009. *Workplace law*. 10de uitgawe. Kaapstad: Juta & Co.

Jacobs L.M. 2012. 'n Regsvergelykende analise van geregtelike bestuur en ondernemingsredding ingevolge relevante maatskappywetgewing. Ongepubliseerde LLM-verhandeling, Universiteit van die Vrystaat.

Kahn-Freund, O. 1977. *Labour and the law*. 2de uitgawe. Londen: Stevens & Sons.

Kloppers, E. 2011. Pinnacle Point word voorlopig gelikwider. *Sake24*, 19 Augustus, bl. 1.

Leppan, F. en M. Yeates. 2010. Business rescue. *Without prejudice*, Desember, bl. 17.

Levenstein, E. 2008. Business rescue – help is at hand. *Without prejudice*, November, ble. 12–4.

- Mantshantsha, S. 2007. Makliker registrasie, minder regulering. *Finweek*, 29 Maart, ble. 129–30.
- McNulty, A. 2007. Back in touch with business. *Financial Mail*, 23 Februarie, ble. 66–7.
- Nagel, C.J. e.a. 2007. *Besigheidsreg.* 4de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Pietersen, K. 2009. Rescuing ailing companies. *Without prejudice*, Julie, ble. 47–8.
- PricewaterhouseCoopers. 2011. Understanding the new Companies Act.  
— . <http://ww.pwc.com/za/companies-act> (20 Augustus 2011 geraadpleeg).
- Rodrigues, C. 2007. Coming to the rescue. *Without prejudice*, Julie, ble. 4–5.
- Sharrock, R., A. Smith en K. van der Linde. 2002. *Hockly se insolvensiereg.* 3de uitgawe. Kenwyn: Juta.
- Van Eck, S. 2004. Fair labour practices in South African insolvency law. *South African Law Journal*, 121(4):902–25.
- Van Tonder, J. 2011. Meer geld word aan afleggings bestee. *Sake24*, 2 Oktober, bl. 3.
- Walker, D. en I. Meiring. 2010. King Code and developments in corporate governance. *Without prejudice*, November:36–8.

## Eindnotas

<sup>1</sup> (2011).

<sup>2</sup> (2005:278).

<sup>3</sup> (1977:2).

<sup>4</sup> Kahn-Freund (1977:2).

<sup>5</sup> Grondwet art. 23.

<sup>6</sup> Van Eck (2004:920).

<sup>7</sup> Art. 38(2)(a).

<sup>8</sup> Art. 38(2)(b).

<sup>9</sup> Art. 38(10)(a).

<sup>10</sup> Van Eck (2004:909).

<sup>11</sup> Van Eck (2004:908).

<sup>12</sup> Art. 38(3) van die Insolvensiewet.

<sup>13</sup> Art. 38(4).

<sup>14</sup> Art. 38(5).

<sup>15</sup> Sharrock, Smith en Van der Linde (2002:89).

<sup>16</sup> Art. 38(6) van die Insolvensiewet.

<sup>17</sup> Art. 38(9)(a).

<sup>18</sup> Art. 38(10) en (11).

<sup>19</sup> Sharrock e.a. (2002:89).

<sup>20</sup> Art. 189(4)(a) saamgelees met art. 16.

<sup>21</sup> (2004:908).

<sup>22</sup> Du Plessis en Fouché (2008:24).

<sup>23</sup> Art. 38(9)(a) van die Insolvensiewet.

<sup>24</sup> (2009:143).

<sup>25</sup> Art. 185.

<sup>26</sup> Grogan (2009:160).

<sup>27</sup> Du Plessis en Fouché (2008:265).

<sup>28</sup> Grogan (2009:165).

<sup>29</sup> Art. 213 van die Arbeidswet.

<sup>30</sup> Du Plessis en Fouché (2008:276).

<sup>31</sup> Art. 189A(1)(a).

<sup>32</sup> Art. 189A geld egter vir werkgewers (i) met meer as 50 (vyftig) werknemers in diens, en (ii) wat beoog om meer as die voorgeskrewe getal werknemers gedurende 'n tydperk van 12 (twaalf) maande te verminder.

<sup>33</sup> Art. 189(1).

<sup>34</sup> Du Plessis en Fouché (2008:277). Volgens hulle sluit sodanige tersaaklike inligting onder meer die volgende in: (i) redes vir die beoogde ontslag; (ii) alternatiewe wat die werkgewer oorweeg het voordat hy ontslag voorgestel het en die redes vir die verwerping van elk van die alternatiewe; (iii) die getal werknemers wat geraak sal word, en hulle werkskategorieë; (iv) die voorgestelde metode vir die keuse van watter werknemers ontslaan moet word; (v) die tydstip wanneer of tydperk waartydens die ontslag van krag sal word; (vi) die voorgestelde uittreeloon; (vii) enige bystand wat die werkgewer aan die ontslaande werknemers sal bied; (viii) die moontlikheid van toekomstige herindiensneming van die ontslane werknemers; (ix) die aantal werknemers in diens van die werkgewer; en (x) die aantal werknemers wat die werkgewer in die voorafgaande 12 (twaalf) maande weens bedryfsvereistes ontslaan het.

<sup>35</sup> Du Plessis en Fouché (2008:46).

<sup>36</sup> Art. 41 van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997.

<sup>37</sup> (2011:3).

<sup>38</sup> Van Tonder (2011:3).

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> (2011:3).

<sup>41</sup> Art. 197A(2) van die Arbeidswet.

<sup>42</sup> Du Plessis en Fouché (2008:284).

<sup>43</sup> Art. 186(1)(e) van die Arbeidswet omskryf *konstruktiewe ontslag* as 'n dienskontrak wat met of sonder kennisgewing deur 'n werknemer beëindig word omdat die werkgewer voortgesette diens vir die werknemer ondraaglik gemaak het.

<sup>44</sup> Du Plessis en Fouché (2008:268).

<sup>45</sup> Art. 23 van die Grondwet.

<sup>46</sup> Bowles en Bruyns (2009:12).

<sup>47</sup> McNulty (2007:66).

<sup>48</sup> Nagel e.a. (2007:478).

<sup>49</sup> (2012:179).

<sup>50</sup> Art. 89(1).

<sup>51</sup> Davis e.a. (2009:175).

<sup>52</sup> Bradstreet (2010:211).

<sup>53</sup> Burdette (2004:250).

<sup>54</sup> Art. 128(b).

<sup>55</sup> Art. 129(1) van die Maatskappywet.

<sup>56</sup> Art. 129(2)(a).

<sup>57</sup> Art. 129(6).

<sup>58</sup> Art. 132(1)(a)(i).

<sup>59</sup> Art. 129(3)(a).

<sup>60</sup> Art. 129(5).

<sup>61</sup> Art. 129(4) van die Maatskappywet.

<sup>62</sup> Leppan en Yeates (2010:17).

<sup>63</sup> Art. 130(1)(a) van die Maatskappywet.

<sup>64</sup> Art. 130(5)(a).

<sup>65</sup> Levenstein (2008:12).

<sup>66</sup> Art. 130(5)(b) van die Maatskappywet.

<sup>67</sup> Art. 130(5)(c).

<sup>68</sup> Walker en Meiring (2010:37).

<sup>69</sup> Art. 131(3) van die Maatskappywet.

<sup>70</sup> Pietersen (2009:48).

<sup>71</sup> Art. 131(1) van die Maatskappywet.

<sup>72</sup> Art. 131(3).

<sup>74</sup> Art. 132(1)(b).

<sup>75</sup> Art. 132(1)(c).

<sup>76</sup> Art. 131(8)(a).

<sup>77</sup> Art. 131(8)(b).

<sup>78</sup> Art. 131(4)(b).

<sup>79</sup> PricewaterhouseCoopers (2011).

<sup>80</sup> Davis e.a. (2009:183).

<sup>81</sup> Art. 136(1)(b) van die Maatskappywet.

<sup>82</sup> Art. 144(4).

<sup>83</sup> Art. 135(1)–(3).

<sup>84</sup> Art. 135(4).

<sup>85</sup> Art. 144(3).

<sup>86</sup> Art. 148.

<sup>87</sup> Mantshantsha (2007:130).

<sup>88</sup> Art. 145(1)–(2) van die Maatskappywet.

<sup>89</sup> McNulty (2007:67).

<sup>90</sup> Art. 129(6) van die Maatskappywet.

<sup>91</sup> Art. 129(2)(a).

<sup>92</sup> Art. 131(4)(b).

<sup>93</sup> Art. 130(6)(c).

<sup>94</sup> Art. 141(2)(a).



<sup>95</sup> Art. 140(4).

<sup>96</sup> Rodrigues (2007:5).

<sup>97</sup> Art. 143(5) van die Maatskappywet.

<sup>99</sup> Art. 135(3)(a).

<sup>100</sup> Art. 135(3)(b).

<sup>101</sup> Art. 144(2).

<sup>102</sup> Art. 144(5).

<sup>103</sup> Davis e.a. (2009:183).

<sup>104</sup> Levenstein (2008:13).

<sup>105</sup> Leppan en Yeates (2010:17).

<sup>106</sup> De Waal (2011:2).

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> Kloppers (2011:1).

<sup>109</sup> Bowles en Bruyns (2009:13).

<sup>110</sup> Davis e.a. (2009:176).

<sup>111</sup> CRS Business Rescue (2011).

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Bradstreet (2010:212).