

# Die sorgsame ondernemingsreddingspraktisyn: 'n ondersoek na die gepaste maatstaf<sup>1</sup>

Lézelle Jacobs en Johann Neethling

---

Lézelle Jacobs, Departement Handelsreg, Universiteit van die Vrystaat  
Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat

---

## *Opsomming*

Die sleutelfiguur in die reddingskema vervat in hoofstuk 6 van die Maatskappywet 71 van 2008 is ongetwyfeld die ondernemingsreddingspraktisyn. Die praktisyn word met omvattende magte en bevoegdhede beklee. Hy neem die beheer en bestuur van die betrokke maatskappy oor en die reddingstaak rus dus op sy skouers. Tog kan hy weens onbekwaamheid of sorgeloosheid veroorsaak dat die doelstellings van hoofstuk 6, naamlik om alle belanghebbendes in die reddingspoging te probeer beskerm, verydel word.

Artikel 140(3)(b) van die wet bepaal dat die reddingspraktisyn vir die duur van die verrigtinge dieselfde verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid as die direkteure van die maatskappy het. Die verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid van direkteure word in artikels 75, 76 en 77 van die wet uiteengesit. Hierdie artikels bevat die kwasigekodifiseerde vertrouens- en sorgsaamheidsverpligtinge van direkteure en maak dus hierdie verpligtinge ook op die praktisyn van toepassing. Prakties beskou heers daar groot onduidelikheid en onsekerheid oor wat hierdie verpligtinge behels, asook oor hoe daar te werk gegaan moet word ten einde die praktisyn se nalatige gedrag te meet.

Om hierdie rede ondersoek die artikel die beginsels onderliggend aan die toets vir nalatigheid en die toepassing daarvan op die praktisyn. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat die praktisyn se optrede aan dié van 'n redelike praktisyn gemeet behoort te word. Die implikasie hiervan is dat daar bepaal moet word of hy in sy optrede dieselfde mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid aan die dag gelê het as wat 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede sou gedoen het, asook of sy persoonlike eienskappe en kwalifikasies veroorsaak dat hy aan 'n hoër standaard as slegs die redelike praktisyn gemeet moet word. Die invloed van die sake-oordeeltoets as metode vir hersiening van die verpligting tot sorg en die toepassing daarvan op die praktisyn en in die noodomstandighede van die maatskappy word ook ondersoek. Aangesien die praktisyn se opleiding 'n rol speel in die oorweging of hy met die nodige sorg opgetree het, word ook die kwalifikasies, vaardighede en ervaring van die praktisyn in hierdie bespreking ontleed.

Wat betref die aanspreeklikheid van die praktisyn, word daar tot die gevolgtrekking gekom dat die maatstaf vir die praktisyn se aanspreeklikheid nie growwe nalatigheid behoort te wees nie, maar gewone nalatigheid met betrekking tot die optrede wat verwag sou word van 'n redelike praktisyn met dieselfde kwalifikasies en ervaring.

**Trefwoorde:** aanspreeklikheid; direkteure; kwalifikasies; maatskappye; noulettendheid; ondernemingsredding; ondernemingsreddingspraktisyn; redelike deskundige, redelike persoon; sorg; vaardigheid

### *Abstract*

#### **The careful business rescue practitioner: a search for the proper yardstick**

When the Companies Act 71 of 2008 came into effect on 1 May 2011 it brought about a new era of corporate rescue for South African companies. Chapter 6 of the act provides for a new corporate rescue scheme known as business rescue. Business rescue replaces the previous South African rescue model, judicial management, contained in the Companies Act 61 of 1973.

The key role player in the rescue scheme is the business rescue practitioner. The practitioner is afforded extensive powers and rights. He takes control of the management of the company and the duty to rescue the company rests on his shoulders. It is, however, possible for the purposes of chapter 6 to protect the interests of all stakeholders to be frustrated through the incompetence and carelessness of the practitioner.

Section 140(3)(b) of the act states that the practitioner has the responsibilities, duties and liabilities of a director of the company for the duration of the rescue proceedings. The responsibilities, duties and liabilities of directors are set out in sections 75, 76 and 77. These sections contain the quasi-codified fiduciary duties of directors as well as the duty of care, skill and diligence and therefore make them applicable to the practitioner.

The purpose of this article is to investigate the principles that underpin the test for negligence and the applicability thereof to the practitioner. The conclusion is that the practitioner's conduct should be measured against that of a reasonable practitioner. This implies that it should be established whether he acted with the same degree of care, skill and diligence that may reasonably be expected of a reasonable practitioner in the same circumstances, having regard also to his personal attributes and qualifications and considering whether this necessitates an even higher standard to be met.

At common law it is accepted that a director of a company needs no specific qualifications or even special business acumen to be appointed as such. The degree of care, skill and diligence expected of a director has therefore been determined by applying the notional reasonable person test. The director of a company is, however, held to a somewhat higher standard than the average person due to the fact that he is a fiduciary of the company and is responsible for another's interests and property. Contrary to this, a business rescue practitioner will be appointed because of his knowledge and experience in the field of business and turnaround management. The notional reasonable person test can therefore not be utilised to evaluate

negligent conduct by the practitioner. An argument can, however, be made for the application of the reasonable expert test, and even for the development of a new reasonable practitioner yardstick.

The article focuses on an in-depth exploration of the objective and subjective elements of such a reasonable practitioner test and considers all the relevant facts and circumstances that will be of importance during business rescue proceedings.

The influence of the business judgment rule as a means to review the fulfilment of the duty of care and the application thereof to the practitioner in the financial distress circumstances will also be investigated. Since the practitioner's training will influence the consideration of whether he acted with the necessary degree of care, his qualifications, skills and experience will be considered and analysed. The Companies Act of 2008 and the regulations pursuant thereto provide for extensive qualification requirements to be met by a prospective practitioner. Furthermore, practitioners will be appointed as either junior, experienced or senior practitioners, depending on their levels of experience.

This article also addresses the disparity between the liability provisions contained in sections 76 and 77 and those contained in chapter 6 of the act – the first requiring ordinary negligence and the latter gross negligence. This is of extreme importance since both provisions apply to the practitioner, but the standard thereof differs. The conclusion is that the yardstick for the practitioner's liability should be ordinary negligence, that is what could be expected of a reasonable practitioner with the same qualifications and experience.

**Keywords:** business rescue; business rescue practitioner; care; companies; diligence; directors; liability; qualifications; reasonable expert; reasonable person; skill

## 1. Inleiding

Suid-Afrika het sedert 1 Mei 2011 'n nuwe korporatiewe reddingskema, naamlik ondernemingsreddingsverrigtinge ingevolge hoofstuk 6 van die Maatskappywet 71 van 2008.<sup>2</sup> Die sleutelfiguur in die nuwe reddingskema is ongetwyfeld die ondernemingsreddingspraktisyn.<sup>3</sup> Trouens, hy word beskou as 'n disproporsionele invloed in die reddingsverrigtinge.<sup>4</sup> Hy neem die beheer en bestuur van die maatskappy oor en die taak van redding rus dus op sy skouers. Die praktisyn word met omvattende magte en bevoegdhede beklee. Tog kan hy weens sy nalatigheid veroorsaak dat die doelstellings van hoofstuk 6, naamlik om alle belanghebbendes te beskerm, verydel word. Daarom is daar al te kenne gegee dat dit juis van die praktisyn die "swakste skakel" van die proses kan maak.<sup>5</sup>

Artikel 140(3)(b) van die Maatskappywet bepaal dat die praktisyn vir die duur van die verrigtinge dieselfde verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid as die direkteure van die maatskappy het. Die verantwoordelikhede, verpligtinge en aanspreeklikheid van direkteure word in artikels 75, 76 en 77 van die wet uiteengesit. Artikel 76(3)(c) bevat die kodifikasie van die direkteur se plig tot sorg en vaardigheid en word dus ook uitdruklik op die praktisyn van toepassing gemaak:

Practitioners must render, perform and maintain their services with such a degree of skill, care and attention, efficiency and professional competence and of such a quality and standard considered to be necessary in the opinion of the Council, the Master and CIPC.<sup>6</sup>

'n Praktisyn is derhalwe verplig om sy magte en bevoegdhe met 'n sekere mate van sorg en vaardigheid uit te oefen.<sup>7</sup> Die nienakoming van hierdie plig kan aanleiding gee tot aanspreeklikheid op grond van 'n onregmatige daad. Vir die doel van hierdie artikel is die vraag egter watter maatstaf toegepas moet word om die sorg en vaardigheid wat van die praktisyn in die uitvoering van sy verpligtinge verwag kan word, te beoordeel.<sup>8</sup>

Hierdie artikel behels 'n ondersoek na die ontwikkeling van regsbeginsels oor sowel die direkteur se plig tot sorg en vaardigheid as die beginsels oor die ontwikkeling en gebruik van dié toets ten einde die direkteur se sorgsaamheidsgraad te beoordeel. Die toepassing en aanpassing van hierdie toets op die praktisyn is die hoofokus van die bespreking. Die toevoeging van die sake-oordeeltoets as metode vir die geregtelike hersiening van die plig tot sorg bring mee dat die effek van die toepassing daarvan op die praktisyn in die noodomstandighede van die maatskappy ook ondersoek moet word. Moontlike aanspreeklikheid, asook ander gevolge van die praktisyn se nienakoming van sy plig tot sorg en vaardigheid, word voorts ondersoek en geëvalueer.

## 2. Sorg en vaardigheid

Wanneer 'n maatskappy in finansiële nood verkeer, is dit uiters belangrik dat die persoon wat as praktisyn aangestel word, nie nalatig, en veral nie grof nalatig of roekeloos nie, met die maatskappy se sake en bates omgaan of ondeurdagte besluite neem nie, aangesien sodanige optrede deur 'n praktisyn heel waarskynlik tot 'n onsuksesvolle reddingspoging sal lei.<sup>9</sup> Daarom kan die hof op versoek van 'n geaffekteerde persoon of uit eie beweging die praktisyn uit sy amp onthef indien hy onbevoeg is om sy pligte uit te voer<sup>10</sup> of versuim om die toepaslike mate van sorg in die uitvoering van sy pligte aan die dag te lê.<sup>11</sup> Artikel 130(1)(b) van die wet bepaal verder dat indien 'n geaffekteerde persoon die hof nader om die praktisyn se aanstelling tersyde te stel, die aansoek gegrond kan wees op die feit dat die praktisyn, gedagtig aan die maatskappy se omstandighede, nie oor die nodige vaardighede beskik nie.<sup>12</sup>

Hierdie bepalings, tesame met die bepalings in artikel 138 en die regulasies ingevolge die wet, bevestig dat die huidige Maatskappywet wel groter klem op die praktisyn se kennis en ondervinding plaas, anders as die vorige Maatskappywet 61 van 1973 wat nie juis die geregtelike bestuurder se kennis en ondervinding beklemtoon het nie.<sup>13</sup> Die King III-verslag beaam dié siening en stel dit duidelik dat dit in alle rolspelers se belang is om 'n bekwame reddingspraktisyn te hê.<sup>14</sup>

Ook in die *Fisheries Development Corporation*-saak het regter Margo sekere beginsels oor die direkteur se plig tot sorg en vaardigheid geïdentifiseer.<sup>15</sup> Een daarvan was die volgende:

The extent of a director's duty of care and skill depends to a considerable degree on the nature of the company's business and on any other particular obligation assumed or assigned to the specific director.<sup>16</sup>

Hierdie stelling geld ook vir die praktisyn. Sy plig tot sorg en vaardigheid sal in 'n groot mate afhang van die heersende omstandighede van die maatskappy in nood, onder meer die omvang van die finansiële nood, en natuurlik ook die verpligtinge wat die wet en die reddingsplan aan hom oplê. In die oorweging van die praktisyn se nakoming van die plig tot sorg en vaardigheid, is dit ook belangrik om in gedagte te hou dat die praktisyn in noodomstandighede werk, wat sy besluite en optrede sal beïnvloed.<sup>17</sup>

### 2.1 Die redelike praktisyn

Gemeenregtelik word die maatstaf van die redelike persoon, die *bonus paterfamilias*, gebruik om te bepaal of 'n dader nalatig opgetree het; indien die dader afgewyk het van die sorg, agsaamheid of versigtigheid wat die redelike persoon in die omstandighede<sup>18</sup> aan die dag sou gelê het,<sup>19</sup> maak hy hom aan verwytbare of blaamwaardige nalatige gedrag skuldig.<sup>20</sup> Alhoewel as uitgangspunt aanvaar word dat die redelike persoon 'n objektiewe standaard daarstel waaraan alle persone moet voldoen, kan dadersubjektiewe faktore ook 'n rol speel. In *Harrington v Transnet Ltd t/a Metrorail*<sup>21</sup> word verklaar: "There is a general consensus ... that the knowledge possessed by the actor is a relevant consideration in the make-up of his counterpart, the hypothetical reasonable man." In die geval van deskundiges word die redelikepersoon-toets aangevul deur 'n redelike mate van die toepaslike deskundigheid.<sup>22</sup> Daarom is die toets vir nalatigheid ten aansien van die beoefening van 'n deskundige aktiwiteit dié van die redelike deskundige, soos die redelike ouditeur of rekenmeester.<sup>23</sup>

Ons reg aanvaar dat direkteure in die uitvoering van hul verpligtinge met die nodige sorg, vaardigheid en noulettendheid moet optree,<sup>24</sup> en ingevolge die gemenerereg moet die direkteur met soveel sorg optree as wat van 'n redelike persoon in dieselfde omstandighede verwag sou word.<sup>25</sup> Die redelikepersoon-toets het dus ook in die korporatiewe sfeer 'n rol te speel om vas te stel of 'n persoon in 'n bepaalde situasie gepas opgetree het. Die toets is deels objektief vir sover die "standard of conduct of the notional reasonable person" toegepas word, maar ook deels subjektief vir sover in ag geneem word dat die redelike persoon deel is van dieselfde groep of klas as die dader, in dieselfde kringe as hy beweeg en oor dieselfde kennis beskik.<sup>26</sup>

Die benadering ingevolge artikel 76(3)(c) van die wet toon ook sowel 'n objektiewe as 'n subjektiewe maatstaf<sup>27</sup> om die direkteur en dus ook die praktisyn se optrede te toets.<sup>28</sup> Die gemeenregtelike toets in hierdie verband is derhalwe ingevolge die wet gekodifiseer.<sup>29</sup>

Alvorens die implikasies van die toets oorweeg kan word, behoort daar egter eers op die bewoording daarvan in die wet gelet te word.

Artikel 76(3)(c)(i) bepaal dat 'n ondernemingsreddingspraktisyn van 'n maatskappy, wanneer hy in daardie hoedanigheid optree, die bevoegdhede moet uitoefen en die funksies moet uitvoer van 'n praktisyn met *die mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid wat redelikerwys verwag kan word* van 'n persoon wat dieselfde funksies as dié van daardie praktisyn met betrekking tot die maatskappy uitvoer. Subartikel 1 van hierdie bepaling verwoord die objektiewe deel van die toets.<sup>30</sup> Die vraag is dus of 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede op dieselfde wyse sou opgetree het. Dit impliseer dat daar reeds 'n

subjektiewe element in hierdie deel van die toets bestaan: Die toets verwys immers na 'n redelike *praktisyn*, en nie na 'n redelike *persoon* nie, en verder word die persoon in dieselfde unieke omstandighede geplaas.<sup>31</sup> Volgens Naudé is die maatstaf vir 'n redelike persoon, die *bonus diligens paterfamilias*, in ieder geval nie sonder subjektiewe elemente nie, alhoewel dit meestal 'n objektiewe inslag het.<sup>32</sup> Dit blyk ook, soos gemeld, uit die gemeenregtelike toepassing van die redelikepersoon-maatstaf.

Indien die direkteur se posisie in hierdie verband met dié van die praktisyn vergelyk word, blyk die volgende: die bepaling dui daarop dat daar 'n sekere standaard van optrede van 'n direkteur verwag word, welke standaard hoër is as vir die man op straat. Hierdie stelling behoort egter gekwalifiseer te word aan die hand daarvan dat persone wat as direkteure aangestel word, nie oor enige spesiale kennis of kundigheid hoef te beskik nie.<sup>33</sup> Die hoër standaard van optrede is daarin geleë dat die direkteur in 'n posisie van vertroue teenoor die maatskappy staan en met 'n ander se eiendom handel, en daarom word daar van hom verwag om groter sorg aan die dag te lê. Daarteenoor word die praktisyn van 'n maatskappy juis vanweë sy kundigheid oor, en ervaring van, herstrukturering of redding aangestel. Die praktisyn wat aangestel word om die maatskappy te red, sal moontlik as 'n herstruktureringkundige beskou kan word vanweë sy ervaring en opleiding.<sup>34</sup> Die belangrikste oorweging in hierdie verband is dus dat indien die persoon 'n kundige is, hy met 'n redelike deskundige vergelyk moet kan word.<sup>35</sup> As deskundige behoort 'n praktisyn dus in 'n sekere mate aan die toets van die redelike deskundige onderwerp te kan word.<sup>36</sup> Aangesien die praktisyn ingevolge die regulasies verskillende grade van ervaring en opleiding kan hê, sal die subjektiewe elemente van die toets belangrik wees.

Artikel 76(3)(c)(ii) bevat die subjektiewe toets en bepaal dat 'n reddingspraktisyn, wanneer hy in daardie hoedanigheid optree, 'n praktisyn se bevoegdhede moet uitoefen en funksies moet uitvoer met die mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid wat redelikerwys verwag kan word van 'n persoon met daardie praktisyn se algemene kennis, vaardigheid en ervaring.<sup>37</sup> In hierdie geval word die praktisyn se optrede met dié van 'n praktisyn met dieselfde vlak van kennis en ervaring vergelyk.<sup>38</sup> Dit impliseer noodwendig 'n vooroordeel ten gunste van onervare troupligtiges, terwyl die toets méér van 'n ervare troupligtige vereis.<sup>39</sup> In die geval van die praktisyn beteken dit dat die senior of ervare praktisyn ingevolge regulasie 127(3)–(5) van die wet aan 'n hoër standaard van optrede as die junior praktisyn moet voldoen.<sup>40</sup> Daar word in hierdie verband met Du Plessis saamgestem dat die invoeging van die subjektiewe elemente van die toets sinvol was omdat dit toesien dat appels met appels vergelyk word.<sup>41</sup> Die invoeging van die subjektiewe element was derhalwe nodig om die beginsels van billikheid en regverdigheid by die toets in te sluit.

Die vraag ontstaan nou watter maatstaf in watter omstandighede sal geld indien die praktisyn se optrede aan die hand van sowel 'n objektiewe as 'n subjektiewe maatstaf gemeet moet word. Daar word aan die hand gedoen dat die objektiewe maatstaf die belangrikste is. Die praktisyn behoort allereers die mate van sorg en vaardigheid aan die dag te lê wat van 'n redelike praktisyn verwag sou word.<sup>42</sup> Tog is 'n maatstaf wat slegs objektief van aard is, te streng en neem dit nie die persoon se unieke omstandighede in ag nie.<sup>43</sup> Daarom behoort die subjektiewe maatstaf altyd as 'n tweede toets toegepas te word om die redelikheid van die optrede te bepaal.<sup>44</sup>

Die implikasies hiervan vir die praktisyn is soos volg: (i) Het hy in sy optrede dieselfde mate van sorg, vaardigheid en noulettendheid aan die dag gelê as wat 'n redelike praktisyn in



dieselfde omstandighede sou gedoen het? (ii) Veroorsaak sy persoonlike eienskappe en kwalifikasies dat hy aan 'n hoër standaard as slegs dié van die redelike praktisyn moet voldoen?

## 2.2 Die sake-oordeeltoets

Die sogenaamde sake-oordeeltoets (“business judgment rule”) het sy oorsprong in die Amerikaanse reg.<sup>45</sup> Dit is by die Suid-Afrikaanse reg ingesluit om 'n standaard van geregtelike hersiening vir die oorweging van direkteure se besluite en optrede daar te stel. Onderliggend aan die sake-oordeeltoets is die idee dat 'n direkteur nie vir die gevolge van sy besluite of sy optrede in 'n gegewe situasie aanspreeklik gehou behoort te word indien hy in goeie trou gehandel het en geglo het dat sy optrede in die maatskappy se belang sal wees nie.<sup>46</sup>

Dit gebeur gereeld in die sakewêreld dat direkteure 'n maatskappy aan sekere berekende risiko's blootstel om 'n voordeel vir die maatskappy te bewerkstellig. Soms loop hierdie risiko's op nadeel vir die maatskappy uit. Die sake-oordeeltoets probeer voorkom dat die howe, sonder enige besigheidskennis en met die voordeel van nakennis, die direkteure se besluite in twyfel trek.<sup>47</sup> “It is a rule of restraint that prevents a court from interfering, with the benefit of hindsight, in honest and reasonable business decisions of the directors of the company.”<sup>48</sup>

Gemeenregtelik moes die direkteur sy diskresie onbelemmerd uitoefen. Hierdie gemeenregtelike beginsel is verwant aan die sake-oordeeltoets, aangesien dit ook die direkteur teen onnodige inmenging deur die howe beskerm het.<sup>49</sup> Die beginsel is dat die direkteure in die beste posisie is om besluite oor die sake van die maatskappy te neem en dat die howe nie sonder meer daarby betrokke moet raak nie.<sup>50</sup>

Die praktisyn kan hom natuurlik in 'n soortgelyke situasie bevind. Dit impliseer dat die praktisyn gedurende die reddingsverrigtinge as 'n noodmaatreël in die sake van die maatskappy kan ingryp om redding te bewerkstellig, maar dat daardie ingryping nie uitwerk nie en nadelige gevolge vir alle belanghebbendes het. Die vraag wat hier ontstaan, is of die praktisyn vir daardie nadelige gevolge aanspreeklik gehou kan word. Dit sou inderdaad maklik vir die hof of selfs belanghebbendes wees aan te toon waar die praktisyn verkeerd opgetree en hoe daardie optrede tot die nadeel bygedra het, maar dit neem geensins al die relevante omstandighede en oorwegings van die praktisyn in ag nie.<sup>51</sup>

Die enigste wyse, soos voorsien in die wet, om te kan vasstel of die direkteur, en dus ook die praktisyn, sy plig tot sorg en vaardigheid nagekom het, is om die sake-oordeeltoets op die gegewe feite toe te pas.<sup>52</sup> Dié toets word in artikel 76(4) van die wet vervat en bepaal dat 'n reddingspraktisyn met betrekking tot enige spesifieke aangeleentheid wat in die uitoefening van sy bevoegdhede of die uitvoering van sy funksies kan ontstaan, sy plig nagekom het om in die maatskappy se belang en met sorg en vaardigheid op te tree indien hy aan sekere vereistes voldoen het. Die vereistes word vervolgens oorweeg en bespreek.

Die eerste vereiste is dat die praktisyn redelike stappe moet gedoen het om oor die aangeleentheid ingelig te word.<sup>53</sup> Hierdie vereiste impliseer dat hy eers inligting moet inwin voordat hy op enige wyse optree of 'n besluit oor iets neem.<sup>54</sup> Die wet verwys na “redelike stappe”, wat beteken dat die redelikepraktisyn-toets wat hier bo bespreek is, toegepas sal

word om te kan vasstel of die praktisyn se ondersoek na die omstandighede wel aan die vereiste van redelikheid voldoen het.<sup>55</sup> Sou 'n redelike praktisyn dus dieselfde stappe in dieselfde omstandighede gedoen het? Dit is ook belangrik om in hierdie verband te noem dat 'n redelike praktisyn nie die inligting wat aan hom voorsien word, blindelings sal volg nie, maar sy oordeel in die oorweging daarvan sal gebruik.<sup>56</sup> In hierdie verband kan daar verwys word na die verkeerde optrede van die praktisyn in die *Kariba*-uitspraak: "He never attempted to obtain an objective assessment of facts upon which he could make a proper assessment of prospects of success."<sup>57</sup>

Die tweede vereiste is dat die praktisyn geen wesenlike persoonlike finansiële belang by die onderwerp van die besluit moet hê nie, en geen redelike gronde moet gehad het om te besef dat enige verwante persoon 'n persoonlike finansiële belang by die saak gehad het nie.<sup>58</sup> Artikel 1 van die wet omskryf 'n persoonlike finansiële belang as 'n persoon se regstreekse wesenlike belang van 'n finansiële, monetêre of ekonomiese aard, of waaraan 'n monetêre waarde toegeskryf kan word.<sup>59</sup> Artikel 1 omskryf ook die woord "wesenlik" as so beduidend in die omstandighede van 'n bepaalde aangeleentheid dat dit van belang is in die bepaling daarvan of dit 'n persoon se oordeel of besluitneming in die aangeleentheid redelik kan beïnvloed.<sup>60</sup> Die finansiële belang waarna artikel 75 van die wet en die sake-oordeeltoets verwys, moet dus beduidend wees; trouens, so beduidend dat dit die persoon se besluite in die gegewe saak sal beïnvloed. 'n Meevallertjie van onbeduidende finansiële, monetêre of ekonomiese aard sou dus nie as 'n persoonlike finansiële belang beskou word nie.

Indien die praktisyn wel 'n persoonlike finansiële belang by 'n aangeleentheid het, is die derde vereiste van die sake-oordeeltoets dat hy die voorwaardes in verband daarmee ingevolge artikel 75 moet nakom.<sup>61</sup> Artikel 75(4) vereis dat die praktisyn die geaffekteerde persone skriftelik van enige persoonlike finansiële belange moet inlig. Indien die praktisyn of 'n verwante persoon 'n persoonlike finansiële belang het by 'n saak wat voor 'n vergadering van enige geaffekteerde persone dien, moet hy die belang aan die geaffekteerde persone openbaar. Die praktisyn behoort redelike stappe te doen om vas te stel of enige persoon wat aan hom verwant is, 'n moontlike belang by die saak het. Hy moet enige wesenlike inligting, asook die algemene aard van die belang, aan die geaffekteerde persone openbaar. Hoewel daar nie van die praktisyn verwag kan word om die vergadering te verlaat terwyl die geaffekteerde persone die aangeleentheid oorweeg nie, behoort hy 'n veiligheidsmaatreeël te tref, soos om sy plig om die vergadering te lei aan 'n onafhanklike derde party te delegeer. Hy behoort hom ook daarvan te weerhou om enige mening oor die aangeleentheid by die vergadering te opper.<sup>62</sup> Indien hy ná sy aanstelling 'n persoonlike finansiële belang verkry, moet hy die geaffekteerde persone daarvan verwittig.<sup>63</sup> Indien die praktisyn hierdie stappe gedoen het, voldoen hy aan dié vereiste van die sake-oordeeltoets.

Die vierde vereiste behels dat indien die praktisyn met betrekking tot 'n spesifieke saak 'n besluit geneem of gesteun het, hy rasonele gronde moet gehad het om te glo, en inderdaad geglo het, dat die besluit in die maatskappy en die belanghebbendes se beste belang was.<sup>64</sup> Hierdie vereiste handel oor die rasionaliteit van die praktisyn se besluit. Rasionaliteit word objektief beoordeel.<sup>65</sup> Indien 'n redelike praktisyn in dieselfde omstandighede dus die gronde vir die besluit as irrasioneel sou beskou, word daar nie aan hierdie vereiste voldoen nie.<sup>66</sup> Dit is kommerwekkend dat die toets op hierdie punt van *rasionaliteit*, en nie *redelikheid* nie, gebruik maak. Cassidy meen dat dit die maatstaf verswak deurdat 'n persoon 'n "onredelike" besluit kan neem, maar geen probleme sal ondervind solank die besluit net nie irrasioneel is nie.<sup>67</sup> Rasionaliteit behoort nie as onafhanklik van die res van die sake-oordeeltoets beskou te



word nie, maar eerder as 'n verdere faktor aan die hand waarvan die praktisyn se optrede gemeet kan word. Die redelikheid van sy optrede behoort dus as eerste oorweging en die rasionaliteit daarvan as aanvullende faktor te dien.

Laastens is die praktisyn van 'n maatskappy in nood daarop geregtig om met betrekking tot enige spesifieke aangeleentheid wat in die uitoefening van sy bevoegdheids of die uitvoering van sy funksies ontstaan, staat te maak op die dienste van regsadviseurs, rekenmeesters of ander professionele persone wat die maatskappy of 'n komitee aangestel het met betrekking tot sake wat vaardigheid of kundigheid behels en wat die praktisyn redelikerwys as ter sake beskou.<sup>68</sup> Hierdie vereiste is baie belangrik. Aangesien sommige van die praktisyn se verpligtinge ingewikkeld is, sal daar gevalle wees waar hy hom op die advies van ander kundiges moet verlaat. Dit sal byvoorbeeld nie vreemd wees vir 'n praktisyn wat 'n rekeningkundige is om 'n prokureur te nader vir regsadvies oor die kontrakte van die maatskappy in nood nie. Die sake-oordeeltoets maak derhalwe voorsiening daarvoor dat die praktisyn op kundige advies kan staatmaak. Artikel 140 van die wet bepaal ook dat die praktisyn adviseurs kan aanstel om hom behulpsaam te wees.

In *Murgatroyd v Van den Heever*<sup>69</sup> is die uitgawes wat die praktisyn vir deskundige advies aangegaan het, bevraagteken. Dié uitgawes het onderskeidelik R1 219 332,28, R428 414,74 en R272 523 beloop. Alhoewel die praktisyn ingevolge artikel 140(1) en (2) die bevoegdheid het om adviseurs aan te stel en om ingevolge artikel 143(1) en regulasie 128(3) die uitgawes terug te eis wat hy in die uitoefening van sy pligte aangaan, het die respondente (likwidateurs) 'n probleem gehad om die eis uit te betaal. Hul argument was dat die uitgawes nie redelikerwys noodsaaklik was vir die praktisyn om sy funksies uit te voer of die redding te bewerkstellig nie.<sup>70</sup> Die praktisyn se teenargument was dat hy die advies nodig gehad het omdat die maatskappy baie groot was, by meer as 50 projekte betrokke was en meer as 2 700 werknemers en 1 500 skuldeisers gehad het. In hierdie geval bevind die hof dat die praktisyn wel daarop geregtig was om adviseurs aan te stel:

His functions and duties are broad and require a variety of steps to be taken. The very nature of a practitioner's powers implies that he may in appropriate circumstances appoint advisors, valuers, auctioneers, forensic accountants, lawyers and other experts or persons to assist him in the carrying out of his plenary functions.<sup>71</sup>

Dit bevestig dat die praktisyn die sake-oordeeltoets sal slaag indien hy hom op die kundigheid van enige van die bogenoemde adviseurs verlaat het.

Die sake-oordeeltoets neem dus duidelik die heersende omstandighede van die maatskappy in nood en, derhalwe, van die praktisyn in ag by die oorweging of hy sy plig tot sorg en vaardigheid nagekom het. Die argument dat die hof, soos in die geval van die direkteur, nie sommer met die praktisyn se besluite moet inmeng nie, kan moontlik ook hier van toepassing wees. Daar moet egter oorweeg word dat aangesien die praktisyn op geen ander wyse gereguleer word nie, die belanghebbende partye hulle tot die hof moet kan wend om die praktisyn se besluite te laat hersien.

### 3. 'n Oorsig van die praktisyn se kwalifikasies en ervaring

Dit blyk duidelik uit bostaande bespreking dat die praktisyn se kwalifikasies, vaardighede en ervaring 'n groot rol in die redelikepraktisyn-toets vir nalatige of roekelose optrede speel.

Die kwalifikasies van persone wat as reddingspraktisyns aangestel kan word, asook die vereistes waaraan hulle moet voldoen, was al voor die inwerkingtreding van die wet 'n belangrike en omstrede kwessie. Die Maatskappywet 61 van 1973 het nie bepalings oor die kwalifikasievereistes van geregtelike bestuurders bevat nie. Die huidige Maatskappywet lê egter baie klem op die praktisyn se kwalifikasies, vaardighede en ervaring. Dit is duidelik te bespeur in die bepalings van hoofstuk 6 en die regulasies ingevolge die wet.

Ingevolge artikel 138 moet die persoon wat as praktisyn aangestel word, 'n lid met 'n goeie naam of reputasie in die regs-, rekeningkundige of ondernemingsbestuurberoep wees.<sup>72</sup> Lidmaatskap van hierdie professies op sigself dui egter nie op 'n persoon se vermoë om die maatskappy te red nie, tensy die lidmaatskap as't ware van die persoon se vermoëns getuig.<sup>73</sup> Volgens Pretorius sal regspraktisyns en rekeningkundiges gewoonlik konsultasiewerk verrig en as onafhanklike buitelanders advies verskaf, maar hulle is in die reël verwyderd van bestuurstake.<sup>74</sup> Die probleme van 'n maatskappy in finansiële nood is selde beperk tot finansiële of regheskessies en is dikwels juis bestuursverwant.<sup>75</sup> Die feit dat 'n prokureur aan die prokureursprofessie behoort, beteken derhalwe nie dat hy noodwendig oor die vermoë beskik om die ingewikkelde take van 'n praktisyn uit te voer nie. So 'n persoon se kennis val gewoonlik slegs binne 'n regsfeer, wat in isolasie waarskynlik nie tot 'n voordelige uitkoms vir die maatskappy in nood sal bydra nie.<sup>76</sup> Lidmaatskap van een van die genoemde professies waarborg dus nie dat 'n praktisyn oor die bevoegdheids beskik wat nodig sal wees om 'n redding te kan bewerkstellig nie.

In hierdie verband moet ook verwys word na die stelreël *imperitia culpa adnum-eratur*, wat letterlik vertaal beteken dat onkundigheid of onbekwaamheid as nalatigheid gereken word.<sup>77</sup> Die stelreël is egter misleidend, aangesien daar in ons reg aanvaar word dat blote onkunde op sigself nie as nalatigheid gesien word nie. Waar die beginsel in die reël vervat wel toepassing vind, is waar 'n persoon 'n aktiwiteit onderneem waarvoor deskundige kennis vereis word en die betrokke persoon weet, of redelikerwys behoort te weet, dat hy die aktiwiteit nie behoort te verrig nie omdat hy nie oor die nodige kennis beskik nie.<sup>78</sup> Indien 'n persoon byvoorbeeld selfs 'n prokureur is wat 'n goeie naam in sy professie het, maar geen kennis of ervaring van bestuursake het nie, sal sy optrede as praktisyn geredelik as nalatig beoordeel word omdat hy na alle waarskynlikheid weet, of redelikerwys behoort te weet, dat hy nie die taak van praktisyn kan behartig nie.

Wat die ervaring van die praktisyns betref, maak die regulasies ingevolge die wet voorsiening vir die indeling van maatskappye in klein, medium- en groot maatskappye, waarby maatskappye in staatsbesit ingesluit word.<sup>79</sup> Die regulasies bepaal voorts dat daar sekere groepe reddingspraktisyns, naamlik junior,<sup>80</sup> ervare<sup>81</sup> en senior praktisyns,<sup>82</sup> bestaan. Hierdie groepe praktisyns word verder by verskillende groottes maatskappye ingedeel om aan te dui watter tipe praktisyn die geskikste vir 'n spesifieke maatskappy sal wees. So byvoorbeeld maak die regulasies voorsiening daarvoor dat junior, ervare en senior praktisyns as reddingspraktisyns vir klein maatskappye aangestel mag word;<sup>83</sup> dat ervare en senior praktisyns as reddingspraktisyns vir 'n mediumgrootte maatskappy aangestel mag word waar 'n junior praktisyn slegs as assistent mag optree,<sup>84</sup> en dat slegs 'n senior praktisyn as

reddingspraktisyn vir 'n groot maatskappy of 'n maatskappy in staatsbesit aangestel mag word, terwyl junior en ervare praktisyns slegs as assistente mag optree.<sup>85</sup>

Die wet lê dus aansienlik meer klem op die ondervinding van die persoon wat as reddingspraktisyn aangestel word en probeer byvoorbeeld verhoed dat onervare, oftewel junior, praktisyns aangestel word om groot maatskappye te probeer red.

By die indeling van die praktisyns in die groepe van senior, ervare en junior praktisyns maak regulasie 127(2)(c) ingevolge die wet verder melding van ondervinding van “business turnaround practice”, oftewel die praktyk van ondernemingsredding. Die regulasie verskaf ook 'n definisie vir die praktyk van ondernemingsredding, naamlik aktiwiteite van 'n professionele aard waarby 'n persoon betrokke is en wat vergelykbaar met die funksies van 'n praktisyn is.<sup>86</sup> Daar kan dus aanvaar word dat die meer ervare praktisyn 'n sekere vlak van kennis en ervaring met betrekking tot die funksies het wat met reddingsaktiwiteite gepaard gaan.

Voorts bepaal artikel 139(2)(a) dat die hof op versoek van 'n geaffekteerde persoon óf uit eie beweging 'n praktisyn van sy amp kan onthef op grond daarvan dat hy onbevoeg is of versuim het om die pligte van 'n reddingspraktisyn van die spesifieke maatskappy uit te voer.<sup>87</sup> Alhoewel hierdie artikel oor die verwydering van die praktisyn weens onbevoegdheid gaan, word beklemtoon dat daar 'n sekere mate van kennis en moontlik deskundigheid van die praktisyn verlang word. Dié klem op die bevoegdheid van die praktisyn ten spyte, verskaf die wet geen duidelikheid oor wat presies daarmee bedoel word nie.<sup>88</sup>

Sowel die IRBA- as die SAICA-gedragskode bevat voorskrifte oor die sorg wat hul lede in die uitvoering van hul pligte aan die dag moet lê. Volgens die kodes is dit 'n beginsel van professionele bevoegdheid en sorgsaamheid vir lede om 'n sekere vlak van professionele kennis en vaardigheid te handhaaf ten einde te verseker dat hul kliënte bekwame diens ontvang.<sup>89</sup> Die kodes bepaal verder dat die handhawing van professionele bevoegdheid deurlopende bewustheid en begrip van al die relevante tegniese, professionele en besigheidsverwikkelinge behels, wat 'n persoon in staat stel om sy vermoëns binne die professionele omgewing te ontwikkel en te handhaaf.<sup>90</sup> Die kodes beklemtoon dus nie net dat 'n persoon oor die korrekte kwalifikasies en vaardighede moet beskik om sy funksies uit te voer nie, maar ook dat die persoon hierdie kennis en vaardighede moet handhaaf, byvoorbeeld deur gereeld opleidingseminare by te woon of net op hoogte te bly van die jongste verwikkelinge op die gebied. Hierdie beginsels kan met gemak ook op die praktisyn in sy hoedanigheid as praktisyn van toepassing gemaak word.

#### 4. Aanspreeklikheid

Ingevolge artikel 140(3)(b) van die wet het die praktisyn die verantwoordelikhede, pligte en aanspreeklikhede van 'n direkteur van die maatskappy, soos dit in artikels 75 tot 77 uiteengesit word.<sup>91</sup> Daarom moet die direkteure se aanspreeklikheid vir die nienakoming van die plig tot sorg en vaardigheid ook ingevolge die relevante artikels oorweeg en op die praktisyn toegepas word.

#### **4.1 Hoofstuk 6 van die wet**

Daar is weinig bepalings in hoofstuk 6 oor die aanspreeklikheid van praktisyns in gevalle waar hulle hul plig tot sorg en vaardigheid versuim. Kragtens artikel 140(3)(c)(ii) kan die praktisyn gedurende die reddingsverrigtinge ooreenkomstig enige relevante wetsbepaling aanspreeklik gehou word vir die gevolge van enige doen of late wat op growwe nalatigheid in die uitoefening van sy bevoegdhede en die uitvoering van sy funksies neerkom. Dit lyk dus of die wet hier bepaal dat die praktisyn slegs in gevalle van growwe nalatigheid aanspreeklik sal wees.<sup>92</sup>

#### **4.2 Artikels 75 tot 77 van die wet**

In die bespreking van die sake-oordeeltoets is reeds genoem dat die bepalings van artikel 76(4) gebruik sal word om die praktisyn se optrede te beoordeel by die vraag na sy behoorlike nakoming van sy plig tot sorg en vaardigheid. Indien die praktisyn nie aan die vereistes van die sake-oordeeltoets voldoen nie, word daar aanvaar dat hy nie met die nodige mate van sorg en vaardigheid opgetree het nie, en kan hy op grond van pligsversuim aanspreeklik gehou word. Die toets van die redelike praktisyn tesame met die sake-oordeeltoets kan derhalwe tot die aanspreeklikheid van die praktisyn lei.

Aanspreeklikheid vir versuim van die plig tot die nodige sorg en vaardigheid word ingevolge artikel 77(2)(b) van die wet gereguleer. Hierdie artikel bepaal dat 'n reddingspraktisyn aanspreeklik gehou kan word in ooreenstemming met gemeenregtelike deliksbeginsels vir enige verlies of skade wat die maatskappy ly, of koste wat die maatskappy moet aangaan as gevolg van enige versuim deur die praktisyn om sy plig tot sorg en vaardigheid na te kom.<sup>93</sup> Dit impliseer dat die gemeenregtelike beginsels oor aanspreeklikheid weens nalatigheid hier toegepas moet word. Om met 'n deliktuele aksie teen die praktisyn te slaag, moet al die elemente van 'n delik gevolglik bewys word.<sup>94</sup> In hierdie verband kan dieselfde beginsels wat vir direkteure se deliktuele aanspreeklikheid ontwikkel en toegepas is, sonder veel aanpassing op die praktisyn van toepassing gemaak word.

Indien 'n direkteur ingevolge artikel 77(2)(b) vir 'n pligsversuim op grond van artikel 77(3)(c) aangespreek word, sal die maatskappy so 'n aksie moet instel, aangesien die direkteur hierdie verpligtinge aan die maatskappy verskuldig is.<sup>95</sup> In die geval van die praktisyn, daarenteen, sal enige geaffekteerde persoon daarop geregtig wees om 'n aksie vir 'n gebrek aan sorg en vaardigheid teen hom in te stel, aangesien die praktisyn sy verpligtinge aan enige van hierdie persone verskuldig is. So 'n interpretasie van hierdie artikel stem ooreen met die bepalings van hoofstuk 6 van die wet.

Nietemin is dit so dat selfs in gevalle waar daar bevind word dat die praktisyn nie sy verpligtinge nagekom het nie, hy van aanspreeklikheid kwytgeskeld kan word. Die bepalings van artikel 77(9)(a) van die wet is ter sprake. Hierdie artikel bepaal dat die hof in enige verrigtinge teen 'n praktisyn, buiten vir opsetlike wangedrag of opsetlike vertrouensbreuk, sodanige praktisyn ten volle of gedeeltelik kan vrystel van enige aanspreeklikheid wat in hierdie artikel uiteengesit word op enige voorwaardes wat die hof as regverdig beskou, indien dit vir die hof lyk of die praktisyn aanspreeklik is of kan wees, maar eerlik en redelik opgetree het.<sup>96</sup> As alternatief kan die hof met inagneming van al die omstandighede van die saak, ook dié wat met die aanstelling van die praktisyn verband hou, dit as billik beskou om

die praktisyn te verskoon.<sup>97</sup> Daarom is eerlikheid en redelikheid die twee vereistes wat hier van belang is om met artikel 77(9)(a) te slaag.

Daar is vroeër reeds na die subjektiwiteit van eerlikheid verwys.<sup>98</sup> Nietemin is dit belangrik dat die praktisyn die hof probeer oortuig dat hy nie bedrieglik opgetree het nie. In *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd*<sup>99</sup> is bevind dat die vereiste van “eerlikheid” inhou dat die hof nie die direkteur van bedrieglike handeling kan verskoon nie. Hierdie beginsel sal ook op die praktisyn van toepassing wees. Indien getuienis dus daarop dui dat die praktisyn misleidend en bedrieglik met betrekking tot ’n spesifieke aangeleentheid opgetree het, sal hy hom nie op hierdie artikel kan beroep nie.

Aangesien die tweede vereiste vir kwytstelling ingevolge artikel 77(9)(a) “redelikheid” is, ontstaan die vraag of die praktisyn steeds op die artikel kan staatmaak indien hy nalatig opgetree het. Nalatigheid word immers aan die hand van ’n redelikeheidsmaatstaf gemeet. In die Engelse saak van *PNC Telecom plc v Thomas* is bevind dat ’n direkteur redelik kon opgetree het selfs waar hy nalatig was.<sup>100</sup> In hierdie saak het die direkteur, sonder om bedrieglik op te tree, hom in ’n posisie geplaas waar sy pligte en belange in stryd met dié van die maatskappy was.<sup>101</sup> Die hof bevind dat hy nalatig versuim het om sy plig na te kom omdat hy nie opgetree het soos wat redelikerwys van iemand in sy posisie verwag kon word nie.<sup>102</sup> Sodanige benadering is bepaald absurd. Dit is onlogies om te bevind dat ’n persoon op grond van die redelikheidstoets sy plig versuim het, maar om hom dan op grond van dieselfde toets van aanspreeklikheid vir die versuim kwyt te skeld. Indien die praktisyn dus nalatig opgetree het, behoort hy, ten spyte van sy eerlikheid, nie aan hierdie bepaling te kan voldoen nie.

In *Lebowa*<sup>103</sup> wys regter Stegmann ook daarop dat dit onseker is wat die wetgewer met die voorskrif<sup>104</sup> in gedagte gehad het. Hy verklaar:

The provision ... envisages a situation in which a director's act or omission may be found to be both “negligent” and “reasonable” at one and the same time. Since an act (or omission) is only “negligent” if it is something which would not have been done (or left undone) by a reasonable man acting reasonably, there is some uncertainty as to what the Legislature can have had in mind when it empowered the Court to relieve a director from liability to the company for his negligence, provided that he acted “reasonably”. The concept of “reasonable negligence” appears on the face of it to be self-contradictory.

Met verwysing na *Niagara Ltd (in Liquidation) v Langerman*,<sup>105</sup> waar die hof bevind het dat growwe nalatigheid nie redelike optrede daarstel nie, doen regter Stegmann aan die hand dat vir doeleindes van die voorskrif die mate van afwyking van die standaard van die redelike persoon (en dus die erns van sy nalatigheid), ’n bevinding van die redelikheid al dan nie van die optrede van die direkteur sal beïnvloed: “In the case of *culpa levissima*, reasonableness may be found relatively easily; in the case of *culpa levis* less easily; and in the case of *culpa lata* or gross negligence ... reasonableness may virtually never be found.”

Hierdie bepaling en die strekking daarvan bly egter onduidelik en verg ’n diepgaande ondersoek na die invloed daarvan op die aanspreeklikheid van direkteure en dus ook praktisyns.



Artikel 77(9)(b) handel oor kwytsekding in gevalle waar die hof op grond van die omstandighede bevind dat dit billik is om die persoon van aanspreeklikheid vry te stel. Daar bestaan egter nie duidelikheid oor watter faktore hiertoe sal lei nie. Subartikel (b) kan egter wel toegepas word in gevalle van nalatige optrede deur die praktisyn.<sup>106</sup> Die omstandighede en die oorwegings wat 'n kwytsekding regverdig, behoort uiteraard uitsonderlik en buitengewoon te wees. Tog is dit moeilik om sodanige omstandighede te voorsien, en die hof sal dus die omstandighede en die billikheid daarvan van saak tot saak moet vasstel.

#### **4.3 Konflik tussen bepalings van hoofstuk 6 en artikels 76 en 77**

Uit bostaande blyk duidelik dat daar 'n konflik bestaan tussen die bepalings oor aanspreeklikheid in hoofstuk 6 en die bepalings in artikels 76 en 77 van die wet. Ingevolge hoofstuk 6 sal die praktisyn aanspreeklik gehou kan word slegs indien hy met growwe nalatigheid opgetree het.<sup>107</sup> Daarteenoor sal 'n praktisyn ingevolge die bepalings van artikels 76 en 77 vir gewone nalatigheid aanspreeklik gehou kan word.<sup>108</sup> Dit blyk dus dat die praktisyn aan twee verskillende standaarde van sorg gemeet sal word.

Daar word aan die hand gedoen dat dit waarskynlik die bedoeling van die wetgewer was om die standaard in hoofstuk 6 te laat geld. Dít beteken dat die praktisyn se aanspreeklikheid vir nalatige optrede aan die hand van die bepalings oor ondernemingsreddingsverrigtinge in die wet bepaal sal word, en nie volgens die bepalings in artikels 76 en 77 nie. Dit bring natuurlik mee dat die standaard van optrede wat van die praktisyn verwag word, laer is as wat van direkteure verwag word.

Die verskil in betekenis tussen “nalatigheid” en “growwe nalatigheid” is in *Fisheries Development Corporation* oorweeg.<sup>109</sup> Hier word uitgelig dat growwe nalatigheid iets meer as gewone nalatigheid behels en dat dit inderwaarheid aan roekeloosheid gelykgestel kan word.<sup>110</sup> In hierdie beslissing word dit ook gestel dat roekeloosheid iewers tussen gewone nalatigheid en oneerlikheid lê (dit wil sê waar die optrede opsetlik geskied het).<sup>111</sup>

Daar word aan die hand gedoen dat die volgende beskrywing van growwe nalatigheid deur die hoogste hof van appèl in *MV Stella Tingas: Transnet Ltd t/a Portnet v Owners of the MV Stella Tingas*<sup>112</sup> verhelderend is, en daarom ook toegepas behoort te word waar growwe nalatigheid wel vir aanspreeklikheid vereis word:

[T]o qualify as gross negligence the conduct in question, although falling short of *dolus eventualis*, must involve a departure from the standard of the reasonable person to such an extent that it may properly be categorized as extreme; it must demonstrate, where there is found to be conscious risk-taking, a complete obtuseness of mind or, where there is no conscious risk-taking, a total failure to take care. If something less were required, the distinction between ordinary and gross negligence would lose its validity.

By die oorweging van 'n persoon se optrede om vas te stel of dit roekeloos of grof nalatig was, sal al die omstandighede asook alle relevante faktore oorweeg moet word ten einde te bepaal in welke mate die persoon van die standaard van die redelike persoon afgewyk het.<sup>113</sup> Hierdie oorwegings sal uiteraard van geval tot geval telkens verskil. Slegs indien sy gedrag op 'n uiterste afwyking van die redelike persoon neerkom wat op 'n algehele stompsinnigheid



of 'n totale afwesigheid van sorgsaamheid dui, sal sy gedrag as grof nalatig of roekeloos beoordeel word.

Die praktisyn van die maatskappy in nood sal in hierdie sin derhalwe eers roekeloos moet wees alvorens hy aanspreeklik gehou sal kan word vir die nienakoming van sy plig tot sorg en vaardigheid. Ten onregte. Indien die omstandighede van die maatskappy oorweeg word, naamlik dat die maatskappy reeds in finansiële nood verkeer, dat daar 'n risiko van ondergang bestaan, en dat verskeie belanghebbendes se belange benadeel kan word, maak dit nie sin om die praktisyn van gewone nalatigheid te verskoon deur hom slegs op grond van growwe nalatigheid aanspreeklik te stel nie. Intendeel, daar behoort eerder 'n strengere standaard van optrede van die praktisyn verwag te word as van die direkteur wat die praktisyn se aanspreeklikheid veel wyer sal maak, aangesien die strekking van growwe nalatigheid veel kleiner as dié van gewone nalatigheid is. Soos reeds hier bo genoem, behoort die toets van die redelike praktisyn aangewend te word om nalatigheid te bepaal.<sup>114</sup> Bradstreet voer tereg aan dat indien die praktisyn slegs op grond van growwe nalatigheid aanspreeklik gestel word en dus aan 'n minder streng maatstaf as gewone nalatigheid gemeet word, dit tot die onnodige aangaan van risiko's in die reddingsverrigtinge kan lei.<sup>115</sup>

Die UNCITRAL-gids kan in dié verband van hulp wees:

One approach may be to require the insolvency representative to observe a standard no more stringent than would be expected to apply to the debtor in undertaking its normal business activities in a state of solvency, that of a prudent person in that position. Some States, however, may require a higher standard of prudence in such a case because the insolvency representative is not dealing with its own assets, but with assets belonging to another person. A different formulation is one based upon an expectation that the insolvency representative act in good faith for proper purposes.<sup>116</sup>

Hieruit kan afgelei word dat die gids minstens 'n standaard soortgelyk aan dié van die direkteure van die maatskappy verwag, maar dat daar wel 'n voorkeur bestaan vir 'n standaard van optrede wat strengere is as dié van die direkteure is. Om dus met die internasionale beginsels op die gebied te strook, word daar voorgestel dat die Maatskappywet gewysig word om te bepaal dat die praktisyn se optrede gemeet sal word aan die hand van die optrede wat redelikerwys verwag sou kon word van iemand in dieselfde hoedanigheid en in dieselfde omstandighede, met inagneming van daardie spesifieke praktisyn se kwalifikasies en ervaring.

## 5. Samevatting en gevolgtrekking

Dit staan vas dat die ondernemingsreddingspraktisyn 'n regsplig het om met die nodige sorg en vaardigheid met die sake van die maatskappy in nood om te gaan. Welke sorg en vaardigheid hy aan die dag moet lê, sal uiteraard in 'n groot mate afhang van die heersende omstandighede van die maatskappy. Die toets wat aangewend word om te bepaal of die praktisyn in 'n bepaalde situasie in die korporatiewe sfeer gepas opgetree het, is dié van die redelike persoon, wat ook gemeenregtelik as die maatstaf vir sorgsaamheid dien. Wyk die praktisyn van hierdie maatstaf af, word sy optrede as nalatig beoordeel. Die toets is deels objektief vir sover die redelikepersoon-standaard toegepas word, en deels subjektief vir sover

in ag geneem word dat die redelike persoon tot dieselfde groep of klas as die dader behoort, in dieselfde kringe as hy beweeg en oor dieselfde kennis beskik. As deskundige behoort 'n praktisyn tot 'n bepaalde klas en behoort daarom aan die toets van die redelike deskundige onderwerp te word. Aangesien die praktisyn ingevolge die regulasies verskillende mates van ervaring en opleiding kan hê, sal die subjektiewe elemente van die toets belangrik wees.

Die belangrikste wyse om vas te stel of die praktisyn sy plig tot sorg en vaardigheid nagekom het, is om die sake-oordeeltoets op die gegewe feite toe te pas. Hiervolgens moet die praktisyn, voordat hy optree, redelike stappe doen om oor die betrokke probleme ingelig te word; hy, of enige verwant, moet geen wesenlike finansiële belang by die saak hê nie, en indien dit wel bestaan, moet hy die nodige stappe doen om die geaffekteerde persone daarvoor in te lig; hy moet rasonale gronde gehad het om te glo, en moet inderdaad geglo het, dat die besluit in die maatskappy en die belanghebbendes se beste belang was; en hy moet met betrekking tot sake wat vaardigheid of kundigheid verg, van professionele persone gebruik maak indien hy dit redelikerwys as ter sake beskou. Hierbenewens speel die praktisyn se kwalifikasies, vaardighede en ervaring 'n groot rol in die redelikepraktisyn-toets vir nalatige of roekelose optrede.

Wat deliktuele aanspreeklikheid van die praktisyn betref vir skade wat veroorsaak is deur die verbreking van sy regsplig tot sorg en vaardigheid, bestaan daar 'n konflik of gewone nalatigheid dan wel growwe nalatigheid vereis word. Daar word aan die hand gedoen dat gewone nalatigheid voldoende behoort te wees en dat die praktisyn se optrede gevolglik gemeet moet word aan die standaard van optrede wat redelikerwys verwag sou kon word van iemand in dieselfde hoedanigheid en in dieselfde omstandighede, met inagneming van die sake-oordeelvereistes en daardie spesifieke praktisyn se kwalifikasies en ervaring, en dat die Maatskappywet dienooreenkomstig gewysig moet word.

## **Bibliografie**

Anoniem. 2015. <http://www.tma-sa.com/info-centre/articles/144-costs-of-business-rescue-practitioners-view.html> (30 Maart 2015 geraadpleeg).

Bekink, M. 2008. An historical overview of the director's duty of care and skill: From the nineteenth century to the Companies Bill of 2007. *South African Mercantile Law Journal*, 20(1):95–116.

Boberg, P.Q.R. 1984. *The law of delict: Volume one Aquilian liability*. Kaapstad: Juta.

Bradstreet, R. 2010. The leak in the Chapter 6 lifeboat: Inadequate regulation of business rescue practitioners may adversely affect lenders' willingness and growth of the economy. *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.

Cassidy, J. 2009. Models for reform: The director's duty of care in a modern commercial world. *Stellenbosch Law Review*, 2009(3):373–406.

Cassim, F. e.a. 2012. *Contemporary company law*. 2de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Cieri, R., P. Sullivan en H. Lennox. 1994. The fiduciary duties of directors of financially troubled companies. *Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 1994(3):405–22.

Cilliers, A. e.a. 2001. *Korporatiewe reg*. 3de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Delport, P. (red.) e.a. 2014. *Henochsberg on the Companies Act 71 of 2008*. Durban: LexisNexis.

De Wet, J. en A. van Wyk. 1978. *De Wet en Yeats. Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg*. 4de uitgawe. Durban: Butterworths.

Du Plessis, J.J. 2010. A comparative analysis of directors' duty of care, skill and diligence in South Africa and in Australia. *Acta Juridica*, 2010:263–89.

Farrar, J. 1993–1994. Corporate governance, business judgment and the professionalism of directors. *Corporation and Business Law Journal*, 6:1–28.

Harmer, R. 1997. Comparison of trends in national law: The Pacific rim. *Brooklyn Journal of International Law*, 22(10):139–65.

IRBA. 2009. The Independent Regulatory Board for Auditors. Code of Professional Conduct for Registered Auditors. International Federation of Accountants (IFAC).

Jacobs, L. 2015. Die vertrouensverpligtinge van ondernemingsreddingspraktisyne: 'n Regsvergelykende studie. Ongepubliseerde LLD-proefskrif, Universiteit van die Vrystaat.

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

—. 2012b. Die nuwe ondernemingsreddingspraktisyn: Geneesheer of begrafnisondernemer? 'n Ondersoek na die kwalifikasies van die reddingspraktisyn. *LitNet Akademies*, 9(2):202–28.

Kennedy-Good, S. en L. Coetzee. 2006a. The business judgment rule (part 1). *Obiter*, 27(1):62–74.

—. 2006b. The business judgment rule (part 2). *Obiter*, 27(2):277–92.

King III. 2009. Practice Note: Guidance on Business Rescue / Praktyksnota: Leiding op Ondernemingsredding.

Loubser, A. 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.

Loubser, M. en J.R. Midgley (reds.). 2012. *The law of delict in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.

Meskin, P.M. en B. Galgut (reds.). 2014. *Insolvency law and its operation in winding-up*. Durban: LexisNexis.

Naudé, S. 1970. *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband*. Durban: Butterworths.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2015. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Pretorius, J. e.a. 1999. *Hahlo's South African company law through the cases*. 6de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Pretorius, M. 2014. A competency framework for the business rescue practitioner profession. *Acta Commercii*, 14(2):1–15.

—. 2015. Companies and Intellectual Property Commission Status Quo report. 30 March 2015.

SARIPA. 2014. South African Restructuring and Insolvency Practitioners Association. Code of Ethics & Professional Conduct. [http://www.saripa.co.za/pages/about\\_conduct.html](http://www.saripa.co.za/pages/about_conduct.html) (13 Oktober 2014 geraadpleeg).

UNCITRAL. 2005. *Legislative guide on insolvency law*. ISBN 92-1-133736-4.

Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2005. *Principles of delict*. 3de uitgawe. Durban: LexisNexis.

## Eindnotas

<sup>1</sup> Hierdie bespreking is 'n gewysigde weergawe van gedeeltes van Jacobs (2015:192–257).

<sup>2</sup> Maatskappywet 71 van 2008 (hierna “die wet”), soos gewysig deur die Maatskappywysigingswet 3 van 2011, en die Financial Markets Act 19 van 2012.

<sup>3</sup> Die “business rescue practitioner” (BRP); hierna “die praktisyn”.

<sup>4</sup> Pretorius (2015:5).

<sup>5</sup> Bradstreet (2010:198). Sien ook Pretorius (2015:5): “The BRP is central (disproportionate influencer) to the process and therefore draws most attention, criticism and blame for process related concerns.”

<sup>6</sup> SARIPA (2014:par. 5).

<sup>7</sup> De Wet en Van Wyk (1978:660).

<sup>8</sup> Die bekende saak *In Re Brazilian Rubber Plantations* 1911 1 Ch 425 ChDis betekenisvol in die oorweging van die plig tot sorg (Cassidy 2009:384). Die saak is van groot belang aangesien dit die gemeenregtelike toets neergelê het aan die hand waarvan troupligtiges, in dié geval direkteure, gemeet moet word om 'n pligsversuim te bepaal. Veral van belang in hierdie toets is die subjektiewe sowel as die objektiewe inslag daarvan. Dit skep bv. 'n vooroordeel t.g.v. onervare troupligtiges, terwyl dit meer van 'n ervare troupligtige vereis en terselfdertyd oorweeg wat van 'n redelike persoon in dieselfde omstandighede verwag sou word.

<sup>9</sup> Dit is van belang om daarop te let dat hfst. 6 van die wet geensins leiding oor die praktisyn se plig tot sorg en vaardigheid bied nie. Sien Meskin e.a. (2014:18.14.3).

<sup>10</sup> Art. 139(2)(a).

<sup>11</sup> Art. 139(2)(b); *African Banking Corporation of Botswana v Kariba Furniture Manufacturers* (228/2014) [2015] ZASCA 69 (20 Mei 2015).

<sup>12</sup> Sien Loubser (2010:507); Jacobs (2012b:208). Die outeurs van Meskin e.a.(2014) is van mening dat die verwyderingsgronde vervat in art. 130 slegs op die praktisyn van 'n maatskappy onder vrywillige redding van toepassing is. Alhoewel hierdie argument wel korrek is, kan dit nie in die gees van die wet so geïnterpreteer word nie. Om hierdie rede word die beginsels onderliggend aan die verwyderingsgronde op die praktisyn toegepas ongeag wie hom aangestel het. Sien in hierdie verband Meskin e.a. (2014:18.14.3).

<sup>13</sup> Jacobs (2012b:207–8): “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.”

<sup>14</sup> King III (2009).

<sup>15</sup> *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd* 1980 4 SA 156 (W).

<sup>16</sup> *Fisheries Development Corporation* 165; Kennedy-Good en Coetzee (2006b:280). Sien ook Bekink (2008:100, 101): “[T]he court should also have regard to the business of the company, the role, function and powers of directors, and the company’s financial situation.” Sien verder Du Plessis (2010:264); Cassim e.a.(2012:559); Henochsberg (2014:298(5)).

<sup>17</sup> Vgl. die volgende eindnota.

<sup>18</sup> Hier is dit billik en realisties om te aanvaar dat die eienskappe van die fiktiewe redelike persoon in Suid-Afrika aangepas moet word soos wat die relevante omstandighede verander (Neethling en Potgieter (2015:148)).

<sup>19</sup> Sien *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430 vir die *locus classicus* in hierdie verband. Volgens hierdie toets tree 'n persoon nalatig op indien die redelike persoon in sy posisie anders sou opgetree het as wat die dader inderdaad gedoen het, en dit sal die geval wees

indien die redelike persoon die intrede van skade sou voorsien het en stappe sou gedoen het om die skade te vermy. Sien Neethling en Potgieter (2015:143–4, veral vn. 65) vir verdere gewysdes; sien ook Loubser en Midgley (reds.) (2012:117 e.v.); Van der Walt en Midgley (2005:166 e.v.).

<sup>20</sup> Sien *Oppelt v Department of Health, Western Cape* 2016 1 SA 325 (KH) 349.

<sup>21</sup> 2010 2 SA 479 (HHA) 489; vgl. ook Neethling en Potgieter (2015:147–8, 170).

<sup>22</sup> Sien Neethling en Potgieter (2015:151–3); Loubser en Midgley (reds.) (2012:270 e.v.); Van der Walt en Midgley (2005:192–3).

<sup>23</sup> Sien byvoorbeeld. *Cape Empowerment Trust Limited v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA) 193; *Axiam Holdings v Deloitte & Touche* 2006 1 SA 237 (HHA); Loubser en Midgley (reds.) (2012:279–81).

<sup>24</sup> Sien *Brazilian Rubber Plantations; Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A) 674; *Du Plessis NO v Phelps* 1995 4 SA 165 (K) 170; *Philotex (Pty) Ltd v Snyman; Braitex (Pty) Ltd v Snyman* 1998 2 SA 138 (HAA) 144–5; Bekink (2008:95).

<sup>25</sup> *Brazilian Rubber Plantations* 437; Bekink (2008:95); Cassidy (2009:383).

<sup>26</sup> Sien *Philotex* 143.

<sup>27</sup> Bekink (2008:111) verklaar: “This seems to encompass a twofold test.” Cassim e.a. (2012:559) stel dit so: “The standard of care and skill prescribed by the section is not entirely objective.” Vgl. Henochsberg (2014:295): “An objective test is therefore applied to determine what the reasonable director would have done in the same situation as well as a subjective test which takes into account the general knowledge, skill and experience of the specific director.”

<sup>28</sup> Art. 76(3)(c).

<sup>29</sup> Vgl. *Philotex* 142–3.

<sup>30</sup> Cassidy (2009:385).

<sup>31</sup> Naudé (1970:163); Bekink (2008:102); Cassim e.a. (2012:559).

<sup>32</sup> Naudé (1970:163); Bekink (2008:101,102); Du Plessis (2010:269. Sien ook *Philotex* 143: “The test for recklessness is objective insofar as the defendant’s actions are measured against the standard conduct of the notional reasonable person and it is subjective insofar as one has to postulate that notional being as belonging to the same groups or class as the defendant, moving in the same spheres and having the same knowledge or means to knowledge.” Sien verder Kennedy-Good en Coetzee (2006b:279): “The test therefore contains an objective element, the criterion of ‘care’, and a subjective element, ‘skill’, which varies from person to person.”



<sup>33</sup> *Brazilian Rubber Plantations; Fisheries Development Corporation* 165–6; Kennedy-Good en Coetzee (2006b:279); Bekink (2008:100); Cassidy (2009:383); Du Plessis (2010:265). Sien ook Henochsberg (2014:298(6)).

<sup>34</sup> Cassidy (2009:385).

<sup>35</sup> Naudé (1970:155, 163). Sien ook Kennedy-Good en Coetzee (2006b:282–3): “This general test for negligence may, however, be adapted in respect of directors as a director may be regarded as an ‘expert’. If this is so, the court will have regard to the general level of skill exercised by that particular profession to which the director belongs and thus a higher standard of care may be required of a director.” Vgl. Cassim e.a.(2012:559): “If the director has any special skill or is more experienced or knowledgeable, his or her conduct will be gauged or measured against this higher subjective standard.” Sien verder Bradstreet (2010:209); Farrar (1993–1994:9).

<sup>36</sup> Dit spreek eintlik vanself dat die algemene toets vir nalatigheid, nl. die optrede van die hipotetiese redelike persoon in die posisie van die dader, nie toepassing kan vind in die geval van die beoordeling van die dader se optrede waar sodanige optrede deskundigheid verg nie (sien Neethling en Potgieter 2015:151).

<sup>37</sup> Sien Cassidy (2009:385).

<sup>38</sup> Dieselfde siening word gemeenregtelik ook oor deskundiges in ander beroepe gehuldig. In bv. *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438, 444 word vir die mediese beroep vereis “the general level of skill and diligence possessed and exercised at the time by the members of the branch of the profession to which the practitioner belongs”. Sien ook *Loureiro v Invvula Quality Protection (Pty) Ltd* 2014 3 SA 394 (KH) 413 oor die verwagte standaard van “skill and diligence” by veiligheidswagte; en *Durr v ABSA Bank Ltd* 1997 3 SA 448 (HHA) 460–1 oor dié van versekeringsmakelaars; sien verder Neethling en Potgieter (2015:152–3).

<sup>39</sup> Naudé (1970:155): “Enersyds is direkteursaanstellings bloot op grond van prestige-waarde nie onbekend nie. Andersyds is daar die eensydige deskundige; van die hoogleraar in chemie op die direksie van ’n maatskappy in die chemiese bedryf kan beswaarlik dieselfde oordeelsvermoë oor investering verwag word as van sy kollegas wat sakelui en bedryfsekonome is.” Sien ook Bekink (2008:111): “[A] director who therefore professes to have a higher degree of general knowledge and experience will be judged accordingly.”

<sup>40</sup> Cassim e.a. (2012:559): “[T]he more inexperienced he or she is, the less the level of care and skill expected of him or her, provided that he or she does at the very least exercise reasonable care and skill.”

<sup>41</sup> Du Plessis (2010:270): “Then the court will also have to make a value judgment as to how other directors, with the general knowledge, skill and experience of that director (director whose conduct is scrutinised) (s 76(3)(c)(ii)), would have conducted themselves. Thus, the intention of the Legislature is simply to ensure that apples are compared with apples and, putting all the apples, as far as that is theoretically possible, in the same hypothetical situation comparable to the facts of the particular case.”

<sup>42</sup> Henochsberg (2014:295): “It would therefore appear that this duty has two elements, subjective and objective, with the objective standard being the minimum.”

<sup>43</sup> Naudé (1970:163); Bekink (2008:111).

<sup>44</sup> Bekink (2008:111).

<sup>45</sup> Kennedy-Good en Coetzee (2006a:64); Cassim e.a.(2012:563).

<sup>46</sup> Cieri e.a. (1994:408): “The traditional business judgment rule is a judicially created ‘presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company’.” Sien ook Kennedy-Good en Coetzee (2006a:64).

<sup>47</sup> *Hogg v Cramphorn Ltd* 1967 Ch 304: 306. Sien ook Cieri e.a. (1994:408): “As applied, the business judgment rule, which is a tool of judicial review rather than a standard of conduct, ordinarily prevents courts from second-guessing director actions.” Vgl. Kennedy-Good en Coetzee (2006a:65–6): “Judges have legal qualifications and experience in the field of legal practice. They are ill-equipped to second-guess business decisions as economics and business practice is not the judge’s area of expertise. It is also argued that the judiciary will have the benefit of hindsight and this may lead to unwarranted scrutiny of the decision that was taken by the directors concerned.” Sien verder Bekink (2008:113). Cassim e.a.(2012:524, 565): “The business judgment rule protects the directors from the risk of ‘hindsight bias’.”

<sup>48</sup> Cassim e.a. (2012:563).

<sup>49</sup> Cilliers e.a. (2001:145).

<sup>50</sup> Cassim e.a. (2012:524, 565): “The directors of a company have more knowledge, time and expertise at their disposal to evaluate the best interest of the company than judges. The courts will not presume to act as a kind of supervisory board over directors’ decisions that are honestly arrived at within the powers of their management.” Sien ook *Hogg v Cramphorn Ltd* 1967 Ch 304, 306.

<sup>51</sup> Harmer (1997:152). Volgens Harmer behoort die hof se betrokkenheid by die proses beperk te word tot ’n fasiliterende en toesighoudende hoedanigheid.

<sup>52</sup> Hierbenewens kan die algemene beginsels wat ontwikkel is m.b.t. die tweede been van die nalatigheidstoets wat in *Kruger v Coetzee* geformuleer is (hier bo eindnota 19), nl. of die skade redelikerwys voorkombaar was, goedskiks ook hier oorweeg word. Van der Walt en Midgley (2005:179; Neethling en Potgieter 2015:157–60; sien bv. ook *Ngubane v South African Transport Services* 1991 1 SA 756 (A) 776; *Loureiro* 412–3) toon aan dat daar veral vier oorwegings is wat hier op die voorgrond tree: (i) Die aard en omvang van die risiko wat die dader se optrede inhou. As die aard en omvang van die risiko baie klein is, of die voorsiene benadeling gering is, kan dit tot gevolg hê dat die redelike praktisyn nie stappe sou gedoen het om benadeling te voorkom nie. (ii) Die ernstigheidsgraad van die skade indien die risiko materialiseer en skade inderdaad intree. Waar die praktisyn se optrede die moontlikheid inhou dat ernstige en omvangryke skade aan andere berokken kan word, behoort hy stappe te doen om te verhinder dat die skade intree. (iii) Die relatiewe

belangrikheid van die doel wat deur die dader se optrede gedien word. Dit gaan hier oor die nuttigheid van die praktisyn se optrede. Dit kan bv. wees dat die belang of doel wat deur die betrokke handeling gedien word, nl. die redding van die onderneming, van sodanige aard is dat dit belangriker is as die risiko van nadeel wat dit inhou; in sodanige geval sou die redelike praktisyn nie stappe gedoen het om nadeel te voorkom nie. (iv) Die koste en moeite om voorkomende handeling te verrig. Waar die risiko van benadeling uitgeskakel of verminder kan word sonder wesentliche probleme, nadele of onkoste, kan 'n mens aanneem dat die redelike praktisyn voorkomende maatreëls sou tref. Waar die koste en moeite by die tref van voorkomende maatreëls egter groter is as die erns wat die risiko inhou, kan weer aangeneem word dat die redelike praktisyn nie voorkomende maatreëls sou tref om die risiko te verminder of uit te skakel nie.

<sup>53</sup> Art. 76(4)(a)(i).

<sup>54</sup> Cassim e.a. (2012:564).

<sup>55</sup> Cassidy (2009:399): "Thus there is a preferable objective approach to the duty to be informed under the South African business judgment rule."

<sup>56</sup> *Fisheries Development Corporation* 166: "Obviously, a director exercising reasonable care would not accept information and advice blindly. He would accept it, and he would be entitled to rely on it, but he would give it due consideration and exercise his own judgment." Sien ook Pretorius e.a. (1999:282).

<sup>57</sup> *African Banking Corporation*.

<sup>58</sup> Art. 76(4)(a)(ii)(aa).

<sup>59</sup> Art. 1.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Art. 76(4)(a)(ii)(bb).

<sup>62</sup> Art. 75(5).

<sup>63</sup> Art. 75(6).

<sup>64</sup> Art. 76(4)(iii).

<sup>65</sup> Cassim e.a. (2012:564).

<sup>66</sup> *Ibid.*: "An objectively irrational decision is not protected by s 76(4)." Sien ook Cassidy (2009:400). Dit is egter belangrik om nie "redelikheid" met "rasionaliteit" te verwar nie.

<sup>67</sup> Cassidy (2009:400).

<sup>68</sup> Artt. 76(4)(i)(aa), 76(5)(b).

<sup>69</sup> 2015 2 SA 514 (GJ).

<sup>70</sup> Reg. 128(3) ingevolge die Maatskappywet: “In addition to the remuneration determined in accordance with section 143(1) to (4), and this regulation a practitioner is entitled to be reimbursed for the actual cost of any disbursement made by the practitioner to the extent reasonably necessary to carry out the practitioner’s functions and facilitate the conduct of the company’s business rescue proceedings.”

<sup>71</sup> *Murgatroyd v Van den Heever NO* 2015 2 SA 514 (GJ) par. 17; sien ook Anoniem (2015).

<sup>72</sup> Art. 138(1)(a).

<sup>73</sup> Bradstreet (2010:205): “A person qualified in terms of the Act may still lack the necessary skills or experience for the job.” Sien ook Jacobs (2012b:209).

<sup>74</sup> Pretorius (2014:9).

<sup>75</sup> Pretorius (2014:9–10).

<sup>76</sup> Burdette (2004:430); Pretorius (2014:5): “Say, for instance, a young insolvency lawyer wants to become a BRP. He has particular competencies such as legal qualification, insight into the Act, can undertake court procedures and filings, wants to represent the interests of the clients, is approachable and has negotiated before – he is a proficient lawyer. To navigate the rescue he must perform the tasks of feasibility analysis and viability analysis in order to analyse the turnaround situation and to determine a ‘best’ future position. At face value, his existing competencies do not match the competencies required; so on a list of required competencies he cannot show historical proof of many competencies.”

<sup>77</sup> Sien hieroor Boberg (1984:346–7); Van der Walt en Midgley (2005:176); Neethling en Potgieter (2015:153); sien bv. ook *Durr v ABSA Bank Ltd* 1997 3 SA 448 (HHA) 460 wat oor ’n beleggingsmakelaar gegaan het.

<sup>78</sup> Sien bv. *Savage & Lovemore (Pty) Ltd v International Shipping Co (Pty) Ltd* 1987 2 SA 149 (W) 210–1.

<sup>79</sup> Reg.127(2)(b) ingevolge die Maatskappywet.

<sup>80</sup> Volgens reg. 127(2)(c)(iii) ingevolge die Maatskappywet is ’n ondernemingsreddingspraktisyn “a person who is qualified to be appointed as a business rescue practitioner in terms of section 138(1) and who, immediately before being appointed as practitioner for a particular company, has either aa) not previously engaged in business turnaround practice before the effective date of the Act, or acted as a business rescue practitioner in terms of the Act; or bb) has actively engaged in business turnaround practice before the effective date of the Act, or as a business rescue practitioner in terms of the Act, for a combined period of less than five years”.

<sup>81</sup> Volgens reg. 127(2)(c)(ii) ingevolge die Maatskappywet is ’n ondernemingsreddingspraktisyn “a person who is qualified to be appointed as business rescue practitioner in terms of section 138(1) and who, immediately before being appointed as

practitioner for a particular company, has actively engaged in business turnaround practice before the effective date of the Act, or as a business rescue practitioner in terms of the Act, for a combined period of at least five years”.

<sup>82</sup> Volgens reg. 127(2)(c)(i) ingevolge die Maatskappywet beteken ’n ondernemingsreddingspraktisyn “a person who is qualified to be appointed as business rescue practitioner in terms of section 138(1) and who, immediately before being appointed as practitioner for a particular company, has actively engaged in business turnaround practice before the effective date of the Act, or as a business rescue practitioner in terms of the Act, for a combined period of at least ten years”.

<sup>83</sup> Reg. 127(3)–(5) ingevolge die Maatskappywet.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid*; Jacobs (2012b:212).

<b>Klein maatskappy (art. 127(2)(b)(iii))</b>	<b>Medium maatskappy (art. 127(2)(b)(ii))</b>	<b>Groot maatskappy of maatskappy in staatsbesit (art. 127(2)(b)(i))</b>
Junior praktisyns	Ervare praktisyns	Senior praktisyns
Ervare praktisyns	Senior praktisyns	Ervare praktisyns mag slegs assisteer
Senior praktisyns	Junior praktisyns mag slegs assisteer	Junior praktisyns mag slegs assisteer

<sup>86</sup> Reg. 127(2)(a) ingevolge die Maatskappywet: “‘business turnaround practice’ means activities of a professional nature engaged in before the effective date that are comparable to the functions of a business rescue practitioner in terms of the Act”.

<sup>87</sup> Art. 139(2)(a).

<sup>88</sup> Pretorius (2014:3): “Here competency is implied through the description of incompetency conditions, but without specific details about the competency element.” Vgl. Meskin e.a. (2014:18.14.3): “It is not clear from the provisions of section 139 what ‘incompetence’ by the business rescue practitioner amounts to, but no doubt this is something that the Court will decide by looking at all the facts and by judging each case on its own merits.”

<sup>89</sup> IRBA (2009:27 par. 130.01(a)); SAICA (2014:16 par. 130.01(a)).

<sup>90</sup> IRBA (2009:27 par. 130.03); SAICA (2014:16 par. 130.03).

<sup>91</sup> Art. 140(3)(b).

<sup>92</sup> *African Banking Corporation* 38: “In this case, the practitioner’s grossly improper conduct was deliberate; he should therefore pay the appellant’s costs.”

<sup>93</sup> Art. 77(2)(b)(i).

<sup>94</sup> Naudé (1970:161–6). Sien ook Kennedy-Good en Coetzee (2006b:281–3): “The first of these is that of conduct, which may be in the form of a positive act or an omission. The second requirement, wrongfulness, entails that an act is unlawful if it is done in breach of a legal duty and results in infringement of another individual’s interests. Wrongfulness consists of a twofold investigation. Firstly, it must be established that an interest has been infringed. Secondly, it must be determined whether such prejudice occurred in an unreasonable manner taking into account the *boni mores* of the community ... The third delictual requirement is fault ... Causation, which comprises factual and legal causation, is the fourth requirement that must be present ... The last requirement is that of damage, which is the diminution, as a result of a damage-causing event, in the utility of a patrimonial or personal interest.” Sien ook Neethling en Potgieter (2015:4). Wat onregmatigheid i.v.m. die praktisyn se optrede betref, kan die volgende gestel word: dit gaan hier oor aanspreeklikheid weens ’n late wat as uitgangspunt in ons reg nie *prima facie* onregmatig is nie. ’n *Omissio* is onregmatig slegs indien daar ’n regsplig was om op te tree ten einde nadeel te vermy, en die plig nie nagekom is nie. Of sodanige plig bestaan, word beoordeel aan die hand van die *boni mores* of regsopvattinge van die gemeenskap (sien Neethling en Potgieter 2015:60–2). Waar dit vasstaan dat daar wel ’n regsplig was om sorgsaam op te tree (soos in die geval van die praktisyn), sal die nienakoming van die plig wat tot skade lei, *prima facie* onregmatig wees (sien *Mashongwa v Prasa* 2016 3 SA 528 (KH) 534–5 waar Mogoeng HR verklaar dat ’n *omissio prima facie* onregmatig is waar daar ’n “pre-existing duty” bestaan om nadeel te vermy), welke onregmatigheid net deur die aanwesigheid van ’n regverdigingsgrond opgehef kan word. Indien die praktisyn dus kan bewys dat hy bv. in ’n noodtoestand opgetree het, sal hy vry uitgaan.

<sup>95</sup> Artt. 76(3)(c),77(2)(b)(i); Cassim e.a.(2012:584).

<sup>96</sup> Art. 77(9)(a); Henochsberg (2014:304).

<sup>97</sup> Art. 77(9)(b).

<sup>98</sup> Sien par. 3.1.1.

<sup>99</sup> 1989 3 SA 71 (T) 107; Henochsberg (2014:305); Kennedy-Good en Coetzee (2006b:284); Cassidy (2009:380); Cassim e.a. (2012:579).

<sup>100</sup> *PNC Telecom plc v Thomas* [2008] BCLC 95 (ChD).

<sup>101</sup> *Ibid*; Cassim e.a. (2012:579–80).

<sup>102</sup> *Ibid*.

<sup>103</sup> 108.

<sup>104</sup> Art. 248 van die 1973-wet.

<sup>105</sup> 1913 WLD 188.

<sup>106</sup> Cassidy (2009:380).



<sup>107</sup> Art. 140(3)(c)(ii).

<sup>108</sup> Artt. 76, 77.

<sup>109</sup> *Fisheries Development Corporation* 169–70.

<sup>110</sup> *Fisheries Development Corporation* 169.

<sup>111</sup> In *Fisheries Development Corporation* 170 word verklaar dat “recklessness is a concept to be placed somewhere between mere carelessness and dishonesty.”

<sup>112</sup> 2003 SA 473 (HHA) 481; sien ook Neethling en Potgieter (2015:146).

<sup>113</sup> *Fisheries Development Corporation* 170.

<sup>114</sup> Sien par. 3.1.1 hier bo. Bradstreet (2010:209).

<sup>115</sup> Bradstreet (2010:209): “It is submitted that, although the standard applied to directors is probably high enough, there does not seem to be any reason to have a threshold as high as gross negligence for any conduct falling outside that associated with the functions of a director. A lower threshold would remove any temptation on the part of the business rescue practitioner to take a ‘cowboy’ approach to rescuing a business in any area where he may not be subject to the restrictions placed on directors – perhaps the benchmark should be the ordinary, skilled insolvency practitioner.”

<sup>116</sup> UNCITRAL (2005:184, item 61).