

Nienakoming van die voorgeskrewe prosedures na indiening van 'n direksiebesluit om met ondernemingsredding te begin: Is *Panamo Properties (Pty) Ltd v Nel* die (regte) antwoord?

Anneli Loubser

Anneli Loubser,
Departement Handelsreg, Universiteit van Suid-Afrika

Opsomming

Ingevolge artikel 129(5) van die Maatskappywet 71 van 2008 verval 'n direksiebesluit om die maatskappy in ondernemingsredding te plaas en is dit nietig indien die formele prosedures voorgeskryf in artikel 129(3) en (4) nie nagekom word nie. In teenstelling hiermee bepaal artikel 130 dat die besluit op aansoek van 'n geaffekteerde persoon deur die hof tersyde gestel kan word onder andere weens die nienakoming van die prosedurele vereistes vervat in artikel 129.

Aangesien 'n besluit wat reeds verval het, sekerlik nie ook nog tersyde gestel kan word nie, het die klaarblyklike botsing tussen hierdie bepalings tot uiteenlopende beslissings van die howe gelei: in sommige gevalle is 'n verklarende bevel uitgereik dat die besluit inderdaad reeds verval het, terwyl in ander die (nietige) besluit tersyde gestel is.

Die verwagting dat die hoogste hof van appèl oor hierdie aspek duidelikheid sou bring wanneer dit uiteindelik in 'n saak voor die hof ter sprake kom, is ongelukkig nie verweselik nie. In *Panamo Properties (Pty) Ltd v Nel* 2015 5 SA 63 (HHA) het die hof intendeel die reeds verwarrende situasie net vererger deur te beslis dat die besluit om met ondernemingsredding te begin wel verval en nietig is by nienakoming van die prosedurele vereistes, maar dat die ondernemingsredding nie daardeur tot 'n einde kom nie.

In hierdie artikel word die skynbaar botsende bepalings verduidelik aan die hand van die opstel en later oorhaastige wysiging van die Maatskappywet, en word die verreikende komplikasies aangedui wat deur die hof se ondeurdagte uitspraak veroorsaak is.

Trefwoorde: beëindiging van ondernemingsredding; begin van ondernemingsreddingsverrigtinge; indiening van ondernemingsreddingsbesluit; Maatskappywet 71 van 2008; moratorium; nietigheid van ondernemingsreddingsbesluit; ondernemingsredding; ondernemingsreddingsbesluit; ondernemingsreddingsproses;

tersydestelling van ondernemingsreddingsbesluit; verval van ondernemingsreddingsbesluit; vrywillige ondernemingsredding.

Abstract

Failure to comply with the prescribed procedures after filing of a board resolution to commence business rescue proceedings: Is *Panamo Properties (Pty) Ltd v Nel* the (correct) answer?

Section 129(5) of the Companies Act 71 of 2008 provides in clear and unambiguous terms that a board resolution to commence business rescue proceedings and place the company under supervision "lapses and is a nullity" if the company fails to comply with any provision of section 129(3) and (4). These two subsections set out the procedural requirements that must be followed after a company's business rescue proceedings have commenced through the filing of the relevant board resolution with the Companies and Intellectual Property Commission.

The procedural requirements entail the appointment of a business rescue practitioner within five business days after filing of the resolution and notifying affected persons (i.e. the company's creditors and shareholders, as well as registered trade unions representing employees or unrepresented employees themselves) of the commencement of the business rescue proceedings. Shortly thereafter the commission and then the affected persons must be notified of the appointment of the practitioner. These two subsections place quite an onerous duty on the company, particularly because of the short periods within which the company must comply and the severe consequences should the company fail to do so. As a result, the provisions have been widely criticised, but as explained in the article, there are very good reasons for these strict requirements.

However, section 130(1)(a)(iii) appears to contradict section 129(5) because it provides for the setting aside of a board resolution to commence business rescue by a court if, among other things, the procedural requirements have not been met. Since a void resolution cannot be set aside as well, this has led to conflicting high court judgments where some, at least initially, ignored section 130(1)(a)(iii) and confirmed that the resolution was void and of no effect in instances of non-compliance, while others issued an order setting aside the (void) resolution. In several judgments the courts also drew attention to the contradictory contents of the two sections.

When the supreme court of appeal at last had the opportunity to clarify the situation in *Panamo Properties (Pty) Ltd v Nel* 2015 5 SA 63 (SCA) the exact opposite occurred. The court in fact sowed further confusion by holding that although the board resolution had lapsed if the company had not complied with the prescribed procedures, the business rescue proceedings had not ended as a result thereof: the business rescue could be terminated only by an order of court in terms of section 130(5) on the grounds of the non-compliance and if, in addition, it could be shown that it would be just and equitable for the business rescue proceedings to end.

To reach this conclusion the court changed the wording of section 130(5)(a) by replacing the "or" before subsection (5)(a)(ii) with "and". By so doing, the court removed a separate and potentially very useful ground for setting aside an otherwise valid board resolution to

commence business rescue proceedings and deprived affected persons of a powerful weapon to fight the widespread abuse of business rescue proceedings. It also made it even more difficult for affected persons to obtain an order setting aside a valid board resolution to commence business rescue proceedings. Apart from having to prove that the company is not financially distressed or that there is no reasonable prospect of rescue, they now also have to prove that it would be otherwise just and equitable to set aside the resolution.

According to the court this was the only way to reconcile the conflicting provisions of section 129(5) and section 130(1)(a)(iii). As further authority for its decision the court referred to section 132(2) which sets out the circumstances in which business rescue proceedings will end and which include the setting aside of the resolution that began the proceedings. According to the judgment this indicated that an order of court was necessary to end the proceedings. It seems that the supreme court of appeal – unlike the court *a quo* – did not realise that if the board resolution to commence business rescue proceedings was void and a nullity, there were no proceedings to terminate because they are regarded as never having existed. Section 132(2) instead provides for a valid resolution that commenced lawful and valid business rescue proceedings but which is subsequently set aside on application by an affected person because the company no longer meets the requirements for business rescue proceedings, usually because there no longer is a reasonable prospect of rescue.

As regards the dichotomy between sections 129(5) and 130(1)(a)(iii) the article explains that it is almost certainly the result of overhasty and last-minute amendments to the Companies Act of 2008 a mere ten days before it came into effect. Section 130(1)(a)(iii) should in fact have been deleted as part of these amendments and those judgments that ignored this subsection were therefore correct.

The article points out several uncertainties and problems resulting from this judgment and shows that although the court was strongly influenced by its desire to prevent the abuse of business rescue proceedings in this particular case, the judgment has in fact now opened the doors for more and even worse instances of abuse. The uncertainty over the exact status and future of a company after the business rescue resolution has lapsed because of failure to comply with the procedural requirements but a court has not yet set it aside, can only be described as extremely unfortunate.

The article concludes by indicating that in spite of its own warnings against courts themselves legislating instead of interpreting the legislation, this is exactly what the supreme court of appeal has done in this case. Although there may possibly be grounds for advocating amendments to section 129 to lessen the procedural burden and risks of non-compliance for companies, this is the task of the legislature and not of the courts.

Keywords: business rescue; business rescue procedure; business rescue proceedings; business rescue resolution; commencement of business rescue proceedings; Companies Act 71 of 2008; filing of business rescue resolution; moratorium; setting aside business rescue resolution; termination of business rescue; void business rescue resolution; voluntary business rescue

1. Inleiding

Dit wil soms voorkom of hoofstuk 6 van die Maatskappywet 71 van 2008 waarin ondernemingsredding en skikkings met skuldeisers gereguleer word, meer as sy regverdige deel van onduidelike, onvolledige en onverklaarbare bepalings bevat. Op die oog af is artikel 129(5) egter nie een daarvan nie: dit verklaar intendeel baie duidelik dat indien die prosedures voorgeskryf in artikel 129(3) en (4) nie nagekom word nie nadat 'n direksiebesluit¹ om met ondernemingsredding te begin by die Kommissie vir Maatskappye en Intellektuele Eiendom ("die kommissie") ingedien is, verval hierdie besluit en is dit nietig.² Die maatskappy mag dan ook nie weer so 'n besluit by die kommissie indien voordat minstens drie maande verloop het nadat die vorige besluit geneem is nie. 'n Hof kan egter toestemming verleen dat die maatskappy dadelik weer 'n besluit mag indien om met ondernemingsredding te begin op grond van 'n *ex parte*-aansoek van die maatskappy waarin goeie gronde vir so 'n bevel uiteengesit word.³ Daar kan aanvaar word dat hierdie gronde veral moet verwys na die redes waarom die voorgeskrewe prosedures nie nagekom is nie.

Die probleem is egter dat artikel 130 bepaal dat die hof 'n direksiebesluit om 'n maatskappy onder toesig te plaas, tersyde kan stel onder andere op grond daarvan dat die maatskappy nagelaat het om te voldoen aan die prosedurele vereistes vervat in artikel 129. 'n Besluit wat reeds ingevolge artikel 129(5) om hierdie rede verval het en nietig is en dus nie meer regsgeldig bestaan nie, kan tog vanselfsprekend nie daarna ook nog tersyde gestel word nie.⁴

Hierdie artikel ondersoek die verskillende benaderings wat deur die howe gevolg is in 'n poging om hierdie ooglopend botsende bepalings met mekaar te versoen totdat die hoogste hof van appèl in *Panamo Properties (Pty) Ltd v Nel*⁵ uiteindelik die geleentheid gehad het om duidelikheid te verskaf oor die korrekte interpretasie van artikel 129(5) saamgelees met artikel 130. Die implikasies van die hoogste hof van appèl se oplossing word onder die loep geneem en dan word die vraag gestel: Was dit inderdaad die regte of ten minste die beste antwoord op hierdie probleem? Die onvermydelike gevolgtrekking is dat dit nie die geval is nie en dat die hoogste hof van appèl met hierdie uitspraak inderwaarheid meer probleme geskep as opgelos het.

2. Die voorgeskrewe prosedurele vereistes van artikel 129

Ingevolge artikel 129(1) mag die direksie van 'n maatskappy 'n besluit neem dat die maatskappy vrywillig met ondernemingsreddingsverrigtinge begin en onder toesig geplaas word indien die direksie redelike gronde het om te glo dat die maatskappy in finansiële nood verkeer en dat daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word.⁶ Hierdie besluit het geen regsrag totdat dit by die kommissie ingedien is nie,⁷ en ondernemingsreddingsverrigtinge begin sonder meer sodra dit ingedien is.⁸

Die prosedure wat hierna gevolg moet word, is veral daarop gemik om die tersaaklike inligting te verskaf aan al die partye wie se belange direk geraak word deur die feit dat die maatskappy in ondernemingsredding geplaas is. Om ooglopende redes is die tydperke vir nakoming van die vereistes dan ook baie kort, om te verseker dat belanghebbendes so gou as moontlik hierdie inligting ontvang, veral aangesien net die direksie tot dusver by die proses betrokke was en dus daarvan bewus is.

Artikel 129(3)(a) bepaal gevolglik dat die maatskappy binne vyf (5) sakedae nadat die besluit by die kommissie ingedien is, aan elke geaffekteerde persoon op die voorgeskrewe wyse kennis moet gee van die besluit en die datum van inwerkingtreding daarvan.⁹ Die kennisgewing moet 'n beëdigde verklaring insluit waarin die feite uiteengesit is op grond waarvan die besluit geneem is om die maatskappy onder toesig te plaas. Ingevolge die definisie van *geaffekteerde persoon* in artikel 128(1)(a) van die Maatskappywet moet die kennisgewing verskaf word aan elke aandeelhouer en skuldeiser van die maatskappy, asook aan elke geregistreerde vakbond wat werknemers van die maatskappy verteenwoordig, asook aan individuele werknemers (of hul verteenwoordigers) wat nie deur 'n geregistreerde vakbond verteenwoordig word nie.

In dieselfde tydperk van vyf besigheidsdae moet die maatskappy ook 'n ondernemingsreddingspraktisyn aanstel wat aan die voorgeskrewe vereistes van artikel 138 voldoen. Die betrokke moet ook skriftelik ingestem het om die aanstelling te aanvaar.¹⁰

Die kommissie kan egter op aansoek van die maatskappy 'n langer tydperk toelaat vir die nakoming van die bogenoemde twee vereistes voorgeskryf in artikel 129(3). Indien nietigheid van die besluit weens nienakoming van hierdie vereistes outomaties tot gevolg het dat die ondernemingsreddingsverrigtinge eindig, is dit logies dat sodanige aansoek om uitstel gedoen moet word voor verstryking van die voorgeskrewe tydperk. Die rede is dat na hierdie tydperk geen geldige besluit of ondernemingsredding bestaan waarvan kennis gegee moet word en waarvoor 'n praktisyn aangestel moet word nie.¹¹ Soos later uit hierdie artikel sal blyk, is dit een van die aspekte waarvoor nou onsekerheid bestaan as gevolg van die uitspraak in die *Panamo*-saak.

Binne twee sakedae nadat die praktisyn aangestel is, moet die maatskappy 'n kennisgewing van die aanstelling indien by die kommissie en binne vyf sakedae na indiening daarvan, 'n afskrif van hierdie kennisgewing aan elke geaffekteerde persoon besorg.¹² In hierdie geval is daar geen voorsiening gemaak in die wet vir verlening van meer tyd om aan die vereistes te voldoen nie.

Soos reeds genoem, bepaal artikel 129(5) dat indien enige van die vereistes van subartikels (3) en (4) soos hier bo uiteengesit nie nagekom word nie, die besluit om met ondernemingsredding te begin verval en dit nietig is. Dit is duidelik dat hierdie bepaling baie streng is en dat 'n klein oorsig of fout ernstige nagevolge vir die maatskappy kan inhou. Enersyds verloor die maatskappy die beskerming van die ondernemingsredding en veral van die algemene moratorium op alle geregtelike stappe teen die maatskappy wat ingevolge artikel 133(1) outomaties intree by die begin van die proses. Andersyds sou skuldeisers nou deeglik bewus wees van die maatskappy se finansiële probleme en baie van hulle sal poog om hul skulde onmiddellik te verhaal voordat die maatskappy weer onder toesig geplaas word.

3. Tersydestelling van die direksiebesluit

Artikel 130 maak daarvoor voorsiening dat geaffekteerde persone aansoek mag doen by die hof vir tersydestelling van die besluit om met ondernemingsredding te begin, of tersydestelling van die aanstelling van die praktisyn, of om te beveel dat die praktisyn

sekerheid moet stel vir die behoorlike nakoming van sy verpligtinge. Hierdie aansoeke mag egter net gebring word totdat 'n ondernemingsreddingsplan aanvaar is. Vir doeleindes van hierdie artikel is slegs die moontlikheid van 'n aansoek om tersydestelling van die besluit om die maatskappy onder toesig te plaas van belang.

Ingevolge artikel 130(1) mag 'n geaffekteerde persoon aansoek doen by die hof om tersydestelling van die direksiebesluit op een van drie gronde, naamlik dat daar geen redelike gronde is om te glo dat die maatskappy in finansiële nood is nie; dat daar geen redelike vooruitsig bestaan dat die maatskappy gered kan word nie; of omdat die maatskappy versuim het om die prosedurele vereistes vervat in artikel 129 na te kom.

Hoewel dit nie genoem word as een van die gronde waarop 'n geaffekteerde persoon om tersydestelling van die direksiebesluit aansoek mag doen nie, bepaal artikel 130(5) dat afgesien van die drie genoemde gronde, 'n hof ook die besluit tersyde mag stel indien die hof dit as "andersins regverdig en billik" beskou wanneer al die getuienis in ag geneem word. Dit is duidelik dat die wetgewer hier voorsiening gemaak het vir die moontlikheid dat 'n aansoeker – wat uit die aard van die saak normaalweg nie toegang tot die maatskappy se vertroulike finansiële rekords en ander interne inligting het nie – nie die nodige spesifieke inligting het om te bewys dat die maatskappy nie in finansiële nood verkeer nie of dat daar nie werklik enige redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word nie; desnietemin dui alle omringende omstandighede en getuienis daarop dat die direksie misbruik maak van ondernemingsredding en die besluit om die verkeerde redes geneem het.¹³ Die gebruik van die woord "andersins" dui daarop dat die hof dus ander omstandighede as die maatskappy se finansiële toestand of moontlikheid om gered te word, in ag mag neem. Die hof het dus 'n wyer diskresie om 'n ondernemingsreddingsbesluit tersyde te stel waar dit doodeenvoudig net ongewens in die lig van alle tersaaklike feite is en veral waar daar duidelik misbruik van die prosedure is.

In *Shoprite Checkers (Pty) Ltd v Berryplum Retailers CC*¹⁴ verwys die hof sydelings na 'n ander voorbeeld van die moontlike nuttigheid van hierdie bepaling, naamlik waar die praktisyn geen reddingsplan publiseer binne die voorgeskrewe 25 sakedae na sy of haar aanstelling nie.¹⁵ Om een of ander rede bevat die wet geen spesifieke sanksie of remedie vir geaffekteerde persone indien die praktisyn eenvoudig hierdie verpligting ignoreer en die ondernemingsredding dus nie kan vorder nie. In so 'n geval sou 'n geaffekteerde persoon dan aansoek kon doen by die hof om tersydestelling van die direksiebesluit op grond daarvan dat dit regverdig en billik is, sonder dat dit nodig sou wees om te bewys dat daar geen redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word nie.

In *DH Brothers Industries (Pty) Ltd v Gribnitz*¹⁶ spreek die hof egter sy ongemak uit oor die feit dat dit vir 'n hof moontlik is om 'n direksiebesluit tersyde te stel op grond daarvan dat dit regverdig en billik is, maar geen aansoek om tersydestelling daarop gebaseer mag word nie en aansoekers beperk word tot die drie spesifieke gronde in artikel 130(1) genoem. Die hof het dus die mening uitgespreek dat dit ook toelaatbaar is (of behoort te wees) om die aansoek vir tersydestelling op hierdie grond te baseer.

Soos later aangedui sal word, het al die bogenoemde voordele van hierdie addisionele grond vir tersydestelling ook nou weens die *Panamo*-uitspraak verval.

4. Verskillende benaderings van die howe voor *Panamo Properties v Nel*

In *Advanced Technologies and Engineering Company (Pty) Ltd (in business rescue) v Aeronautique et Technologies Embarquées SAS*,¹⁷ wat waarskynlik die eerste saak was waarin 'n hof oor die gevolge van nienakoming van artikel 129(3) en (4) moes beslis, het dit gehandel oor die aanstelling van 'n ondernemingsreddingspraktisyn wat na verstryking van die statutêre tydperk plaasgevind het. Die kommissie het toegestem tot 'n verlengde tydperk vir hierdie aanstelling. Die praktisyn is uiteindelik egter eers vyf dae na die verstryking van hierdie verdere tydperk aangestel. Die hof¹⁸ skenk tereg geen aandag aan artikel 130 nie en bevind dat artikel 129(5) baie reguit en duidelik bepaal dat indien die vereistes van subartikels (3) en (4) nie nagekom word nie, die besluit verval. Daar is geen ander uitweg of opsie nie: óf die maatskappy het die prosedurele vereistes stiptelik nagekom óf dit het nie, en in die laasgenoemde geval is die besluit nietig en het die ondernemingsredding verval.

Dieselfde standpunt is gehuldig in *Madodza (Pty) Ltd (in business rescue) v ABSA Bank Ltd*¹⁹ waar dit ook gebeur het dat die ondernemingsreddingspraktisyn nie binne die voorgeskrewe tydperk aangestel is nie.

In *Ex parte Van den Steen NO and South Gold Exploration (Pty) Ltd*²⁰ is egter 'n ander benadering gevolg. In hierdie geval het die maatskappy versuim om die nodige formele kennis van die aanvang van die ondernemingsreddingsverrigtinge aan 'n groep skuldeisers te gee. Dit is veroorsaak deur 'n *bona fide*-fout omdat die maatskappy verkeerde regsadvies gekry het dat hierdie groep nie skuldeisers van die maatskappy was nie. Die skuldeisers was egter bewus van die verrigtinge, onder andere weens persvrystellings wat uitgereik is deur South Gold en inligting wat op sy beheermaatskappy, Great Basin Gold Ltd, se webtuiste geplaas is. Daarby het hierdie skuldeisers die aansoek om 'n verklarende bevel dat die voorskrifte van artikel 129(3) nagekom is, ondersteun. Die hof verwys na artikel 6(9) van die Maatskappywet wat bepaal dat indien die manier waarop 'n kennisgewing afgelewer moet word, deur die wet voorgeskryf word, dit voldoende sal wees as daar substantiewe nakoming van hierdie vereiste is. 'n Afwyking van die vereistes sal nie tot gevolg hê dat die aflewering nietig is nie, solank dit nie die waarskynlikheid verminder dat die bedoelde ontvanger die betrokke kennisgewing sal ontvang nie. Aangesien die skuldeisers wel op ander maniere ingelig is van die ondernemingsredding, reik die hof 'n verklarende bevel uit dat daar wel substantiewe nakoming van artikel 129(3) was en dat die reddingsverrigtinge van South Gold Exploration dus nie verval het nie.

Dit is belangrik om kennis te neem van twee aspekte in hierdie beslissing: eerstens dat dit gehandel het oor die gebrekkige aflewering van die kennisgewing van die aanvang van ondernemingsredding en nie, soos by die eerste twee beslissings, die laat aanstelling van die reddingspraktisyn nie. Hoewel die aanstelling van die praktisyn in albei bogenoemde gevalle net enkele dae laat was, is die beginsel dieselfde ongeag hoe lank na die verstryking van die statutêre periode die aanstelling plaasvind. Sodra ondernemingsredding begin, het dit outomaties die gevolg dat die moratorium op alle regsgedinge intree, en dat die direkteure se bevoegdhede en magte ingekort word en net onderhewig aan die gesag van die praktisyn uitgeoefen mag word. Ingevolge artikel 140(1)(a) neem die praktisyn tydens reddingsverrigtinge volle beheer oor die bestuur van die maatskappy in die plek van die direksie. Enige handeling van die direkteure wat ingevolge die wet die toestemming van die praktisyn vereis, is nietig as sodanige goedkeuring nie verskaf is nie.²¹ Dit is dus van die uiterste belang dat 'n praktisyn so gou moontlik na indiening van die direksiebesluit om die

maatskappy onder toesig te plaas aangestel moet word, omdat die maatskappy effektief sonder enige regsgealdige bestuur is totdat dit gebeur. Dit sal nie noodwendig die direkteure verhoed om voort te gaan met die bestuur van die maatskappy nie, maar nou onder beskerming van die moratorium op alle regsgedinge, insluitende enige afdwingingsaksies, teen die maatskappy. Gevolglik moet die direksie gedwing word om onmiddellik na die begin van die reddingsverrigtinge 'n praktisyn aan te stel. Die gevaar dat die verrigtinge sal verval indien die aanstelling nie binne vyf sakedae na indiening van die besluit plaasvind nie, verleen die uiters noodsaaklike sanksie om te verseker dat die direksie hul plig sal nakom. Ook op hierdie punt het die uitspraak in die *Panamo*-saak nou komplikasies veroorsaak.

Die tweede belangrike aspek van die *Van den Steen*-saak is dat die hof nie 'n bevel uitgereik het wat die nienakoming van die voorgeskrewe prosedure vir kennisgewing aan die skuldeisers kondoneer nie. Dit sou beteken het dat die hof effektief goedkeuring verleen aan die maatskappy se versuim om die voorgeskrewe prosedure te volg, wat teenstrydig met die bepaling van artikel 129(5) sou wees. Die hof het 'n verklarende bevel uitgereik wat bevestig het dat die voorgeskrewe prosedure wesenlik nagekom is en daarom nie tot gevolg gehad het dat die verrigtinge verval het nie. Die hof het dus nie beslis dat nienakoming toelaatbaar is en geen gevolge dra nie, maar dat wesenlike nakoming spesifiek van die kennisgewingvereistes ingevolge artikel 6(9) voldoende is onderhewig aan sekere voorwaardes.

Die bogenoemde beslissing is dus maklik versoenbaar: indien 'n praktisyn nie aangestel word binne die voorgeskrewe tydperk of die verlengde tydperk wat deur die kommissie op aansoek verleen is nie, verval die ondernemingsreddingsverrigtinge en is dit nietig. 'n Minder ernstige en *bona fide*-versuim om die kennisgewingsvereistes na te kom, kan egter beskou word as wesenlike nakoming wat toelaatbaar is ingevolge die wet en dus geen nadelige effek op die geldigheid van die verrigtinge het nie. Gesien die belangrikheid van die spoedige aanstelling van die praktisyn is dit dus 'n heel bevredigende situasie. Die beswaar wat geopper is in *Panamo v Nel* dat dit absurd sou wees indien 'n geringeorsig die beëindiging van die hele proses tot gevolg sou hê, word ook hierdeur hanteer. Dit kan naamlik maklik gebeur dat net een of enkele geaffekteerde persone per abuis nie die voorgeskrewe kennisgewings ontvang nie terwyl – soos hier bo verduidelik – die laat aanstelling van 'n ondernemingsreddingspraktisyn allesbehalwe gering is en dit moeilik is om te aanvaar dat 'n praktisyn per ongeluk te laat aangestel is.²²

In die daaropvolgende beslissing van die hof in *Climax Concrete Products CC v Evening Flame Trading 449 (Pty) Ltd*²³ is hierdie beginsels nog verder verfyn deurdat die hof verklaar dat die reddingsverrigtinge nietig was hoewel net een skuldeiser nie van die aanvang van die verrigtinge in kennis gestel is nie. In die uitspraak is genoem dat die skuldeiser (en skynbaar ook die hof) vermoed het dat hy uitgesluit is omdat die maatskappy hom in die duister hieroor wou hou. In die lig van die belangrikheid van hierdie inligting op grond waarvan die geaffekteerde persone onder andere moet besluit of daar moontlik gronde is vir 'n aansoek by die hof om tersydestelling van die direksiebesluit, is dit verstaanbaar dat die hof nie bereid was om te bevind dat daar wesenlike nakoming van die vereiste was nie.²⁴

5. Redes vir die botsende bepalings van artikel 129(5) en artikel 130(1)(a)(iii)

Dit kan nie betwis word dat hierdie twee bepalings eintlik glad nie met mekaar versoenbaar is nie en die vraag kan dus tereg gevra word waarom die wet twee sulke teenstrydige bepalings bevat. Die verklaring hiervoor kan gevind word in die geskiedenis van die Maatskappywet van 2008 voor dit in werking getree het.

Nadat die wet deur die President geteken en in 2009 geproklameer is,²⁵ is daar gevind dat die wet heelwat ernstige foute en leemtes bevat het, wat dit nodig gemaak het dat die Maatskappywysigingswet 3 van 2011 dringend opgestel en geproklameer moes word voordat die Maatskappywet op 1 Mei 2011 (net tien dae later!) in werking sou tree.²⁶

Een van die foute wat deur die Wysigingswet van 2011 reggestel is, was die bewoording van artikel 218(1). Die aanvanklike bewoording het gelui dat onder andere geen "besluit ... van 'n maatskappy wat verbode, nietig of vernietigbaar is of ingevolge hierdie Wet onwettig verklaar kan word nietig [is] nie, tensy 'n hof verklaar dat sodanige ooreenkoms, besluit of bepaling nietig is". Hierdie bepaling was duidelik verkeerd omdat dit nietige en vernietigbare handeling oor dieselfde kam geskeer het. Dit is tog 'n basiese en aanvaarde regsbeginnsel dat nietige handeling *ab initio* ongeldig en nietig is en dat geen hofbevel te dien effekte nodig is nie. Daarteenoor is vernietigbare handeling regsgeldig en bly van krag totdat dit deur 'n hof tersyde gestel en nietig verklaar word. Hierdie bepaling het egter vereis dat selfs 'n handeling wat uitdruklik in die wet nietig verklaar is, soos 'n direksiebesluit wat ingevolge artikel 129(5) nietig was omdat die prosedurele vereistes nie nagekom is nie, van krag sou bly totdat 'n hof dit nietig verklaar het. Gevolglik het artikel 130 ook voorsiening gemaak vir 'n aansoek om die besluit op hierdie grond tersyde te stel, wat dan die nodige nietigverklaring van die besluit sou verskaf. Dit sou ook nie net 'n verklarende bevel wees nie, omdat die hof eers sou moes bepaal of die besluit nietig is en sou kon beslis dat dit nie die geval is nie.²⁷

Die Maatskappywysigingswet 3 van 2011 het hierdie fout reggestel deur aan die begin van artikel 218(1) 'n voorbehoud in te voeg dat dit nie van toepassing is op 'n ooreenkoms, besluit of bepaling wat uitdruklik in die wet nietig verklaar word nie.²⁸ Dit is hoogs waarskynlik dat die opstellers van die wysigende bepalings nie bewus was van artikel 130(1)(a)(iii) nie, veral aangesien artikel 130 ook geen ander wysigings ondergaan het nie. Gevolglik het hierdie bepaling onveranderd bly voortbestaan hoewel dit nie meer nodig was ingevolge die gewysigde artikel 218(1) nie en inderdaad nou ook daarmee gebots het. Daarom glo ek dat dit korrek is om artikel 130(1)(a)(iii) heeltemal te ignoreer, omdat dit foutiewelik in die wet behoue gebly het na die wysigings.

6. *Panamo Properties (Pty) Ltd v Nel*

6.1 *Feite*

Die feite van die saak is redelik eenvoudig. Die respondente in die appèlsaak (meneer en mevrou Nel) was die trustees van die Jan Nel Trust. Hierdie trust was die enigste aandeelhouer van Panamo Properties (Edms.) Bpk. en die twee trustees was ook die enigste direkteure van die maatskappy. Die maatskappy was die eienaar van 'n onroerende eiendom waarop 'n woonhuis gestaan het waarin die respondente gewoon het. Die eiendom was met 'n

verband beswaar ten gunste van Eerste Nasionale Bank en nadat Panamo Properties agterstallig geraak het met die verbandbetalings, het die bank vonnis geneem teen die maatskappy en die eiendom is deur die hof uitwinbaar verklaar. In 'n poging om die verkoping van die eiendom te verhoed, het die direkteure Panamo Properties in ondernemingsredding geplaas by wyse van 'n direksiebesluit. 'n Reddingspraktisyn is aangestel en daarna is die eiendom verkoop in navolging van die reddingsplan wat deur die skuldeisers goedgekeur is.²⁹

Net voordat oordrag van die eiendom kon plaasvind, het die trust 'n dringende aansoek geloods vir 'n verklarende bevel dat die reddingsverrigtinge (en dus ook die verkoping van die eiendom) ingevolge artikel 129(5) nietig was omdat daar nie aan die prosedurele vereistes van artikel 129(3) en (4) voldoen is nie. Die praktisyn is byvoorbeeld eers agt (in plaas van vyf) sakedae na indiening van die direksiebesluit aangestel, en die kennisgewing aan geaffekteerde persone dat die maatskappy onder toesig geplaas is, was nie vergesel van die voorgeskrewe beëdigde verklaring waarin die gronde vir die direksiebesluit uiteengesit is nie.³⁰

6.2 Die beslissing van die hof a quo in *Nel v Panamo Properties (Pty) Ltd*³¹

Dit is opvallend – en korrek – dat die aansoek in hierdie saak nie om tersydestelling van die besluit ingevolge artikel 130(1)(a)(iii) was nie, omdat die besluit reeds verval het en nietig was. Dit sou in elk geval te laat gewees het vir 'n aansoek om tersydestelling, omdat dit net gebring mag word totdat 'n reddingsplan goedgekeur is, en daar was reeds 'n goedgekeurde plan. Die aansoek was bloot op die bepalings van artikel 129(5) gebaseer en die hof het bevestig dat artikel 130 nie van toepassing kon wees nie omdat daar geen besluit meer bestaan het om tersyde te stel nie; die besluit het verdwyn en alle regsrag verloor weens die nienakoming van die prosedurele vereistes. Die hof bevestig hierdie beginsel baie duidelik soos volg in die uitspraak:

The lapsed resolution caused an invalidity that prevented the coming into existence of the business rescue proceedings. And so *ex lege* there was [sic] no business rescue proceedings. The conclusion has serious implications on the invocation of the other provisions of the Act. There cannot be an Application in terms of s 130 to set aside a nonexistent situation or a resolution that amounts to nothing.³²

Die hof bevind verder dat nienakoming van die voorgeskrewe vereistes – met die uitsondering van aflewering van kennisgewings waar ingevolge artikel 6(9) wesenlike nakoming voldoende is – die gevolg het dat die direksiebesluit nietig is en verval asof dit nooit bestaan het nie. In hierdie verband stem die hof saam met die beslissing in *Advanced Technologies and Engineering* dat die betekenis en uitwerking van artikel 129(5) baie duidelik is. Nietemin is die hof van mening dat die wetgewer miskien nie al die moontlike gevolge van hierdie bepaling in gedagte gehou het in sy ywer om die proses so vinnig as moontlik te laat verloop nie en dat dit miskien nie 'n weldeurdagte bepaling is nie.³³

Hoewel dit duidelik was dat die trustees misbruik gemaak het van die reddingsprosedure en toe weer van die bepaling van artikel 129(5) sodat hulle hul woonhuis kon behou, het die hof geen ander keuse gehad nie as om die nodige verklarende bevel uit te reik dat die ondernemingsreddingsverrigtinge nietig was. Dog die hof beveel ook dat die trustees persoonlik vir die koste van die aansoek om 'n verklarende bevel aanspreeklik is. Die hof het

ook direk daarna die maatskappy (Panamo Properties) in finale likwidasië geplaas ingevolge 'n teenaansoek van Eerste Nasionale Bank.

6.3 Die beslissing van die hoogste hof van appèl

Die saak is met verloop van die hof *a quo* deur die maatskappy en die ondernemingsreddingspraktisyn in appèl geneem en die enigste punt waarvoor die appèl gehandel het, was die uitwerking van artikel 129(5) op ondernemingsreddingsverrigtinge wanneer die prosedures wat in artikel 129(3) en (4) voorgeskryf is, nie nagekom is nie.

Die eenparige uitspraak is gelewer deur appèlregter Wallis wat begin deur daarop te wys dat bereiking van die prysenswaardige doel van ondernemingsredding ongelukkig belemmer word deur die swak bewoording van die wet. Dit lei tot verwarring oor die uitleg van sekere bepalings, wat dan aan litigante die geleentheid bied om botsende bepalings en tegniese argumente te misbruik om die proses te veryd, soos wat in hierdie saak gebeur het.³⁴ Die hof verwys na *Henochsberg* waarin die moontlikheid geopper word dat die direksie van 'n maatskappy met voorbedagte rade sekere prosedurele vereistes nie nakom nie om tydelik die beskerming van ondernemingsredding te verkry, en dan net later weer moeiteloos die maatskappy daaruit te onttrek deur hul te beroep op die nietigheid van die besluit weens nienakoming van die voorgeskryfde prosedures.³⁵ Soos reeds verduidelik, is daar heelwat misbruik van die prosedure, maar dit is hoofsaaklik deur die gebruik daarvan om 'n informele en grootliks ongereguleerde likwidasië van die maatskappy te bewerkstellig, wat nou deur hierdie beslissing nog makliker gemaak is.

Die hof herhaal die beginsel dat waar daar botsende bepalings in 'n wet voorkom, daar sover moontlik 'n logiese betekenis aan elke woord geheg moet word sodat die bepalings met mekaar versoen kan word. Volgens regter Wallis is dit moontlik in hierdie geval sonder om die bewoording van die betrokke bepalings in die wet skade aan te doen.

Die eerste bepaling waarna die hof verwys, is artikel 132(2), wat die omstandighede uiteensit waarin ondernemingsredding eindig. In subartikel (2)(a)(i) word naamlik bepaal dat die verrigtinge eindig wanneer 'n hof die besluit of bevel wat die prosedure begin het, tersyde stel of die verrigtinge in likwidasiëverrigtinge omskep. Die hof kom dan tot die heel eienaardige gevolgtrekking dat selfs indien nienakoming van die formele vereistes tot gevolg het dat die direksiebesluit verval en nietig is, dit nie die reddingsverrigtinge beëindig nie en die hof nog eers die besluit ingevolge artikel 132(2)(a)(i) tersyde moet stel.

Hierdie argument maak doodeenvoudig nie sin nie: soos reeds gemeld, kan 'n nietige besluit nie nog ook tersyde gestel word nie en as die besluit *ab initio* nietig is en verval het, was daar geen geldige ondernemingsreddingsverrigtinge wat ontstaan het en dus beëindig kan word nie.³⁶ 'n Besluit wat nietig is en verval het, verskil hemelsbreed van een wat geldig is maar in 'n latere stadium deur die hof tersyde gestel word omdat die maatskappy nie (meer) in finansiële nood verkeer nie of daar nie 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word nie. In die eerste geval word geag dat die verrigtinge nooit begin het nie omdat die besluit nietig is, en dus nooit bestaan het nie: daar is dus geen reddingsverrigtinge wat kan eindig nie. In die tweede geval was daar inderdaad 'n geldige besluit en die verrigtinge het dus begin, maar omdat die maatskappy nie voldoen het aan die vereistes nie, of nie langer daaraan voldoen nie, word die besluit nou tersyde gestel en die verrigtinge kom tot 'n einde. Dit is ook die geval waar die hof om watter rede ook al van mening is dat dit reg en billik is

om die besluit tersyde te stel. Die verwysing deur die hof na beëindiging van die verrigtinge is dus misplaas, omdat daar geen verrigtinge is wat kan eindig nie.

In die hof *a quo* is hierdie beginsel ook soos volg korrek en duidelik gestel:

The resolution's effectiveness to trigger or cause the business rescue proceedings to begin becomes a nullity, in other words *it will not cause the commencement of the business rescue proceedings*,³⁷ in that sense become a nullity. The end result being that the business rescue proceedings did not commence (did not come into existence).³⁸

Die hoogste hof van appèl voer verder aan dat dit absurd sou wees indien reddingsverrigtinge outomaties eindig weens 'n geringe versuim, soos waar die praktisyn een dag later as die voorgeskrewe tydperk aangestel word, terwyl 'n hof oor belangrike aspekte moet besluit soos of die maatskappy in finansiële nood verkeer of gered kan word.

Hierdie argument oortuig allermens: eerstens is dit maklik en objektief vasstelbaar of die voorgeskrewe prosedures en tydperke nagekom is of nie, en of die besluit gevolglik nietig is, terwyl die reddingspraktisyn en geaffekteerde persone (laasgenoemdes ook onder mekaar) verskillende opinies kan hê oor veral die vraag of daar 'n redelike vooruitsig is dat die maatskappy gered kan word. Daarom is dit nodig dat 'n hof genader moet word om 'n objektiewe besluit te neem. Verder is daar, soos reeds aangedui, belangrike redes vir die bestaan en afdwing van hierdie streng tydperke om misbruik van die proses te verhoed en die reddingsverrigtinge so gou as moontlik af te handel.

Nog meer verbasend is dat appèlregter Wallis self erken – hoewel net in 'n voetnoot – dat die wet in artikel 129(6) 'n duidelike verskil tref tussen 'n besluit wat nietig is en verval het en ondernemingsreddingsverrigtinge wat tot 'n einde kom, maar dan verklaar dat dit nie vir doeleindes van hierdie uitspraak van belang is nie.³⁹ In die genoemde subartikel word naamlik bepaal dat 'n maatskappy wat 'n besluit geneem het om met ondernemingsredding te begin, nie 'n besluit mag aanneem om met likwidasierigtinge te begin nie tensy die besluit *ingevolge artikel 129(5) verval het, of die ondernemingsreddingsverrigtinge geëindig het soos bepaal in artikel 132(5)*.⁴⁰ Dit is moeilik om te begryp hoe hierdie baie duidelike verskil wat die wetgewer tussen die twee situasies maak, doodeenvoudig geïgnoreer kon word.

Om die argument verder te staaf dat 'n hofbevel om die besluit tersyde te stel altyd nodig is om die reddingsverrigtinge te beëindig, selfs waar die besluit om daarmee te begin nietig is en verval het, gaan die hof nou verder deur te verklaar dat artikel 130(5)(a)(ii) waarvolgens die hof 'n besluit ook tersyde kan stel indien dit as andersins reg en billik beskou word, inderdaad nie 'n afsonderlike grond vir tersydestelling daarstel nie. Die hof kom tot hierdie gevolgtrekking ten spyte van die woord "of" wat gebruik word tussen subartikel (5)(a)(i) (wat bepaal dat die hof die besluit tersyde kan stel op een van die drie gronde waarop die aansoek gebaseer mag word) en die grond genoem in subartikel (5)(a)(ii).⁴¹ Volgens die hof is die woord "of" hier verkeerdelik gebruik en moet dit gelees word as "en". Dit beteken dat die hof in enige aansoek om tersydestelling van die direksiebesluit oor 'n diskresie beskik om die besluit tersyde te stel, en dit slegs sal doen indien dit reg en billik sou wees na oorweging van al die getuienis. Die woord "andersins" ("otherwise" in die Engelse teks) beteken dus nie dat dit 'n verdere grond vir tersydestelling daarstel nie, maar bloot net 'n verdere vereiste is selfs

al is daar bewys dat een van die drie gronde waarop die aansoek gebaseer is, wel teenwoordig is.

Volgens die hof sal so 'n interpretasie artikel 130(1)(a) en artikel 130(5)(a) met mekaar versoen en die gronde waarop die besluit tersyde gestel kan word, beperk tot die drie gronde uiteengesit in artikel 130(1)(a). Dit is glad nie duidelik waarom die hof dit nodig vind om hierdie twee bepalinge met mekaar te versoen nie, aangesien daar geen konflik tussen hierdie bepalinge is nie. Soos reeds verduidelik, bestaan daar goeie redes waarom 'n hof oor die bevoegdheid moet beskik om 'n direksiebesluit tersyde te stel indien dit reg en billik is, selfs al kon die aansoeker nie een van die voorgeskrewe gronde op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys nie. Aan die ander kant, indien 'n aansoeker sy aansoek om tersydestelling van die besluit sou kon baseer op die uiters wye en ietwat vae grond dat dit reg en billik is, sou dit sonder twyfel daartoe aanleiding gee dat 'n groot aantal ondernemingsreddingsverrigtinge in die hof aangeveg sou word deur geaffekteerde persone wat om watter rede ook al die verrigtinge wou ondermyn. Dit sou selfs daartoe kon lei dat die meerderheid reddingsverrigtinge wat deur 'n direksiebesluit begin is, tog deur die hof beoordeel sou moes word. Dit is juis die situasie wat die wetgewer wou vermy weens die verdragings en hoë koste wat hofprosesse meebring.

Die konflik wat bestaan, is tussen artikel 129(5) en artikel 130(1). Soos reeds verduidelik, moet artikel 129(5) as die korrekte en deurslaggewende een beskou word. Die hof gee steeds geen verduideliking van hoe dit moontlik is om 'n besluit wat reeds verval het en nietig is, tersyde te stel nie. Die verwysing na die nodigheid van 'n hofbevel vir die beëindiging van reddingsverrigtinge weens die bepalinge van artikel 132(2)(a)(i) is nie in hierdie opsig bevredigend nie. Hierdie artikel bepaal slegs dat die verrigtinge (outomaties) eindig wanneer 'n hof die besluit tersyde stel. In hierdie geval is dit dus nie die hofbevel wat direk die verrigtinge laat eindig nie maar indirek deur die besluit – wat heeltemal geldig was – tersyde te stel.

Dit is ironies dat die hof in sy interpretasie van artikel 129(5) verwys na sy eie beslissing in *Natal Joint Municipal Pension Fund v Endumeni Municipality*⁴² wat ook deur appèlregter Wallis gelewer is en waarin gesê is dat 'n regter moet waak teen die versoeking om die woorde wat in die wet gebruik word, te vervang deur sy eie woorde wat hy as redeliker of meer sinvol of prakties beskou⁴³ – dit sou die skeidslyn tussen interpretasie en wetskepping oorskry. Tog is dit juis wat die hof hier doen deur die duidelike bewoording van artikels 129(5) en (6) te ignoreer en artikel 130(5)(a) te vervang deur sy eie bewoording omdat hy nie hou van die streng bepaling in artikel 129(5) waarvolgens die besluit outomaties verval nie.

7. Die effek van die beslissing in *Panamo Properties (Pty) Ltd v Nel*

Die beslissing van die hoogste hof van appèl in hierdie saak sal gevolge hê wat baie wyer strek as slegs die direkte gevolge van nienakoming van die prosedurele vereistes.

Eerstens is daar geen duidelikheid oor die status van die maatskappy of oor die magte van die direksie en ondernemingsreddingspraktisyn in die tydperk nadat die besluit verval het en totdat die hofbevel uitgereik word wat die reddingsverrigtinge beëindig nie. As die aansoek om tersydestelling teengestaan word, kan dit maande duur voordat die hof uiteindelik die

saak aanhoor en daaroor beslis, en die tydperk van onsekerheid kan dus vir 'n geruime tyd voortduur. Is die maatskappy nog steeds onder toesig hoewel die besluit waarmee die prosedure begin is, nietig is? Dit sou beteken dat die praktisyn moet voortgaan om die maatskappy te bestuur terwyl die direkteure ooreenkomstig sy opdragte moet handel en grootliks vrygestel is van aanspreeklikheid vir verbreking van hul vertrouensverpligtinge en plig tot sorg, vaardigheid en noulettendheid solank hulle dit doen. Die vraag is dan: Indien die hof beslis dat die reddingsverrigtinge tot 'n einde gekom het omdat die besluit nietig is, en die aanstelling van die praktisyn dus ook ongeldig is, op watter gronde kan die praktisyn aanspraak maak op sy fooie? En is al sy handeling nou nietig omdat hy geen *locus standi* gehad het om namens die maatskappy op te tree nie? Aan die ander kant moet dan ook gevra word of die direkteure wel aanspreeklik gehou kan word vir verbreking van hul verpligtinge vir handeling en besluite gedurende hierdie tydperk omdat daar toe tog nie 'n geldige ondernemingsreddingsproses aan die gang was nie.

Die verwarring wat geskep is deur die uitspraak in die *Panamo*-saak het net enkele maande later duidelik geblyk uit die beslissing van die hoogste hof van appèl in *Newton Global Trading (Pty) Ltd v Da Corte*.⁴⁴ Hoewel die maatskappy nie voldoen het aan verskeie van die prosedurele vereistes van artikel 129(3) en (4) nie, en die hof inderdaad bevestig het dat die besluit om met ondernemingsredding te begin gevolglik nietig was, beslis die hof nogtans dat aangesien die ondernemingsredding nog nie deur 'n hof tersyde gestel is nie, die praktisyn steeds die nodige *locus standi* het om namens die maatskappy regsgedinge aanhangig te maak. Ongelukkig was dit nie vir die hof nodig om te beslis wat die uitwerking sou wees indien die ondernemingsredding wel deur 'n hof tersyde gestel word nie. Sou dit in so 'n geval terugwerkende krag hê wat alle stappe deur die praktisyn nou ongeldig maak? Waarskynlik nie, aangesien die hof beslis dat die praktisyn steeds *locus standi* het en dus sekerlik alle magte mag uitoefen wat die wet toelaat totdat 'n bevel wat die ondernemingsredding beëindig, uitgereik word (indien ooit). Waarop dit neerkom, is dat daar 'n tydelike geldige ondernemingsreddingsproses deur die hof geskep word wat op 'n ongeldige en nietige direksiebesluit berus. Dis is doodgewoon onaanvaarbaar.

Ingevolge artikel 130(1) moet alle geaffekteerde persone in kennis gestel word van 'n aansoek om tersydestelling van die besluit en dit moet op die kommissie en die maatskappy beteken word. Dit sal die koste van so 'n aansoek aansienlik verhoog en in baie gevalle sal geaffekteerde persone dus besluit om liever nie die aansoek te bring nie, veral aangesien daar 'n risiko is dat die hof kan besluit om nie die ondernemingsredding te beëindig nie. As niemand aansoek doen om beëindiging van die ondernemingsredding nie, dan is die vraag of die praktisyn eenvoudig maar kan voortgaan asof die besluit nie verval het nie, of, aan die ander kant, die maatskappy vir ewig in 'n soort tussenwêreld moet rondweef omdat dit nie geldig onder toesig is nie maar die verrigtinge ook nie deur 'n hof beëindig (of bevestig) is nie. Dit is onwaarskynlik dat 'n reddingspraktisyn bereid sal wees om in hierdie omstandighede met sy taak voort te gaan, omdat sy of haar aanstelling streng genome ongeldig is. Die direkteure het egter ook nie die nodige magte om die maatskappy te beheer nie, omdat artikel 140(1)(a) bepaal dat "gedurende" ondernemingsredding die praktisyn volle bestuursbeheer oor die maatskappy in die plek van die direksie en vorige bestuur het. Tot tyd en wyl 'n hof dus nou verklaar dat ondernemingsredding geëindig het, is alle bepalinge wat van toepassing is "gedurende" ondernemingsreddingsverrigtinge steeds op die maatskappy van toepassing.

Banke sal huiwerig wees om kapitaal aan so 'n maatskappy te voorsien, en nie baie verskaffers of kliënte van die maatskappy sal bereid wees om met die maatskappy sake te doen nie. Die kans dat 'n maatskappy in hierdie omstandighede gered sal kan word, is gering. Die moontlikhede vir misbruik is ook amper onbeperk, omdat onder andere die moratorium wat skuldeisers verbied om hul eise af te dwing tensy hulle toestemming van die praktisyn of die hof het, bly voortbestaan totdat die verrigtinge eindig.

Sou die hof beslis dat die ondernemingsreddingsverrigtinge nie tot 'n einde gekom het nie, is die situasie nie juis eenvoudiger nie. Herleef die nietige besluit ten spyte daarvan dat dit reeds verval het en nietig is? Indien wel, moet seker aanvaar word dat die situasie nou dieselfde is as wanneer ondernemingsreddingsverrigtinge deur 'n hofbevel begin is, hoewel die aanvangsdatum nie die datum van die aansoek sal wees soos gewoonlik die geval is nie, maar wel die datum waarop die besluit ingedien is – al is die besluit eintlik nietig. Of moet 'n hof die aansoek hanteer asof dit 'n aansoek is vir die begin van ondernemingsredding en dus kyk of aan al die vereistes vir so 'n aansoek ingevolge artikel 131 voldoen is? Artikel 132(1) bepaal dat ondernemingsredding begin wanneer die direksiebesluit by die kommissie ingedien word, of die maatskappy ingevolge artikel 129(5)(b) aansoek doen om toestemming om weer 'n besluit in te dien omdat die vorige een nietig is, of wanneer 'n geaffekteerde persoon by die hof aansoek doen om 'n bevel om die maatskappy onder toesig te plaas. Nie een van hierdie moontlikhede maak voorsiening vir die onhoudbare situasie wat deur die *Panamo*-beslissing geskep is nie. Daar sal selfs nog meer manipulasie van die wet se bepalings moet plaasvind om die nietige besluit weer te laat herleef (sonder enige voorsiening daarvoor in die wet), sodat alle handelinge en besluite van die praktisyn vanaf die indiening van die oorspronklike besluit geldig sal wees.

Daar is geen tydsbeperkinge neergelê deur die hof waarbinne 'n maatskappy aan die prosedurele vereistes moet voldoen nie. Kan die direkteure dus vir 'n onbepaalde tydperk voortgaan om die voordele van reddingsverrigtinge te geniet, soos die moratorium en die beperking van die regte van eienaars wie se eiendom in die wettige besit van die maatskappy by aanvang van die reddingsverrigtinge was sonder om geaffekteerde persone in kennis te stel of selfs 'n reddingspraktisyn aan te stel soos deur die wet vereis? Selfs al word aanvaar dat die prosedurele vereistes binne 'n redelike tyd na indiening van die besluit voltooi moet word, sal nie alle houe noodwendig saamstem oor hoe lank so 'n tydperk sou wees nie: enigiets van 'n dag tot 'n maand of miskien selfs langer is moontlik. Dit skep 'n onaanvaarbare onsekerheid wat uiteindelik tot nadeel van die prosedure sal strek deur die agterdog en skeptisisme wat reeds bestaan oor die voordele daarvan, te verhoog.

Die vrees is voorheen uitgespreek dat direkteure in die tydperk van vyf sakedae tussen indiening van die besluit en aanstel van 'n praktisyn bates van die maatskappy sal kan verkoop omdat die wet geen bepalings bevat wat die direkteure verbied om dit te doen nie, hoewel dit sekerlik ongeoorloof is.⁴⁵ Hierdie risiko en vele ander is nou des te groter omdat hierdie tydperk nou langer kan duur en die direksie van die geleentheid gebruik kan maak om bates te verduister en te verkoop sonder die oorsig en kontrole van 'n ondernemingsreddingspraktisyn.

Verdere onsekerheid heers oor die moontlikheid om ingevolge artikel 129(3) by die kommissie aansoek te doen om 'n langer tydperk as die voorgeskrewe vyf sakedae om aan geaffekteerde persone kennis te gee van die aanvang van ondernemingsredding of 'n ondernemingsreddingspraktisyn aan te stel. Soos reeds genoem, was die houe se houding tot

dustryk dat so 'n aansoek gedoen mag word slegs voordat die voorgeskrewe vyf dae verstryk het, aangesien die besluit daarna verval en daar dus nie meer enige ondernemingsreddingsverrigtinge bestaan nie. Deurdat die hoogste hof van appèl nou beslis het dat die besluit wel verval het maar die reddingsverrigtinge nie geëindig het nie, ontstaan die vraag of 'n aansoek om uitstel wel nog gedoen kan word totdat 'n hof beslis dat die verrigtinge tot 'n einde gekom het. En as hierdie uitstel verleen word, sal dit tot gevolg hê dat die nienakoming van hierdie twee vereistes nou uitgekanselleer word en die ondernemingsreddingsbesluit weer herleef? Daar is geen moontlikheid geskep in die wet vir verlenging van die voorgeskrewe tydperk waarbinne die kennisgewing van die aanstelling van die ondernemingsreddingspraktisyn by die kommissie ingedien moet word en aan geaffekteerde persone verskaf moet word nie. Indien 'n maatskappy nou doodeenvoudig hierdie verpligtinge na verstryking van die voorgeskrewe tydperk nakom, is die vraag of dit die nietigheid van die besluit outomaties ophef aangesien die reddingsverrigtinge nog steeds nie deur 'n hofbevel beëindig is nie.

Die verwydering van "andersins reg en billik" as 'n afsonderlike en onafhanklike grond vir die beëindiging van reddingsverrigtinge deur die hof is 'n groot verlies. Dit het 'n laaste uitkoms gebied aan geaffekteerde persone om die verrigtinge stop te sit as daar duidelike misbruik van die prosedure was. Soos reeds genoem, was een voorbeeld van die nuttigheid van hierdie bepaling dat die wet nie voorsiening maak vir enige maatreël of sanksie om 'n praktisyn te dwing om 'n reddingsplan op te stel binne die voorgeskrewe tydperk van 25 sakedae na sy of haar aanstelling nie. Gevolglik sou 'n geaffekteerde persoon by die hof kon aansoek doen om die ondernemingsredding te beëindig op grond daarvan dat dit reg en billik is.

Aan die ander kant is dit nou heelwat moeiliker vir 'n geaffekteerde persoon om te slaag in sy aansoek om tersydestelling van die besluit, selfs al kan die aansoeker bewys dat daar geen redelike grondslag is om te glo dat die maatskappy in finansiële nood is nie, of dat daar geen redelike vooruitsig is om die maatskappy te red nie. Die *Panamo*-beslissing het nou 'n verdere struikelblok vir sulke aansoekers geskep, omdat daar bykomend tot die genoemde gronde ook bewys sal moet word dat dit regverdig en billik is om die ondernemingsredding te beëindig. In *Commissioner for the South African Revenue Service v Business Zone 983 CC*⁴⁶ bevind die hof met verwysing na die uitspraak in die *Panamo*-saak dat hoewel daar, afgesien van die nienakoming van sekere prosedurele vereistes, ook geen redelike vooruitsig was dat enige van die vier betrokke beslote korporasies gered kon word nie, die hof ook oortuig moet wees dat dit regverdig en billik sou wees om die besluit tersyde te stel.

Nog 'n remedie wat nou waarskynlik langelê is deur hierdie beslissing, is die moontlikheid om aansoek te doen by die hof om toestemming om dadelik 'n nuwe besluit om met ondernemingsredding te begin by die kommissie in te dien indien die vorige een verval het weens nienakoming van die voorgeskrewe prosedures van artikel 129(3) en (4). Die wet maak voorsiening daarvoor dat 'n *ex parte*-aansoek gebring kan word om die toestemming te verkry, wat beteken dat dit nie nodig is om aan die geaffekteerde persone kennis te gee nie. In dringende gevalle is dit moontlik om hierdie toestemming binne 24 uur te kry. Indien die maatskappy egter nog steeds geag word onder toesig te wees totdat 'n hof die nodige bevel tot beëindiging uitreik, kan hierdie aansoek nie gebring word nie, selfs al besef en aanvaar die maatskappy dat die vereistes nie nagekom is nie en die besluit dus verval het en ongeldig is. Daar kan vanselfsprekend tog nie 'n tweede ondernemingsreddingsproses begin word as die maatskappy reeds of nog steeds in ondernemingsredding is nie. 'n Maklike, vinnige en

relatief goedkoop oplossing vir die probleem is dus effektief deur die hoogste hof van appèl geneutraliseer en uitgeskakel. Alle maatskappye in hierdie situasie word dus gedwing om vir 'n uitgerekte tydperk van onsekerheid te probeer oorleef en die risiko te loop dat 'n hof tog uiteindelik sal beslis dat die ondernemingsredding wel tot 'n einde gekom het. Die maatskappy sal dus 'n teenaansoek moet bring (ingeval die aansoek om tersydestelling slaag) dat die hof 'n bevel sal uitreik wat die maatskappy onder toesig plaas ingevolge artikel 131, omdat dit nie duidelik is of die driemaande-verbod nog steeds in hierdie geval geld nie, veral aangesien dit nie normaalweg geld as die aanvanklike besluit om met ondernemingsredding te begin, deur die hof tersyde gestel word nie.

8. Gevolgtrekking

Dit is duidelik dat die hoogste hof van appèl se uitspraak in 'n groot mate beïnvloed was deur die begeerte om die ooglopende misbruik van ondernemingsredding in hierdie geval te beëindig. Dit blyk uit die hof se opmerking dat direkteure die prosedure kan misbruik deur die verrigtinge te begin juis om voordeel te trek uit die gevolge wat outomaties intree maar dan 'n agterdeur ooplaat om die ondernemingsredding in enige stadium te kan staak deur opsetlik sekere vereistes van artikel 129 nie na te kom nie en dan op die nietigheid van die proses te steun.

Die feit is egter dat die moontlikheid nou geskep is vir veel groter misbruik deurdat direkteure met die proses kan begin om voordeel trek uit die gevolge wat outomaties intree, maar vir 'n onbepaalde tydperk geen kennis aan geaffekteerde persone gee nie, en ook nie 'n ondernemingsreddingspraktisyn aanstel wat hul magte en bevoegdheid sal beperk nie.

Daarby is ander gevalle van misbruik van ondernemingsredding reeds lankal wydverspreid weens die feit dat dit so maklik is om prosedures te begin deur blote indiening van 'n direksiebesluit. Dit word reeds dikwels gebruik om likwidasieverrigtinge en die risiko van persoonlike aanspreeklikheid wat dit vir roekelose en bedrieglike direkteure kan inhou, te verhinder of op te skort en om informele, ongereguleerde likwidasies te bewerkstellig. Daar is sekerlik beter maniere om misbruik te verhinder, soos in hierdie geval waar die maatskappy in elk geval in likwidasie geplaas is.

Ten slotte: Daar kan wel gevra word of die tydperke moontlik te kort is, en of dit geregverdig is dat enige versuim om die voorgeskrewe prosedures nougeset te volg, so 'n drastiese sanksie (nietigheid van die hele proses) tot gevolg moet hê. Indien die hof egter wel van mening is dat dit inderdaad die geval is, beteken dit nie dat die duidelike bepalings van die wet deur die hof gemanipuleer en effektief gewysig en oorgeskryf mag word nie. Soos met al die ander problematiese en swak bepalings in hierdie deel van die wet, is dit die taak van die wetgewer.

Bibliografie

Cassim, F.H.I., M.F. Cassim, R. Cassim, R. Jooste, J. Shev en J. Yeats. 2012. *Contemporary company law*. Claremont: Juta.

Delport, P.A. en Q. Vorster. 2011. *Henocheberg on the Companies Act, 2008*. LexisNexis: Durban.

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.

—. 2013. Tilting at windmills? The quest for an effective corporate rescue procedure in South African law. *SA Tydskrif vir Handelsreg*, 25(4):437–57.

Eindnotas

¹ Die bepalings van hfst. 6 is ingevolge item 6 van bylae 3 tot die Maatskappywet ook van toepassing op beslote korporasies en hoewel geriefshalwe net die terminologie vir maatskappy gebruik word, moet aangeneem word dat beslote korporasies en hul lede met die nodige veranderinge hierby ingesluit is.

² In die getekende Engelse teks word dit selfs nog duideliker gestel, nl. dat die besluit in so 'n geval "lapses and is a nullity".

³ Art. 129(5)(b).

⁴ Hierdie teenstrydigheid is dan ook in verskeie beslissings uitgewys, soos *ABSA Bank Limited v Caine* 2014-04-02 saaknr. 3915/13 (FB).

⁵ *Panamo Properties (Pty) Ltd v Nel* 2015 5 SA 63 (HHA).

⁶ Definisies vir “in finansiële nood” en “die maatskappy red” word onderskeidelik in art. 128(1)(f) en (h) aangetref maar is nie spesifiek van belang vir doeleindes van hierdie artikel nie.

⁷ Art. 129(2)(b).

⁸ Art. 132(1)(a)(i).

⁹ Ingevolge reg. 123(1) moet vorm CoR 123.1 gebruik word vir liassering van die besluit en om kennis aan geaffekteerde persone te gee.

¹⁰ Art. 129(3)(b).

¹¹ Dit is ook so bevestig in *Advanced Technologies and Engineering Company (Pty) Ltd (in business rescue) v Aeronautique et Technologies Embarquées SAS* 2012-06-06 saaknr. 72522/11 (GNP).

¹² Art. 129(4).

¹³ Sien Loubser (2013:456) oor die wydverspreide misbruik van hierdie prosedure deur direkteure wat likwidasië van die maatskappy probeer vermy weens o.a. die gepaardgaande

moontlikheid van persoonlike aanspreeklikheid ingevolge art. 424 van die Maatskappywet 61 van 1973 wat nog steeds by die likwidasië van insolvente maatskappye van toepassing is. Hierdie misbruik is reeds juis uitgewys in *Oakdene Square Properties (Pty) Ltd v Farm Bothasfontein (Kyalami) (Pty) Ltd* 2013 4 SA 539 (HHA).

¹⁴ 2015-03-09 saaknr. 47327/14 (GNP).

¹⁵ Ingevolge art. 150(5).

¹⁶ 2014 1 SA 103 (KZP).

¹⁷ 2011-06-06 saaknr. 72522/11 (GNP).

¹⁸ 20.

¹⁹ 2012-8-15 saaknr. 38906/12.

²⁰ 2014 6 SA 29 (GJ).

²¹ Art. 137(4).

²² Dit kon moontlik voorheen nog gebeur het dat 'n vertraging in die uitreiking deur die kommissie van die praktisyn se lisensie vir daardie spesifieke saak sy of haar laat aanstelling veroorsaak het, maar sedert 1 April 2015 word 'n algemene lisensie aan kwalifiserende praktisyns uitgereik wat vir 'n onbeperkte tyd geldig is.

²³ 2012-06-21 saaknr. 812/12 (OKP).

²⁴ In *Firststrand Bank Limited v Deoland Investments (Pty) Ltd* 2014-04-04 saaknr. 14671/13 (WKK) par. 33 is die belangrikheid van die verklaring vir geaffekteerde persone ter beskerming van hul regte sterk beklemtoon.

²⁵ *Staatskoerant* nr. 32121, kennisgewing nr. 421 2009-04-09.

²⁶ Die Maatskappywysigingswet 3 van 2011 is op 20 April 2011 geproklameer in *Staatskoerant* nr. 34243, kennisgewing nr. 370.

²⁷ Sien Loubser (2010:503) wat voor die wysiging van die wet gepubliseer is en waarin die oorspronklike bewoording van art. 218(1) as moontlike verklaring vir die teenstrydigheid aangedui is.

²⁸ Ingevolge art. 120 van die Wysigingswet is die volgende woorde aan die begin van art. 218(1) ingevoeg: "Behoudens enige bepaling in hierdie Wet wat spesifiek 'n bepaling, ooreenkoms of besluit ... nietig verklaar ..."

²⁹ Ooreenkomstig art. 152.

³⁰ Soos vereis deur art. 129(3).

³¹ *Nel v Panamo Properties (Pty) Ltd* 2011–10–28 saaknr. 56399/13 (GNP).

³² Par. 28.

³³ Sien in hierdie verband Loubser (2010:503) wat reeds voor inwerkingtreding van die wet gewaarsku het dat selfs 'n redelik klein en onbelangrike fout in die voorgeskrewe formele prosedures die ernstige gevolg van nietigheid van die hele proses tot gevolg kan hê.

³⁴ 65.

³⁵ Delpont en Vorster (2011:461).

³⁶ Dit is ook die standpunt van Delpont en Vorster (2011:463) wat daarop wys dat die duidelike bewoording van art. 129(5)(a) waarvolgens die direksiebesluit *ex tunc* nietig is, nie doodeenvoudig geïgnoreer kan word en die besluit onderhewig gestel kan word aan tersydestelling ingevolge art. 130 nie.

³⁷ My beklemtoning.

³⁸ Par. 26.

³⁹ Par. 28 vn. 16.

⁴⁰ My beklemtoning.

⁴¹ In die getekende Engelse teks bepaal art. 130(5)(a) dat die hof die direksiebesluit tersyde mag stel

“(i) on any grounds set out in subsection (1); or
(ii) if, having regard to all of the evidence, the court considers that it is otherwise just and equitable to do so.”

⁴² 2012 4 SA 593 (HHA).

⁴³ Par. 18.

⁴⁴ 2015-02-12 saaknr. 104/15 (HHA).

⁴⁵ Cassim e.a. (2012:869).

⁴⁶ 2015-09-07 saaknr. 9673/15 (WKK).