

Vonnisbespreking: Quo vadis ondernemingredding? *National Union of Metalworkers of South Africa obo Members v South African Airways (SOC) Limited (In Business Rescue) saaknr. J424/20 (AH)*

Stefan van Eck en André Boraine

Stefan van Eck, Departement Handelsreg, Universiteit van Pretoria
André Boraine, Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Pretoria

Abstract

Quo vadis business rescue?

The South African Airways (SAA) has been in business rescue since December 2019. During the rescue process, the business rescue practitioners gave SAA employees a section 189(3) notice to dismiss on grounds of operational requirements in terms of the Labour Relations Act 66 of 1995. In *South African Airways Van Niekerk J* of the Labour Court held that it was procedurally unfair to issue such a notice before a business rescue plan was tabled in terms of the Companies Act 71 of 2008. This decision was confirmed by Phatshoane J of the Labour Appeal Court. The authors review the historical period during which labour law has influenced the fields of insolvency and company law before they consider whether the Labour Court was correct in its interpretation of the Companies Act. We also mention instances where the Labour Appeal Court placed the emphasis on particular aspects. The *South African Airways* case is yet another example of where the courts had to grapple with the alignment of the provisions of different legal disciplines and the decisions provide suggestions to business rescue practitioners and policy makers following this ruling.

Keywords: business rescue plan; business rescue practitioner; business rescue process; Companies Act; dismissal based on operational requirements; Labour Relations Act; section 189(3) notice; South African Airways

Trefwoorde: artikel 189(3)-kennisgewing; Maatskappywet; ondernemingreddingsplan; ondernemingreddingspraktisyn; ondernemingreddingsverrigtinge; ontslag weens operasionele redes; Suid-Afrikaanse Lugdiens; Wet op Arbeidsverhoudinge

1. Inleiding

Die Suid-Afrikaanse Maatskappywet 71 van 2008 (die Maatskappywet) is meer as 'n dekade gelede herskryf en is op 1 Mei 2011 in werking gestel (Delpont 2019:442). Die oogmerke van die Maatskappywet sluit onder andere in die doeltreffende ondernemingredding en herstel van maatskappye wat finansiële in nood verkeer (art. 7). Hierdie doelstelling gaan hand aan hand met die belangrike beginsels van ekonomiese groei, werkskepping, die behoud van bestaande werksgeleenthede en oorwegings van maatskaplike geregtigheid.

In die saak onder bespreking het regter Van Niekerk van die Arbeidshof onlangs beslis dat 'n ondernemingreddingspraktisyn (reddingspraktisyn) werknemers nie weens operasionele redes mag ontslaan voordat daar 'n ondernemingreddingsplan (reddingsplan) opgestel is wat vir sodanige afleggingsvoorsiening maak nie. Hierdie uitspraak is in *South African Airways (SOC) Limited (In Business Rescue) v National Union of Metalworkers of South Africa obo Members 2020–07–09* saaknr. JA32/2020 (AAH) gelyk gegee. Die Arbeidshof se uitspraak het felle kritiek ontlok en die doel van die bespreking is om hierdie uitspraak te ontleed en om aanbevelings te maak oor hoe die uitspraak in die praktyk toegepas moet word. Daar word slegs enkele opmerkings oor die Arbeidsappèlhofuitspraak gemaak in soverre dit iets van waarde vir dié bespreking byvoeg.

South African Airways (AH) word teen die agtergrond van tersaaklike beginsels van die insolvensie- en ondernemingreddingsreg bespreek soos dit tans in die Suid-Afrikaanse reg toepassing vind.

2. Die status van werknemers in insolvensie en ondernemingreddingsreg

2.1 Insolvensiereg

Ongeveer 20 jaar gelede is daar wysigings aan die Insolvensiewet 24 van 1936 aangebring wat onder andere daarop gemik was om die status van werknemers te verbeter in omstandighede wanneer die boedel van die werkgewer gesekwestreer is of in die geval waar 'n maatskappy of beslote korporasie vanweë die onvermoë om skuld te betaal, gelikwedeer is (Boraine en Van Eck 2003:1840). Hierdie wysigings is aangewakker deur artikel 23(1) van die Grondwet van 1996 wat die reg op billike arbeidspraktyke as 'n fundamentele reg bevorder (Van Eck, Boraine en Steyn 2004:902). Daar moet ook op gelet word dat Suid-Afrika toe nog nie 'n behoorlike ondernemingreddingskultuur of -proses gehad het wat daarop gerig was om ondernemings wat werksgeleenthede bied, te probeer rehabiliteer eerder as om dit te likwedeer nie. Hierdie ontwikkelings het 'n hele paar jaar gelede plaasgevind voordat die Maatskappywet nuwe ondernemingreddingsprosesse na Suid-Afrika gebring het (Loubser 2010:2–3).

Wat die insolvensiereg aanbetref, het artikel 38 van die Insolvensiewet voorheen bepaal dat dienskontrakte met die aanvang van sekwestrasie of likwidasië van die werkgewer summier en deur regswerking beëindig word. Wat die arbeidsreg betref, het die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 (WAV) egter wel gepoog om die status van die werknemers van insolvente werkgewers te beskerm. Artikel 197 het bepaal dat indien die besigheid van 'n insolvente werkgewer na 'n nuwe werkgewer as 'n lopende onderneming oorgedra is, die voormalige werknemers se dienskontrakte na die nuwe werkgewer sou oorgaan. Hierdie bepaling het tot

vele uitlegprobleme aanleiding gegee. Artikel 38 van die Insolvensiewet het immers bepaal dat dienskontrakte in die gesketste omstandighede beëindig sou word. Hierdie kwessie het tot verdere regshervorming gelei (vgl. *SA Agricultural Plantation & Allied Workers Union v HL Hall & Sons Group Services Ltd* (1990) 20 *ILJ* 399 (AH); Lombard en Borraine 1999:300).

Voormelde regshervormingsproses was daarop gemik om in die geval van hul werkgewers se insolvensie 'n verbeterde maatskaplike pakket aan werknemers te bied (Kunst e.a. 2019, par. 5.21.10; Bertelsmann e.a. 2019, par. 12.6). Die nuwe pakket het ingesluit dat dienskontrakte na die wysiging van artikel 38 van die Insolvensiewet met die aanvang van sekwestrasie of likwidasie opgeskort word. Die werknemers ontvang voorts werkloosheidsversekeringsstoelae tydens sodanige periode van opskorting, waartydens hulle ook nie hul dienste hoef aan te bied nie. Voormelde artikel 197 van die WAV is ook gewysig om voorsiening daarvoor te maak dat werknemers, of hul verteenwoordigers, geregtig is om kennis van die sekwestrasie- of likwidasie-aansoek te ontvang. Die voormalige artikel 100 van die Insolvensiewet is ook deur artikel 98A vervang wat die voorkeureise van werknemers teen die insolvente boedel van die werkgewer verbeter het. Hierdie pakket het vanaf 1 Januarie 2003 gegeld, hoewel sommige van die bepalinge al reeds voor hierdie datum in werking getree het (Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1840; Kunst e.a. 2019, par. 5.21.10).

Wat was die beweegrede vir die wysiging van artikel 38 van die Insolvensiewet? Om die vraag te beantwoord, moet eers daarop gelet word dat artikel 38(4) van die Insolvensiewet die finale kurator of likwidateur magtig om dienskontrakte onderworpe aan subartikels 38(5) en 38(7) van die Insolvensiewet te beëindig. Die dienskontrakte mag egter nie beëindig word tensy die kurator of likwidateur eers in konsultasies met relevante partye, soos geregistreerde vakbonde, getree het nie met die oog daarop om voorstelle ter behoud of redding van die besigheid te ontvang (art. 38(5)).

Tensy die kurator of likwidateur en 'n werknemer ooreengekom het op die voortgesette indiensneming van sekere werknemers, word alle opgeskorte dienskontrakte outomaties 45 dae na die aanstelling van die finale kurator of likwidateur beëindig (art. 38(6)). Artikel 197A van die WAV bepaal egter steeds dat waar die onderneming selfs in sulke omstandighede as 'n lopende saak aan 'n nuwe werkgewer uit die insolvente boedel oorgedra word, die dienskontrakte (of voormalige dienskontrakte) deur regswerking na die nuwe eienaar oorgedra word.

Ter samevatting moet daarvan kennis geneem word dat hierdie pakket van wysigings bykans 20 jaar gelede, en ook voor die invoering van ondernemingredding in die Maatskappywet van 2008, plaasgevind het. Dit was reeds 'n duidelike boodskap van beleidmakerskant: Onder die vaandel van billike arbeidspraktyke was die vertrekpunt dat werknemers tydens sekwestrasie en likwidasie op beter beskerming geregtig behoort te wees.

2.2 Ondernemingredding

Tesame met ontwikkelings in die insolvensiereg het die Maatskappywet in 2011 ondernemingredding ingevoer wat ook die regte van werknemers voorop stel. Die behoud van werksgeleenthede is van groot belang ingevolge hierdie proses. (Oor die proses in die algemeen, sien Kunst e.a. 2019, hfst. 18.)

Ondernemingredding kan deur 'n besluit van die direkteur of deur 'n hofbevel geïnisieer word (artt. 129 en 131 van die Maatskappywet). Die proses is gepas indien die maatskappy in finansiële

nood verkeer en dit blyk dat daar 'n redelike vooruitsig is om die maatskappy te rehabiliteer sodat dit weer as 'n solvente onderneming kan voortgaan, of andersins, indien die instel van die ondernemingredding 'n beter opbrengs aan skuldeisers sal bied as wat die geval sou wees indien die maatskappy gelikwieder sou word (vgl. die art. 128(1)(b) definisie van "ondernemingredding"). 'n Reddingspraktisyn word aangestel wat die beheer en bestuur van die maatskappy oorneem (art. 140). Die direkteure verrig voortaan hul take onder beheer van die reddingspraktisyn. Vanaf die aanvang van die ondernemingredding geld 'n moratorium waartydens skuldeisers nie hul eise teen sodanige maatskappy deur gewone regsprosesse kan afdwing nie (art. 133).

Die hoofsaak van die reddingspraktisyn is om binne die raamwerk van die Maatskappywet 'n reddingsplan te ontwikkel en in werking te stel. Die skuldeisers is die hoofbelangegroep wat uiteindelik oor die aanvaarding van die reddingsplan moet stem. Werknemers is egter ook in bepaalde omstandighede 'n kategorie van onafhanklike skuldeisers van die maatskappy wat in dié hoedanigheid 'n stem mag uitoefen. Indien dit vir die reddingspraktisyn sou blyk dat die reddingspoging nie kan slaag nie, moet stappe gedoen word om die maatskappy te likwieder (art. 141(2)).

Werknemers geniet sekere regte ingevolge die bepalings van die Maatskappywet. Eerstens: Werknemers se dienskontrakte wat tydens die aanvang van die ondernemingredding bestaan het, bly van krag behalwe indien dit ingevolge statutêre bepalings beëindig word (art. 136(1) van die Maatskappywet). Tweedens: Werknemers het 'n spesiale voorkeureis met betrekking tot hul vergoeding en ander eise wat na aanvang van ondernemingredding betaalbaar raak, welke bedrae as na-aanvangsfinansiering 'n voorkeur geniet. Derdens: Ten opsigte van sodanige eise wat voor aanvang van die reddingsverrigtinge ontstaan het, word die werknemers as onversekerde voorkeurskuldeisers hanteer. Vierdens: Vakbonde wat enige werknemers van die onderneming verteenwoordig, of daardie werknemers wat nie aldus verteenwoordig word nie, is self ingevolge artikel 144(3)(a)–(f) geregtig op die volgende:

- om aan enige hofverrigtinge deel te neem wat tydens die reddingsverrigtinge kan ontstaan
- om 'n komitee van werknemerverteenwoordigers te vorm
- om tydens die ontwikkeling van die reddingsplan deur die reddingspraktisyn geraadpleeg te word, en voldoende geleentheid te kry om enige sodanige plan te hersien en 'n voorlegging soos beoog in artikel 152(1)(c) op te stel
- om teenwoordig te wees op, en 'n voorlegging te doen aan, die vergadering van die houers van stendraende belange voordat daar oor enige voorgestelde reddingsplan, soos beoog in artikel 152(1)(c), gestem word
- om tesame met skuldeisers te stem oor 'n mosie om 'n voorgestelde reddingsplan goed te keur, in die mate waarin die werknemer 'n skuldeiser is, soos beoog in subartikel 144 (1)
- indien die voorgestelde reddingsplan verwerp word, om voorstelle te maak vir 'n alternatiewe plan of om 'n aanbod te maak om die belange van een of meer geaffekteerde persone te verkry, op die wyse soos beoog in artikel 153.

Die reddingspraktisyn is in die algemeen geregtig om tydens ondernemingredding die werking van kontrakte geheel of gedeeltelik op te skort, of met instemming van die hof te beëindig. Hierdie bevoegdheid geld egter nie ten opsigte van bestaande dienskontrakte nie (art. 136(2)A).

Soos in paragraaf 3.4 hier onder volledig bespreek, het die uitleg van artikel 136(1)(a) en (b) egter verskillende vraagstukke na vore gebring.

'n Reddingsplan moet voldoen aan al die voorskrifte van die Maatskappywet en dit moet in beginsel binne 25 besigheidsdae na die reddingspraktisyn se aanstelling gepubliseer word, behalwe indien die hof, of die meerderheid van skuldeisers ingevolge artikel 150(5), tot 'n langer tydperk instem.

'n Vergadering om die toekoms van die maatskappy te bespreek moet binne tien besigheidsdae na publikasie van die reddingsplan gehou word, waarvoor minstens vyf besigheidsdae kennis aan geaffekteerde persone gegee moet word (art. 150(1), (2)). Die reddingsplan kan dan aangeneem word by wyse van 'n stem, en stemdraende belange word bepaal deur die waarde van 'n skuldeiser se eis soos voorsien in artikel 145(4).

2.3 Samevatting

Deur die ontwikkeling van werknemersregte na aanleiding van bogenoemde wysigings aan insolvensieregbepalings en met die invoering van ondernemingredding in die Maatskappywet saam te vat, kan die slotsom bereik word dat daar 'n duidelike klem op die behoud van ondernemings met gepaardgaande werksgeleenthede waargeneem kan word. Werknemers en hul vakbonde geniet besondere beskerming en hulle kan 'n beduidende rol tydens ondernemingredding speel. Artikel 23(1) van die Grondwet het as inspirasie vir hierdie wysigings gedien en dit sou verwag kon word dat dit ook 'n rol sal speel by die uitleg van ondernemingreddingsbepalings in soverre dit werknemers se posisie raak.

3. Uitspraak

3.1 Die feite, die regspraak en die beslissing

Die Suid-Afrikaanse Lugdiens (SAL) verkeer die afgelope aantal jare onder geweldige finansiële druk. In die onlangse verlede het die SAL oorleef slegs omdat sy enigste aandeelhouer, die Suid-Afrikaanse regering, groot bedrae geld in die onderneming gestort het. Die SAL is op 5 Desember 2019 onder ondernemingredding geplaas. Ten einde onkoste te besnoei het die betrokke reddingspraktisyns op 6 Februarie 2020 vlugte en dienste op verskeie internasionale en binnelandse roetes verminder.

Teen middel-Februarie 2020 het die National Union of Metalworkers of South Africa en die South African Cabin Crew Association (applikante, of die vakbonde) 'n dringende aansoek by die Arbeidshof ingedien en aangevoer dat die besluit om vlugte te verminder, nietig was. Die rede hiervoor, so is beweer, was dat die reddingspraktisyns nog nie ingevolge artikel 189(3) van die WAV 'n uitnodigingskennisgewing om oor personeelvermindering te konsulteer, uitgereik het nie. Regter Moshwana van die Arbeidshof wys die aansoek van die hand. Die hof beslis dat alhoewel die reddingspraktisyns aanvaar het dat werkverliese onvermydelik is, hulle nog nie ingevolge artikel 189(3) van die WAV die afdanking van werknemers beoog (*contemplate*) het nie.

Die reddingspraktisyns het op 9 Maart 2020 'n artikel 189(3)-kennisgewing uitgereik. Sodanige kennisgewing dien as sneller en voorvereiste vir enige personeelvermindering ingevolge die WAV. Op die oog af moes dié kennisgewing die beswaar van die vakbonde

tydens die aansoek om 'n interdik uit die weg geruim het. Weens die SAL se grootte het hierdie beoogde aflegging onder 'n *grootskaalse aflegging* ingevolge artikel 189A van die WAV geval. Dit het tot gevolg dat die Arbeidshof 'n toesighoudende rol beklee (art. 189A(13)). Hierdie bepaling magtig die Arbeidshof om tydens sodanige afleggings in te gryp deur bevels uit te reik wat ten opsigte van prosedurele onbillike afleggings halt roep.

Soos wetlik voorgeskryf, is senior kommissaris van die Kommissie vir Versoening, Bemiddeling en Arbitrasie (KVBA) as fasiliteerder aangestel en die 60-dae- statutêre moratorium op afleggings gedurende die fasiliteringstydperk het in werking getree (art. 189A(3), (7)). Die COVID-19-pandemie het egter die reddingsproses ontweig. Op 15 Maart 2020 het die President 'n nasionale ramptoestand verklaar wat tot 'n reisverbod en die sluiting van lughawens aanleiding gegee het. Op 20 Maart 2020 het die reddingspraktisyns aangekondig dat die reddingsplan ingevolge die Maatskappywet tot 29 Mei 2020 uitgestel is.

Die KVBA se fasiliteerder het gepoog om bemiddelingsvergaderings tussen die SAL en die vakbonde te belê. Die vakbonde het egter geweier om aan die vergaderings deel te neem. Hulle het aangedring dat die konsultasieproses voortydig was, aangesien die reddingspraktisyns nog nie 'n reddingsplan voorgelê het nie.

Volgens die reddingspraktisyns het die reddingsproses teen daardie tyd reeds misluk. Hulle het tot die slotsom gekom dat daar slegs een van twee opsies was, naamlik enersyds 'n ontbindingsproses (*winding-down*) wat die beëindiging van werknemers se kontrakte deur middel van ooreenkoms sou behels, of andersyds 'n aansoek om die likwidasië van die SAL (*South African Airways* AH parr. 9, 19).

Die reddingspraktisyns het intussen 'n aanbod aan SAL-werknemers gerig om vrywillige skeidingspakkette te aanvaar. Enkele werknemers het dit aanvaar. Die vakbonde het egter 'n aansoek by die Arbeidshof ingedien om die vermelde artikel 189(3)- kennisgewing van 9 Maart 2020 tersyde te stel. Dit het die hof genoop om die billikheid van die afleggingsproses onder die loep te neem.

Die vakbonde het aangevoer dat sowel die aanbod vir vrywillige skeidingspakkette as die konsultasieproses wat op 9 Maart 2020 by die SAL begin is, prosedureel onbillik was. Hulle het geargumenteer dat enige kennisgewing van die aanvang van konsultasies ingevolge artikel 189(3) van die WAV *ongeldig*, of in die alternatief *onbillik* is, tensy en totdat 'n reddingsplan vir oorweging aan die skuldeisers aangebied is. Dit was gemene saak dat geen onderneming-reddingsplan op daardie stadium gefinaliseer was nie.

Die kernvraag was dus of 'n reddingspraktisyn wat kragtens die Maatskappywet aangestel is, toegelaat word om werknemers te ontslaan weens die bedryfsvereistes van die werkgewer voordat 'n reddingsplan wat afleggings in die vooruitsig stel, daargestel is. Die reddingspraktisyns het aangevoer dat daar geen beperking op hulle is om die SAL-werknemers af te lê voor die opstel van 'n reddingsplan nie en die vakbonde wou die teendeel bewys.

Die Arbeidshof het op 7 Mei 2020 uitspraak gelewer waarin die SAL se kennisgewing ingevolge artikel 189(3) van die WAV nietig verklaar is weens die nienakoming van artikel 136(1) van die Maatskappywet. Regter Van Niekerk bevind ingevolge artikel 189A(13) van die WAV dat dit vir 'n reddingspraktisyn prosedureel onbillik is om 'n artikel 189(3)-kennisgewing uit te reik voor die daarstelling van 'n reddingsplan. Die regter verduidelik in 'n *obiter dictum* dat "it

may well be that the production of a business rescue plan, even in draft form is sufficient” (*South African Airways* AH par 34). Soos reeds vermeld, is hierdie uitspraak op 9 Julie 2020 deur die Arbeidsappèlhof bevestig.

3.2 *Jurisdiksie en belange-oorwegings*

Die reddingspraktisyns het beweer dat die Arbeidshof nie die magtiging het om aangeleenthede wat uit die Maatskappywet voortspruit, te bereg nie (*South African Airways* AH par. 4). Dit was hul standpunt dat arbeidshowe se funksies tot die uitleg en toepassing van arbeidswetgewing beperk word. Die Arbeidshof het sonder gewag, en heeltemal tereg, korte mette met die juridiksionele argument gemaak. Dit is heeltemal korrek dat Suid-Afrika se arbeidshowe nie met inherente jurisdiksie soortgelyk aan dié van die hoë siviele howe beklee is nie. Gevolglik kan arbeidshowe nie uitvoering aan wetgewing soos die Maatskappywet gee waar sodanige magtiging nie uitdruklik in die wetgewing vervat is nie. Die oorsprong van hierdie aansoek was egter nie die Maatskappywet nie, maar artikel 189A(13) van die WAV, wat aan die Arbeidshof ’n inmiddelste bevoegdheid gee om oor die *billikheid*, en nie die *regmatigheid* nie, van werkgewers se afleggingsprosesse toesig te hou. Die Konstitusionele Hof het dit reeds by ’n vorige geleentheid bevestig dat die arbeidshowe se jurisdiksie gemoeid is met die *billikheid* van werkgewers se optredes en nie met die *geldigheid* of *regmatigheid* daarvan nie (vgl. *Steenkamp v Edcon Ltd* 2016 37 ILJ 564 (KH)).

Die reddingspraktisyns se volgende argument was dat indien die vakbonde se aansoek in hierdie saak sou slaag, dit die ontbinding, of likwidasie, van die SAL uitstel, wat uiteindelik hul finansiële verknorsing sou verdiep. Dit sou uiteindelik tot skuldeisers en werknemers se nadeel strek (*South African Airways* AH par. 23). Hul argument het voorts gelui dat indien die afleggings opgeskort sou word totdat ’n reddingsplan voorgelê is, dit dan die belange van werknemers verkeerdelik tot bo dié van ander belanghebbers soos skuldeisers en aandeelhouders sou verhef (*South African Airways* AH par. 34).

Die reddingspraktisyns het twee nuwe juridiksionele argumente by the Arbeidsappèlhof geopper. Eerstens: Artikel 133(1) van die Maatskappywet verbied enige regsverrigtinge teen ’n maatskappy wat onder ondernemingredding is, tensy die reddingspraktisyns uitdruklik tot sodanige regstappe toestemming verleen. Regter Phatshoane het die onderliggende vraag tot hierdie argument ooggelaat deur te bevind dat die reddingspraktisyns hierdie beswaar reeds tydens die Arbeidshofverrigtinge moes geopper het (*South African Airways* AAH par. 19). Tweedens: Artikel 189A(17) van die WAV vereis dat enige aansoek ingevolge artikel 189A(13) ingedien moet word binne 30 dae na kennisgewing van die diensbeëindiging van werknemers se dienskontrakte weens ’n aflegging. Die Arbeidsappèlhof het hierdie argument ook verwerp. Regter Phatshoane beslis dat artikel 189A se algemene raamwerk ’n situasie beoog ingevolge waarvan die arbeidshowe ’n oorkoepelende toesighoudingsrol vervul wat enige tyd tydens afleggings uitgeoefen kan word (vgl. *South African Airways* AAH par. 18; *Banks v Coca-Cola SA – A division of Coca-Cola Africa (Pty) Ltd* 2007 28 ILJ 2748 AH). Hierdie bykomende argumente voor die Arbeidsappèlhof het derhalwe geen invloed op die uitkoms van die saak gehad nie.

3.3 *Grondwetlike uitleg*

Regter Van Niekerk benadruk van meet af dat artikel 136(1) doelgerig (*purposively*) teen die agtergrond van Suid-Afrika se grondwetlike bedeling geïnterpreteer moet word. Artikel 23(1)

van die Grondwet bepaal dat *elkeen* die reg op *billike arbeidspraktyke* het. Die Konstitusionele Hof het in 2003 bevestig dat werksekerheid (*security of employment*) 'n onderliggende element van elkeen se reg op billike arbeidspraktyke is (vgl. *National Education Health & Allied Workers Union (NEHAWU) v University of Cape Town* 2003 3 SA 1 (KH) par. 42). Dit is hierdie vertrekpunt wat die regter oorgehaal het om te bevind dat “if there is an interpretation of s 136(1) that better promotes the preservation of work security, that interpretation ought to be preferred” (*South African Airways* AH par. 28). Die hof vat voorts Suid-Afrika se hedendaagse wetsuitlegreëls soos volg saam (*South African Airways* AH par. 26):

In *Cool Ideas 1186 CC v Hubbard and Another* 2014 (4) SA 474 (CC), the Constitutional Court set out the canons of interpretation of statute in the modern era: ... the words in a statute must be given their ordinary grammatical meaning, unless to do so would result in an absurdity. There are three important interrelated riders to this general principle, namely:

- a. that statutory provisions should always be interpreted purposively;
- b. the relevant statutory provision must be properly contextualised; and
- c. all statutes must be construed consistently with the Constitution, that is, where reasonably possible, legislative provisions ought to be interpreted to preserve their constitutional validity.

In die bespreking wat volg is dit duidelik dat *South African Airways* AH presies hierdie metode van wetsuitleg as padkaart gevolg het. Hierdie benadering is in die breë ook deur the Arbeids-appèlhof gevolg. Regter Phatshoane voeg egter by dat dit verkeerd sou wees om ter wille van 'n doelgerigte konstitusionele uitleg die ondubbelsinnige woorde van die Maatskappywet te ignoreer (*South African Airways* AAH par. 27). Ons sê meer hieroor in paragraaf 3.5.

Tensy daar met die grondwetlike benadering fout gevind word, sal dit moeilik wees om regverdiging te vind waarom die Arbeidshof se beslissing verkeerd is. Die Grondwet stel dit onomwonde dat alle howe die beginsels soos in die Handves van Menseregte vervat in ag moet neem wanneer wetgewing geïnterpreteer word (art. 39). Artikel 23(1) van die Grondwet maak uitdruklik vir die beskerming van werknemersregte voorsiening, terwyl daar nie soortgelyke voorsiening vir die beskerming van skuldeisers en aandeelhouers se belange in die Grondwet bestaan nie (Van Niekerk en Smit 2019:41).

3.4 Artikel 136(1) van die Maatskappywet

Die artikel waaroor die saak gehandel het, bepaal soos volg:

136. Uitwerking van ondernemingredding op werknemers en kontrakte. –

(1) Ongeag enige bepaling van 'n ooreenkoms tot die teendeel –

(a) bly werknemers van die maatskappy onmiddellik voor die aanvang van daardie verrigtinge tydens 'n maatskappy se ondernemingreddingsverrigtinge *op dieselfde bepalings en voorwaardes in diens*, behalwe in die mate dat –

(i) veranderings in die gewone gang van natuurlike afname plaasvind;
of

(ii) die werknemers en die maatskappy, ooreenkomstig toepaslike arbeidswetgewing, op verskillende bepalings en voorwaardes ooreenkom; en

(b) is enige afdanking van enige sodanige werknemers beoog in die maatskappy se ondernemingreddingsplan onderhewig aan artikels 189 en 189A van die Wet op Arbeidsbetrekkinge, 1995 (Wet No. 66 van 1995), en ander toepaslike indiensnemingsverwante wetgewing. (Beklemtoning bygevoeg.)

Soos hier bo vermeld, moet woorde van 'n statuut hul normale betekenis gegee word. Regter Van Niekerk beklemtoon dat artikel 136(1) uit twee dele bestaan. In die eerste deel bevestig artikel 136(1)(a) dat alle werknemers van die maatskappy wat onmiddellik voor die aanvang van die ondernemingredding in diens was, geregtig is op dieselfde bepalings en voorwaardes wat voor die proses van toepassing was. Die Arbeidshof verwys hierna as die *verstekstand van sake* (*default position*; *South African Airways* AH par. 26).

In die woorde van 136(1)(a), “[O]ngeag ... ’n ooreenkoms tot die teendeel – ... bly werknemers van die maatskappy onmiddellik voor die aanvang van daardie verrigtinge ... *op dieselfde bepalings en voorwaardes in diens*.” Met ander woorde, tensy ’n andersluidende ooreenkoms bereik word, mag werknemers nie tydens besigheidsredding afgelê word nie. Daar is egter twee uitsonderings op hierdie beginsel. Dit is toelaatbaar dat “veranderings in die gewone gang van natuurlike afname” mag plaasvind (art. 136(1)(a)(i)) en die werknemers en die maatskappy mag op alternatiewe bepalings en voorwaardes ooreenkom (art. 136(1)(a)(ii)).

Die hof merk op dat daar ’n oënskynlike teenstrydigheid, of spanning, tussen die eerste en die tweede deel van die artikel bestaan. Artikel 136(1)(b) bepaal dat wanneer enige afdanking van werknemers plaasvind, soos “beoog in die maatskappy se ondernemingreddingsplan”, dan moet dit plaasvind onderhewig aan artikels 189 en 189A van die WAV. Hoe word die verstekstand van sake, wat geen afleggings toelaat nie, en die afleggings wat ingevolge die tweede deel vermeld word, met mekaar versoen?

Die vakbonde het geargumenteer dat die tweede deel slegs na afloop van die ondernemingreddingsproses ter sprake kan kom (*South African Airways* AH par. 33). Artikel 132(2) van die Maatskappywet bepaal dat dit plaasvind wanneer ’n reddingsplan voorgestel en deur die belanghebbendes afgekeur is, of wanneer ’n reddingsplan aanvaar en aan uitvoering gegee is.

Regter Van Niekerk stem nie volkome met die vakbonde se argument saam nie. Die hof was nie daarvan oortuig dat personeelvermindering eers *na afloop* van die ondernemingreddingsproses mag plaasvind nie. Die regter gee egter die vakbonde gelyk in soverre daar ten minste eers ’n reddingsplan ter tafel gelê moet word wat afleggings in die vooruitsig stel alvorens daar met enige afleggingsproses begin mag word. Artikel 136(1)(b) bepaal immers dat “enige afdanking van enige sodanige werknemers *beoog in die maatskappy se ondernemingreddingsplan*” aan die bepalings van die WAV moet voldoen. Anders gestel: Daar moet ten minste eers in ’n konsepreddingsplan in die vooruitsig gestel word dat werknemers moontlik om operasionele redes ontslaan kan word, alvorens daar ’n artikel 189(3)-kennisgewing gegee mag word (*South African Airways* AH par. 34). In hierdie geval het daar nog geen reddingsplan van enige aard die lig gesien nie. Volgens die hof is daar ook geen bepaling in die Maatskappywet wat magtiging verleen dat ’n kennisgewing van beoogde afleggings gegee mag word voordat ’n reddingsplan opgestel is nie (*South African Airways* AH par. 34).

Die Arbeidshof kom tot die gevolgtrekking dat artikel 136(1)(b) vereis dat die nodigheid om weens operasionele oorwegings te ontslaan noodwendig in die reddingsplan gewortel moet wees. Die reddingspraktisyn is nie by magte om werknemers af te lê indien daar nie 'n reddingsplan is nie. Regter Van Niekerk lê ook klem daarop dat die tweede deel, soos vervat in artikel 136(1)(b), nie soos die ander twee gevalle in subartikels 136(1)(a)(i) en (ii) as 'n uitsondering van die verstekposisie aangedui word nie (*South African Airways* AH par. 35). Aangesien 'n reddingsplan nie aanvaar is teen die datum waarop die kennisgewing van artikel 189(3) uitgereik is nie, staan die hof die bevel toe wat deur die vakbonde aangevra is.

Die hof het egter die vakbonde se beswaar teen die ooreenkomste met sommige van die werknemers ingevolge waarvan hulle tot afliggingspakkette ooreengekom het, van die hand gewys. Regter Van Niekerk steun heeltemal tereg op een van die uitsonderings van die verstekstand van sake. Artikel 136(1)(a)(ii) bepaal uitdruklik dat die werknemers en 'n maatskappy op alternatiewe bepalings en voorwaardes mag ooreenkom solank dit nie in stryd met ander wetgewing is nie.

3.5 Oogmerke van die Maatskappywet

Met verwysing na die bekende 1920-Appèlhofsaak, *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530, 543 bevind die Arbeidsappèlhof dat dit verkeerd sou wees om onder die dekmantel van doelgerigte wetsuitleg die ondubbelsinnige bewoording van bestaande wetgewing te ignoreer (*South African Airways* AAH par. 21). Regter Phatshoane bevind in wese dat dit vir regters onnodig sou wees om antwoorde in 'n doelgerigte uitleg van artikel 136(1) te soek, aangesien die bedoeling om werknemersbelange tydens reddingsverrigtinge ten alle koste te beskerm, duidelik in die Maatskappywet uiteengesit word.

Die Arbeidsappèlhof verwys onder andere na artikel 136(1)(b) wat bepaal dat wanneer enige aflegging van werknemers plaasvind, dit moet geskied soos “beoog in die maatskappy se ondernemingreddingsplan”. Die hof bevind dat die woorde “*contemplated in the company's business rescue plan,*” in my view, signifies the existence of a corporate rescue plan which would conceptualise the commercial rationale for the retrenchments of the employees” (*South African Airways* AAH par. 31).

Die Arbeidsappèlhof bevind voorts dat artikel 150(2) van die Maatskappywet dit duidelik stel dat die reddingsplan onder andere moet uiteensit wat die gevolg van die redding sal wees op die getal werknemers en hul diensvoorwaardes (*South African Airways* AAH par. 32). Die hof aanvaar die vakbonde se argument wat behels dat om afliggings toe te laat voordat 'n reddingsplan dit in die vooruitsig stel, soortgelyk daaraan sou wees om die spreekwoordelike kar voor die perde te span (*South African Airways* AAH par. 26).

3.6 Wisselwerking tussen die twee konsultasieprosesse

Daar dien op gelet te word dat sowel die WAV as die Maatskappywet vir konsultasieprosesse met die werknemers of hul verteenwoordigers voorsiening maak. Buiten om te bevind dat daar eers eenstemmigheid oor die inhoud van die reddingsplan ingevolge die Maatskappywet moet wees alvorens die WAV se artikel 189(3)- kennisgewing gelewer mag word, het die arbeids-howe in die *South African Airways*-sake geen verdere duidelikheid oor die wisselwerking tussen die twee konsultasieprosesse gegee nie.

Artikel 189(1) van die WAV bepaal dat sodra 'n werkgewer die moontlike aflegging van werknemers voorsien, daar met 'n hiërargie van rolspelers geraadpleeg moet word. Dit moet eerstens geskied met diegene wat in 'n kollektiewe ooreenkoms uitgestippel word. Indien daar geen kollektiewe ooreenkoms is wat die kwessie aanspreek nie, moet met 'n werkplekforum gekonsulteer word. Indien daar geen sodanige forum is nie, moet vakbonde wie se lede moontlik deur die aflegging geraak kan word, geraadpleeg word. In die afwesigheid van enige van die voormelde rolspelers moet die werknemers of hul verteenwoordigers direk geraadpleeg word. Die raadplegende partye moet tydens 'n sinvolle en konsensussoekende proses poog om onder andere ooreenkoms te bereik oor: maatstawwe om die ontslag te vermy of om die aantal werknemers wat daardeur geraak sal word, te verminder; die seleksiemaatstaf vir aflegging; en die skeidingsbetalings vir sodanige werknemers (art. 189(2)). Die sneller vir hierdie proses is egter die skriftelike artikel 189(3)-kennisgewing deur die werkgewer wat die ander partye uitnooi om te konsulteer oor die rede vir die ontslag, die alternatiewe wat die werkgewer oorweeg het, die aantal werknemers wat moontlik geraak sal word en dies meer.

Buiten die *inhoud* waarvoor gekonsulteer moet word, beskryf die WAV ook die *procedure*. Die werkgewer moet die ander konsulerende partye die geleentheid gee om voorleggings oor die gemelde aspekte te maak (art. 189(5)). Die werkgewer moet die voorleggings oorweeg en indien daar nie met die voorstelle saamgestem word nie, moet redes verskaf word (art. 189(6)(a)). Indien die werknemers of hul verteenwoordigers skriftelike voorstelle gelewer het, moet die werkgewer ook skriftelik daarop reageer (art. 189(6)(b)).

Wat ondernemingsredding betref, en soos reeds vermeld, het werknemers of hul verteenwoordigende vakbonde na gelang van die geval en ingevolge die Maatskappywet die reg om met die reddingspraktisyn te vergader om geraadpleeg te word en om insette te gee met die oog op die daarstel van die reddingsplan (art. 148, 149 en art. 150(1)). Ingevolge artikel 148(1) van die Maatskappywet moet die reddingspraktisyn *binne 10 dae na sy of haar aanstelling* 'n eerste vergadering met werknemerverteenwoordigers belê. Die reddingspraktisyn moet voorsit en tydens die vergadering moet die werknemerverteenwoordigers ingelig word of die praktisyn glo dat daar 'n redelike vooruitsig is om die maatskappy te red. Die werknemers mag ook besluit om 'n werknemerskomitee aan te stel (art. 144(3)(c) gm art. 148(1)(b)). Indien saamgestel, is die werknemerskomitee ingevolge artikel 149 daarop geregtig om:

- die reddingspraktisyn oor enige aangeleentheid rakende die ondernemingreddingsverrigtinge te raadpleeg sonder om aan die praktisyn voor te skryf of opdragte te gee
- verslae rakende die ondernemingreddingsverrigtinge namens werknemers te ontvang en te oorweeg

en moet sodanige komitee onafhanklik van die reddingspraktisyn optree om billike en onbevooroordeelde verteenwoordiging van werknemers se belange te verseker.

Die reddingsplan moet ingevolge artikel 150(2)(c)(ii) die uitwerking, indien enige, vermeld wat die reddingsplan moontlik op die werknemertal en die werknemers se diensbepalings en -voorwaardes sal hê. Werknemers het ook die geleentheid om enige konsepreddingsplan te hersien en is dan ook daarop geregtig om 'n voorlegging, soos beoog in artikel 152(1)(c) van die Maatskappywet, voor te hou wanneer die reddingsplan vir goedkeuring oorweeg word.

Nóg die Maatskappywet nóg die WAV verwys na die wisselwerking tussen die twee konsultasie- of raadplegingsprosesse nadat 'n onderneming onder ondernemingsredding geplaas is. Daar word egter aan die hand gedoen dat met die saamlees van die twee stukke wetgewing, dit tans ondubbelsinnig vereis word dat daar aan beide wette se voorgeskrewe prosesse voldoen moet word. Na aanleiding van die *South African Airways*-sake is dit ook vir ons duidelik dat die konsultasieproses ter finalisering van die reddingsplan voor die proses ingevolge die WAV moet geskied. Daar word aan die hand gedoen dat die WAV nie die reddingspraktisyn verhinder om tydens inligtingsessies en raadpleging oor die reddingsplan te vermeld dat afliggings 'n moontlikheid is ten einde byvoorbeeld 'n deel van die onderneming te red nie. Werknemers het egter die geleentheid om insette te gee met die oog daarop om die beste bedeling te probeer daarstel. Dit moet egter in ooreenstemming met die oogmerke van artikel 7 van die Maatskappywet geskied wat vermeld dat ondernemingsredding die regte en belange van alle betrokke belanghebbendes in ag moet neem. Daar moet dus gepoog word om alle belanghebbendes se belange in ewewig te bring. Uiteraard geskied hierdie proses teen die agtergrond van 'n onderneming wat reeds in finansiële nood verkeer en gaan al die belanghebbendes nie noodwendig alles kry waarop hul meen hulle geregtig is nie. Die voortgesette indienshouding van al die werkers en die betaling van alle eise van skuldeisers sal dikwels nie moontlik wees nie. Die afweging van belange geskied teen die agtergrond daarvan om die beste van 'n finansiële slegte situasie te probeer maak. Ten spyte daarvan dat dit tot oënskynlike duplisering van konsultasieprosesse aanleiding gee, is dit belangrik dat die reddingspraktisyn die formele artikel 189(3)-uitnodiging eers na afloop van die konsultasies ingevolge die Maatskappywet waartydens die reddingsplan gefinaliseer word, moet rig.

4. Alternatiewe benaderings tot die arbeidshowe se standpunt

Die reddingspraktisyns het betoog dat regter Van Niekerk die benadering behoort te volg wat in 'n ander Arbeidshofbeslissing, *Solidarity Obo BD Fourie v Vanchem Vanadium Products (Pty) Ltd; In re: National Union of Metalworkers (NUMSA) Obo Members v Vanchem Vanadium Products (Pty) Ltd* 2016–03–22 saaknr. J385/16 & J393/16 (*Vanchem*), gevolg is. In *Vanchem* het die Arbeidshof ook 'n aansoek ingevolge artikel 189A(13) van die WAV deur vakbonde oorweeg om die billikheid van 'n personeelverminderingproses te bepaal. In hierdie geval het die vakbonde ter elfder ure by wyse van 'n gewysigde kennisgewing van mosie die argument geopper dat dit ingevolge artikel 136 van die Maatskappywet onregmatig is om werknemers in die afwesigheid van 'n reddingsplan om operasionele redes af te dank.

In wat duidelik 'n *obiter dictum* was, het regter Lagrange in *Vanchem* ook met die interpretasie van artikel 136(1) geworstel wat 'n oënskynlike teenstrydigheid in subartikels 136(1)(a) en 136(1)(b) bevat. *Vanchem* het beslis dat die twee inderdaad onversoenbaar is, tensy een van die toelaatbare uitsonderings, naamlik die een wat in artikel 136(a)(i) vervat is, vir personeelvermindering voorsiening maak. Hierdie uitsondering bepaal dat ten spyte van die verstekstatus, dit wel toelaatbaar is dat “veranderings in die gewone gang van natuurlike afname [kan] plaasvind”. Regter Lagrange bevind dat enige regmatige personeelvermindering ingevolge die WAV wel by die begrip *natuurlike afname* inbegryp moet word (*Vanchem* par. 36).

Die Arbeidshof was reg om nie op hierdie *obiter*-benadering van *Vanchem* te steun nie. Die regter het ondersoek ingestel na die begrip *veranderings in die gewone gang van natuurlike afname* en het korrek bevind dat dit slegs omstandighede soos aftrede en bedankings insluit,

maar nie ook regmatige personeelvermindering ingevolge die WAV nie. (Vgl. *South African Airways* AH par 29 waar die hof steun op Barker en Holtzhausen 1996:10 se beskrywing van *attrition of labour* om te beteken “[a] natural decrease in the labour force of an enterprise resulting from, *inter alia*, the death, retirement or voluntary resignation of employees”.)

In die tweede plek het *South African Airways* AH terloops daarop gewys dat die artikel 189(3)-kennisgewing in *Vanchem* se geval uitgereik was en fasilitering reeds ingevolge artikel 189A aan die gang was teen die tyd dat die werkgever onder ondernemingredding geplaas is (*South African Airways* AH par. 37). Die regter maak nie groot gewag van die feit dat die artikel 189(3)-kennisgewing voor of na die aanvang van die ondernemingreddingsverrigtinge gegee is nie en dat hierdie ’n aangeleentheid is wat nog deurgetrap sal moet word om te bepaal of dit wel ’n verskil aan afleggings gedurende ondernemingreddings sal maak of nie.

Daar is veral uit die geleedere van reddingspraktisyns fel kritiek teen regter Van Niekerk se uitspraak gelewer. Badenhorst en Ray het selfs gesê dat die uitspraak reddingspraktisyns sal ontnem van die reg om afleggings te doen en dat dit die einde van ondernemingredding tot gevolg sal hê (vgl. Badenhorst en Rey 2020)

Die skrywers wys daarop dat die Arbeidshof die regspraak met artikel 23 van die Grondwet as uitgangspunt oorweeg het en byvoorbeeld nie artikel 140(1)(a) van die Maatskappywet in ag geneem het nie. Hierdie bepaling dra die volle bestuursbeheer oor die maatskappy van sy direksie en voorafbestaande bestuur na die reddingspraktisyn oor. Die bevoegdhede bestaan afgesien van die algemene bevoegdhede ingevolge die Maatskappywet tensy dit uitdruklik deur die wet uitgesluit word. Dus lui die argument dat die reddingspraktisyns net soos die direksie die bevoegdheid het om afleggings in werking te stel, solank hulle aan die bepalings van die WAV voldoen. Hierdie punt lei die skrywers dan daartoe om te vra hoekom artikel 136(1)(b) afleggings sou verbied voor ’n reddingsplan aanvaar is. Dit sou, volgens hulle, meer regte aan die werknemers bied as waaroor hulle voor inwerkingstelling van die ondernemingreddingsverrigtinge beskik het en dus neerkom op ’n verontagsaming van die balansering van regte van al die geaffekteerde persone wat deur die ondernemingredding geraak word.

Volgens Badenhorst en Rey bevestig artikel 136(1)(b) slegs dat indien die aanvaarde reddingsplan voorsiening maak vir afleggings, hierdie artikel bloot bevestig dat die maatskappy steeds die WAV moet nakom vir sodanige afleggings, maar nie die reddingspraktisyn se bevoegdhede in dié verband inkort nie. Hulle verwys ook na artikel 150(2)(c)(ii) van die Maatskappywet wat bepaal dat die voorgestelde reddingsplan die uitwerking, indien enige, wat die plan moontlik op die werknemertal en die werknemers se diensbepalings kan hê, moet uiteensit. Dit sal dus ook voorgestelde afleggings moet bevat. Dus is hul slotsom dat die Maatskappywet nie beoog om afleggings voor die reddingsplan te verbied nie, maar slegs om toe te sien dat afleggings wat in sodanige plan beoog word, nie op onbillike of onregmatige wyse geskied nie.

Verder wys hulle daarop dat die standpunt van die hof tot gevolg sal hê dat vele ondernemingreddingsverrigtinge voortaan kan faal deur die verdere finansiële druk wat dit op die reddingsproses sal plaas. Dit sal byvoorbeeld tot gevolg hê dat die reddingspraktisyns verdere finansiële verpligtinge met betrekking tot die werknemers sal hê wat die uitgawes sodanig sal verhoog dat die reddingspoging nie meer haalbaar mag wees nie. Dit sal veroorsaak dat reddingspraktisyns nie meer die bevoegdheid sal hê om die interimuitgawes van die maatskappy te besnoei met die oog op die daarstel van die redding van die maatskappy nie.

Die hof se standpunt dat 'n vrywillige skeidingspakket voor die daarstel van 'n reddingsplan deur die reddingspraktisyns aan werknemers aangebied kan word voordat sodanige plan voorgelê is, maar dat aflegging dan volgens die hof verbied is, maak nie vir die skrywers sin nie. Hulle slotsom is dat die werknemers se regte beskerm word, maar dat dit nie 'n moratorium op afleggings insluit soos deur die hof beslis nie. In dié opsig, en om die redes aangevoer, is die uitspraak dus volgens Badenhorst en Rey verkeerd. Nietemin is die standpunte van die skrywers natuurlik nou, en veral na die uitspraak van die AAH, vir eers van bloot akademiese belang. Reddingspraktisyns sal voortaan hul praktyke in die lig van die bestaande uitleg van artikel 136(1)(b) van die Maatskappywet moet rig.

5. Ontleding

Die Arbeidsappèlhof het reeds bevind dat die beslissing van die Arbeidshof korrek was. Daar word betwyfel dat die reddingspraktisyns op konstitusionele gronde teen hierdie uitspraak sal appelleer. Die Arbeidshof het egter 'n aantal belangrike kwessies belig en die laaste woord is nog nie oor hierdie aangeleenthede gespreek nie.

Die bepalings rakende ondernemingredding is tot die Maatskappywet toegevoeg gedurende 'n ontwikkelingsfase van die Suid-Afrikaanse reg waartydens werknemersregte uitgebrei is, en aansluitende dissiplines soos insolvensiereg en maatskappyreg is sterk hierdeur beïnvloed. Dit behoort reddingspraktisyns dus nie te verras dat bepalings soos hierdie in die Maatskappywet grotendeels vir werknemers, en nie die skuldeisers en die aandeelhouers nie, sal bevoordeel.

Bykomend hiertoe skep die Grondwet 'n raamwerk vir wetsuitleg wat noukeurig deur die Arbeidshof nagevolg is. Die Handves vir Menseregte plaas besondere klem op die beskerming van werknemersregte, en dieselfde kan nie ten opsigte van die regte van werkgewers, skuldeisers en aandeelhouers gesê word nie. Soos deur die Arbeidsappèlhof beklemtoon is, is die bewoording van die Maatskappywet duidelik in soverre dit werknemersregte tydens reddingsverrigtinge voorop stel.

Dit is egter ons standpunt dat die wetsopstellers van die reddingsbepalings in die Maatskappywet wel groter duidelikheid ten opsigte van die wisselwerking van die artikel 189(3)-kennisgewing in die WAV en die totstandkoming van die reddingsplan kon gebied het. Hierdie toedrag van sake het daartoe aanleiding gegee dat die verantwoordelikheid om een of ander sinvolle uitleg aan twee oënskynlik botsende bepalings in artikel 136(1) met mekaar te versoen, op die skouers van ons regters geplaas is. In konteks van die spesifieke bewoording van die Maatskappywet teen die agtergrond van Suid-Afrika se wetsuitlegmodel kan daar egter nie fout gevind word met die uitspraak nie.

Soos sake tans staan, is dit duidelik dat reddingspraktisyns wel onder verhoogde druk geplaas word. Wanneer die verpligtinge van werkgewers in normale omstandighede by personeelvermindering ingevolge die WAV met dié van reddingspraktisyns tydens ondernemingredding met mekaar vergelyk word, is daar duidelik meer vereistes wat op reddingspraktisyns geplaas word. Tydens artikel 189-afleggings is daar bloot 'n verpligting om kennis van beoogde afleggings te gee; daar moet behoorlik met die aangewese verteenwoordigers gekonsulteer word en alternatiewe tot afleggings moet behoorlik oorweeg word. Daar word egter geen addisionele verpligting op hulle geplaas om eers op 'n volhoubaarheidsplan, of 'n ooreenkoms

dat dit nodig is om af te lê, of iets dergeliks, tot stand te bring nie. Buiten die vereistes van artikel 189 waaraan voldoen moet word, word dit tans van reddingspraktisyns verwag om 'n reddingsplan te formuleer alvorens daar met afleggings begin mag word.

Daar dien op gelet te word dat regter Van Niekerk bloot aangedui het dat 'n kennisgewing deur die reddingspraktisyn om 'n konsultasie ingevolge artikel 189 of 189(A) te lewer voortydig sou wees en prosedurele onbillikheid sou daarstel in die afwesigheid van 'n reddingsplan. Die regter het egter versuim om dit duidelik te maak of sodanige plan 'n reddingspraktisyn se voorgestelde plan sou kon insluit, en of dit slegs 'n reeds goedgekeurde plan behels (*South African Airways* AH par. 34). Dit kom dus voor of daar onduidelikheid oor hierdie belangrike aspek kan ontstaan wat óf deur verdere gewysdes óf deur die wetgewer uit die weg geruim sal moet word.

Dit is nie die taak van ons regters om beleidsoordele te vel oor die vraag of die reddingsmodel waarop die argitekture van die Maatskappywet ooreengekom het, goed of sleg vir die instelling van ondernemingredding is nie, selfs al steek daar waarheid in Badenhorst en Rey se waarskuwings dat die interpretasie wat die hof aan artikel 136(1) van die Maatskappywet verleen het, 'n groot terugslag vir ondernemingredding sal wees aangesien die belange van werknemers, skuldeisers en aandeelhouders nie gepas gebalanseer word nie. Dit bly immers die rol van beleidsmakers en nie van ons regters nie om sodanige beleidsake reg te stel.

Dit kan egter toegegee word dat 'n moontlike punt van kritiek teen die uitspraak kan wees dat ten spyte van die standpunt van die hof dat dit slegs die rol van die Arbeidshof is om die billikheid van afleggingsprosesse te evalueer, die hof hoofsaaklik op regmatigheids- en wetlikheidsoordele konsentreer. Die hof kon egter, soos wat dit in billikheidsondersoeke gepas is, op al die omringende omstandighede ag geslaan het. Die hof het byvoorbeeld nie veel klem gelê op die feit dat dit die vakbonde se aanvanklike beswaar was dat daar geen artikel 189(3)-kennisgewing gegee is voordat vlugte gekanselleer is nie. Dit is ook nie in die uitspraak in ag geneem dat die vakbonde duidelike pogings aangewend het om die fasiliteringsprosesse deur die KVBA in die wiele te ry nie.

Soos aangetoon, word die uitspraak van die Arbeidshof, soos deur die Arbeidsappèlhof gehandhaaf, wel in beginsel gesteun. Daar is belangrike lesse vir reddingspraktisyns in die uitsprake opgesluit. Ten spyte van die duidelikheid wat die uitsprake van die arbeidshofe gebring het, is daar steeds aspekte wat die wetgewer beter kan reguleer, soos hier onder kortliks aangedui.

6. *Quo vadis* reddingspraktisyns?

Vir solank die uitspraak staan – en die kans is goed dat dit nie verder op appèl geneem sal word nie – word daar aan die hand gedoen dat reddingspraktisyns groter dringendheid aan die opstelling en vrystelling van reddingsplanne moet gee, asook om sover redelikerwys moontlik by die voorgeskrewe tydraamwerke van die reddingsverrigtinge te hou. Daar moet duidelik gestel word dat afleggings voorsien word, maar nie 'n uitgemaakte saak is nie. Uit die aard van die saak sal die plan ook vermeld dat enige afleggings, indien dit sou plaasvind, onderhewig aan die WAV se billikheidsoorwegings sal geskied. In hierdie konteks word ook voorgestel dat reddingspraktisyns steeds geen keuse het as om wel met die werknemers soos in die

Maatskappywet voorgeskryf, te konsulteer nie. Dit is ons standpunt dat dit nie noodwendig gesien kan word as 'n konsultasie met die oog op beëindiging van die dienskontrakte nie, maar dat die doel is om die werknemers in te lig en ook hul insette met betrekking tot die reddingsverrigtinge te bekom. Trouens, die reddingspraktisyn is verplig om sodanige konsultasies te voer.

Voorts, indien dit duidelik word dat werknemersverteenvoerders geensins daarvoor te vinde is dat afleggings deel van die verrigtinge vorm nie, en dat die nodige steun tydens stemmingsvergaderings nie van die skuldeisers sal kom nie, behoort reddingspraktisyns dringend die balansstaat van die ondernemingredding aan te pas. Indien daar dan geen redelike vooruitsig bestaan om die maatskappy te red sonder om reeds vroeër afleggings te oorweeg nie, soos dit blykbaar die praktyk voor die uitspraak was, behoort reddingspraktisyns likwidasië te oorweeg soos in artikel 142(2)(a) voorsien.

Dit kan natuurlik gebeur dat artikel 189-kennisgewings reeds voor reddingsverrigtinge 'n aanvang neem, aan werknemers gestuur word. Enersyds sal dit in so 'n geval dan moontlik ook 'n vraag word of die reddingspraktisyn met die proses kan voortgaan, en daar word aan die hand gedoen dat die implikasies van die uitspraak in die *South African Airways* AH-saak ook in dié geval oorweeg sal moet word wanneer die geleentheid voorkom. Andersyds word aan die hand gedoen dat sodanige proses nie aangemoedig moet word en dalk met voorbedagte rade geïnisieer word voor aanvang van reddingsverrigtinge in die hoop dat dit die uitleg in die saak onder bespreking sal fnuik nie. Daar is geen waarborg dat so 'n vooraf kennisgewing enige invloed op die interpretasie van artikel 136 sal hê nie en die arbeidshoue sal waarskynlik deur die manipulasie van prosesse sien indien dit nie in die normale gang van sake gebeur het nie.

7. Slotsom en aanbevelings

Daar moet toegegee word dat daar wel duidelike en logiese gronde bestaan vir die uitspraak in die *South African Airways* AH-saak. Wat die gesketste uitlegprobleem met die tersaaklike bepalinge van die Maatskappywet betref, en gelees teen die agtergrond van die beskerming van werknemers, is daar sin in om aan te voer dat by reddingsverrigtinge die Maatskappywet wel verg dat daar ten minste 'n reddingsplan moet wees voordat aflegging gestalte kry. Ons stel egter voor dat dit belangrik is dat daar ook duidelikheid moet kom oor die vraag wat die status moet wees van die plan ingevolge waarvan afleggings geskied. Dit sal waarskynlik meer sin maak dat die wet eerder na 'n goedgekeurde as 'n voorgestelde plan moet verwys. Dit sal moontlik die taak van die wetgewer word om duidelikheid hieroor te bring.

Soos aangetoon, bestaan daar egter ook strydige argumente. Die reddingspraktisyn word, anders as die bestuurders van die maatskappy voor die inwerkingstelling van die reddingsverrigtinge, nie direk aan bande gelê om met afleggings te begin – selfs al is 'n artikel 189(3)-kennisgewing uitgereik – voordat daar 'n reddingsplan ter tafel gelê is nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat daar steeds verder aandag aan die kwessie deur die wetgewer verleen moet word.

Soos in paragraaf 2 aangetoon, het daar gedurende die afgelope 20 jaar 'n nuwe benadering met betrekking tot die hantering van dienskontrakte na sekwestrasie of likwidasië ontwikkel. Soos beskryf, in die geval van insolvensie skort sekwestrasie of likwidasië bestaande dienskontrakte op wat egter wel na die aanvang daarvan beëindig kan word deur die kurator of

likwidateur of deur regswerking sonder dat daar enige artikel 189(3)-kennisgewings gegee hoef te word. Die dienskontrak kan egter wel gered word indien die besigheid gered sou kon word en waar dit as lopende onderneming aan 'n nuwe werkgewer vanuit die insolvente boedel van die sogenaamde ou werkgewer sou oorgaan. Dit geld ook ten opsigte van dienskontrakte wat reeds ingevolge die werking van artikel 38 van die Insolvensiewet verval het. Dit is duidelik dat in die geval van insolvensie van die werkgewer 'n artikel 189(3)-kennisgewing geen doel dien nie, want sekwestrasie of likwidasië is in beginsel 'n aanduiding dat voortsetting van sodanige kontrakte basies onmoontlik is.

Nietemin, dié aspek word nie deur die Maatskappywet behandel nie en intussen is dit duidelik dat afleggings in die reël steeds ingevolge artikel 189 van die WAV behoort te geskied. Daar word voorts voorgestel dat die Maatskappywet in dié opsig, en ook in lig van die *South African Airways* AH-saak, gewysig kan word deur byvoorbeeld duidelik aan te toon dat afleggings mag plaasvind slegs nadat 'n reddingsplan reeds aanvaar is. Maar daar behoort nietemin ook deeglik besin te word oor die vraag of dit in alle gevalle wenslik is, en of die reddingspraktisyn nie in bepaalde gevalle waar dit noodsaaklik blyk te wees om die maatskappy uiteindelik van likwidasië te red, tog voor daardie stadium reeds met formele afleggings kan begin nie.

Indien insolvensieverrigtinge met formele reddingsverrigtinge vergelyk word, moet daar ook aanvaar word dat laasgenoemde verrigtinge ingestel word wanneer die maatskappy in finansiële nood verkeer en dit reeds die risiko loop om dalk vorentoe gelikwider te word. Die vraag kan dus gevra word of die aanvang van ondernemingsredding nie op sigself geag behoort te word 'n tipe artikel 189(3)-kennisgewing te wees nie, gesien teen die agtergrond van die finansiële nood waarin die maatskappy verkeer. Dit kom voor of daar moontlik onnodige duplisering van konsultasies kan wees indien daar voor die voorlegging van die plan ingevolge die Maatskappywet oor die daarstel van die plan met werknemers gekonsulteer moet word en dan weer nadat die plan aanvaar sou wees oor die afleggings waartydens die artikel 189-prosesse van die WAV gevolg moet word. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie belyning en moontlik ook die bevoegdheids van die reddingspraktisyn in 'n ondernemingsreddingsituasie straks heroorweeg behoort te word.

In dié verband kan daar ook kennis geneem word van Loubser (2010:122–3) waar sy in haar doktrale proefskrif, wat reeds lank voor die gewysde onder bespreking geskryf is, soos volg redeneer:

Although this is clearly foreseen in this provision, there is no attempt to assist the practitioner in the process. If a business rescue practitioner wants to retrench employees or change their conditions of service, he has to follow the full procedure prescribed by the Labour Relations Act that a solvent and healthy company has to follow – even if these retrenchments are in terms of the rescue plan. Although I am not arguing for the same situation as in liquidation, I believe that at least if the retrenchments are part of a rescue plan, some attempt should have been made to facilitate unavoidable retrenchments. Just as in the case of judicial management, liquidation now remains the easier option if retrenchments are inevitable.

(Vgl. Joubert 2018:73 vir soortgelyke waarnemings met verwysing na verskeie ander jurisdiksies.)

Die kwessie rakende die status van artikel 189(3)-kennisgewings wat reeds voor die aanvang van reddingsverrigtinge uitgereik is, behoort tydens die daaropvolgende reddingsverrigtinge ook aandag te geniet.

Die vraag moet ook nog beantwoord word of die moratorium op regsverrigtinge tydens reddingsverrigtinge ingevolge die Maatskappywet ook die arbeidshoue aan bande behoort te lê of nie. (Vgl. Joubert 2018:72 waar vermeld word dat “[t]he interplay between the section 133 moratorium and labour-related matters became the subject of various court cases and created uncertainty and confusion as to the effect that the moratorium will have on employment contracts and claims by employees”.)

Nietemin, dit sal die taak van die wetgewer wees om op goeie gronde sodanige aspekte te oorweeg. Intussen sal reddingspraktisyns moet uitvoering gee aan die implikasies van die uitspraak. Daar word toegegee dat dit nie altyd moontlik gaan wees om by die voorgeskrewe tydperke vir die verskillende fases van die oorweging, opstel en aanvaarding van die reddingsplan te hou nie en dat uitstel verleen kan word, soos dikwels die geval is, maar dit moet deurgaans onthou word dat dit ’n belangrike faktor bly en in ag geneem moet word by die hantering van bestaande dienskontrakte deur die reddingspraktisyn.

Ten slotte is dit dus duidelik dat die aangeleentheid herbedink moet word en dat daar ’n logiese en sinvolle statutêre reëling daargestel moet word.

Bibliografie

Badenhorst, W. en C. Rey. 2020. COVID-19 – NUMSA v SAA – The death knell to successful business rescue? <https://www.bdo.co.za/en-za/insights/2020/covid19/covid-19-numsa-v-saa-the-death-knell-to-successful-business-rescue> (27 Junie 2020 geraadpleeg).

Barker F. en M. Holtzhausen. 1996. *South African labour glossary*. Kenwyn: Juta.

Bertelsmann, E., R.G. Evans, A. Harris, M. Kelly-Louw, A. Loubser, M. Roestoff, A. Smith, L. Stander. 2019. *Mars: The law of insolvency in South Africa*. Kaapstad: Juta.

Boraine, A. en B.P.S van Eck. 2003. The new insolvency and labour legislative package: How successful was the integration? *Industrial Law Journal*, 24:1840–68.

Delport, P.A. 2019. *Henochsberg on the Companies Act of 2008* (2019-bywerking). Durban: LexisNexis.

Joubert, E.P. 2018. A comparative study of the effects of liquidation or business rescue proceedings on the rights of the employees of a company. LLD-proefskrif, Universiteit van Suid-Afrika.

Kunst, J.A., A. Boraine en D.A. Burdette. 2019. *Meskin: The law of insolvency*. Durban: LexisNexis.

Levenstein, E. 2019. *South African business rescue procedure* (2019-bywerking). Durban: LexisNexis.

Lombard, S. en A. Boraine. 1999. Insolvency and employees. *De Jure*, 32:300–14.

Loubser, A. 2010. Some comparative aspects of corporate rescue in South African company law. LLD-proefskrif, Universiteit van Suid-Afrika.

Van Eck, B.P.S., A. Boraine en L. Steyn. 2004. Fair labour practices in South African insolvency law. *South African Law Journal*, 121(4):902–25.

Van Niekerk, A. en N. Smit. 2019. *Law@work*. Durban: LexisNexis.