

Die toepassing van verskillende teorieë vir die beoordeling van die regsposisie van versekerde skuldeisers in 'n oorgrens insolvensieprosedure

AL STANDER*

1 Inleiding

Die voorkeurorde is die hart en kern van enige insolvensieregstellings. Hierdie orde bepaal die hiërargie onder skuldeisers in 'n finale likwidasië.¹ Woods noem dit die prioriteitsleer (*ladder of priorities*) en dit is hierdie leer wat bepaal hoe groot die risiko is wat 'n skuldeiser neem.² Bo-aan die voorkeurorde of prioriteitskema is daardie skuldeisers wat *in rem* sekuriteitsregte oor 'n skuldenaar se bates gevestig het. Diesulkes behou die effektiwiteit van hul sekuriteit gedurende en ten spyte van enige formele insolvensieprosedure wat die skuldenaar ondergaan.³ Elke insolvensieregstellings in enige jurisdiksie⁴ maak voorsiening vir die “groot prioriteit”⁵ ofte wel versekerde skuldeisers. 'n Versekerde skuldeiser is dan wel daardie skuldeiser wat 'n sekuriteitsbelang in 'n spesifieke bate van die skuldenaar het.⁶ Daarenteen is 'n preferente eis 'n onversekerde eis wat uit hoofde van wetgewing

* Professor, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Potchefstroom Kampus.

¹ In hierdie ondersoek gaan die term “insolvensieverrigtinge” geriefshalwe gebruik word om die verrigtinge of voorlopige verrigtinge m.b.t. insolvensie wat vir hierdie onderwerp relevant en toepaslik is, aan te dui. Dit gaan oor daardie verrigtinge wat die bates en sake van die insolvente skuldenaar aan beheer en toesig van 'n buitelandse hof, vir die doeleinde van likwidasië of selfs reorganisasië, onderwerp/toevertrou.

² Woods “The bankruptcy ladder of priorities” 2013 *Business Law International* 209 211.

³ Sien ook Fletcher “*L'enfer, c'est les autres*”: evolving approaches to the treatment of security rights in cross-border insolvency” 2011 *Texas International Law Journal* 489 490. Vir versekerde eise in die Suid-Afrikaanse reg, sien a 2 van die Insolvensiewet 24 van 1936. Ander wette kan ook sekuriteite vir die skuldeiser vir die betaling van sy eis skep. Sien in dié verband bv a 118 van die Wet op Plaaslike Regering: Munisipale Stelsels 32 van 2000; a 3 van die Wet op Sekerheidstelling deur Middel van Roerende Goed 57 van 1993; a 114 van die Doeane- en Aksynswet 91 van 1964; hoofstuk 9 van die herroepe Koöperasiewet 91 van 1981; a 30 van die Wet op die Land- en Landbou-ontwikkelingsbank 15 van 2002; Handelskeepvaartwet 57 van 1951; Wet op Wrakke en Berging 94 van 1996. Vir 'n volledige bespreking raadpleeg Nagel (red) *Mars Insolvency Law in South Africa* (2008) 467.

⁴ In hierdie artikel word die begrip jurisdiksie sinoniem met die begrippe staat en land gebruik.

⁵ *Great Priority*. Sien Woods (n 2) 209 waar die skrywer die prioriteitskema of voorkeurorde van 'n hele aantal jurisdiksies uiteensit. Daaruit is dit duidelik dat die meerderheid van jurisdiksies onderskei tussen *super-priority creditors*, *priority creditors*, *pari passu creditors* en nog 'n paar ander groeperinge in sekere jurisdiksies wat nie nou relevant is nie.

⁶ Sien die omskrywing van sekuriteit in a 2 van die Insolvensiewet; Nagel (red) (n 3) 432-460. Sien ook Fletcher (n 3) 490.

voor ander onversekerde eise uitbetaal word – dit is statutêre voorkeure.⁷ Die term “voorkeurskuldeisers” sluit die versekerde skuldeisers sowel as die preferente skuldeisers in omdat albei hierdie groepe voorkeur bo die gewone, konkurrente skuldeisers in ’n insolvente boedel geniet.

Een van die hoofredes waarom daar disharmonie in internasionale insolvensies is, is die feit dat verskillende jurisdiksies verskillende sienings van hierdie voorkeurorde en oor versekerde eise spesifiek het. Woods wys daarop dat baie jurisdiksies, hoewel daar tog verskille is, dieselfde dink oor die aanvang van likwidasies, die bestuur van die insolvente boedel en selfs oor vermydingsaksies (tersydestelling van vernietigbare voorkeure), maar dat die grootste onenigheid en verskille oor die prioriteitskema gaan.⁸ Die orde verskil van jurisdiksie tot jurisdiksie juis omdat dit ’n saak van openbare beleid van elke jurisdiksie is.⁹ Die openbare beleid in ’n spesifieke jurisdiksie veroorsaak byvoorbeeld dat die aard van die sekuriteitsinstrument in een geval geldig en effektief is met verwysing na daardie jurisdiksie se vereistes en standaarde en in ander jurisdiksies kan dit weer ongeldig en oneffektief wees.

Die omvang van die voorkeurorde is waarskynlik ook die hoofrede waarom dit so moeilik is om hoflikheid tussen state (*comity between nations*)¹⁰ in die geval van oorgrens-insolvensies te betoon en wedersydse erkenning te bereik. Een jurisdiksie is onwillig om bates aan die skuldenaar se sentrum van hoofbelange af te staan sodat dit na byvoorbeeld daardie jurisdiksie se werknemers gaan of die vreemde¹¹ jurisdiksie se belastingowerheid toeval, terwyl die plaaslike werknemers en plaaslike belastingowerheid niks kry nie.¹² Daarbenewens is ook die uiteenlopende praktyke van die verskillende regstelsels ten opsigte van die aard van sekuriteite in die geval van insolvensie-aangeleenthede ’n struikelblok vir internasionale erkenning en samewerking.¹³ Gevolglik is die onmiddellike reaksie van ’n jurisdiksie om eerder ’n parallelle insolvensieprosedure aan die gang te sit sodat dit in effek sy plaaslike sekuriteite en prioriteite kan beskerm.¹⁴

⁷ Sien bv a 96-102 van die Insolvensiewet 24 van 1936. Die meeste jurisdiksies erken bv administrasiekoste (sekwestrasië- of likwidasiekostes), beperkte eise van werknemers en sekere belastingas preferente of voorkeureise. Sien ook Gropper “The payment of priority claims in cross-border insolvency cases” 2011 *Texas International Law Journal* 559 560. Maar dan bestaan daar in elke jurisdiksie ook nog ’n verskeidenheid ander voorkeure gegrond op die openbare beleid in die spesifieke jurisdiksie.

⁸ Woods (n 2) 211.

⁹ Sien Fletcher (n 3) 491.

¹⁰ Sien Botha en Stander “Die bepaling van die ‘sentrum van hoofbelange’ by oorgrens insolvensies: is die *Parmalat*-benadering voldoende om die behoeftes van moderne handel te bevredig?” 2011 *TRW* 19-48 n 51.

¹¹ Die begrip “vreemde” sal sinoniem met die begrip “buitelandse” gebruik word. Dus sal vreemde hof, vreemde skuldeisers, vreemde reg en vreemde bates soms vir buitelandse hof, buitelandse skuldeiser, buitelandse reg en buitelandse bates gebruik word.

¹² Gropper (n 7) 560-561.

¹³ Sien Fletcher (n 3) 492.

¹⁴ Daar is weliswaar skrywers wat meen dat versekerde skuldeisers nie ’n groot probleem in oorgrens-insolvensies veroorsaak nie, omdat byna alle jurisdiksies ander se sekuriteite erken. Sien bv Gropper (n 7) 559 561 en Mason en Catanese “Strategies for use of the US Bankruptcy Code by foreign insolvency representatives” 2011:2 *Insolvency and Restructuring International* 9 12. ’n Probleem kan egter mi ontstaan waar ’n versekerde skuldeiser sekuriteit oor die grootste bate van ’n insolvente boedel beskik. Gaan almal steeds dan baie tegemoetkomend teenoor mekaar wees? Die lg skrywers verklaar eenvoudig dat in die geval van aanvullende (*ancillary*) verrigtinge die buitelandse verteenwoordiger die skuldenaar se plaaslike bates vry en “skoon” van enige teenstrydige belang kan verkoop. Daardie belang, tot die omvang dat dit afdwingbaar is, sal gewoon bevredig word uit die opbrengs van die verkoop. Hulle verduidelik geensins tov welke regstelsel dit afdwingbaar moet wees nie.

Dit is my submitisie dat sekerheid en stabiliteit ten opsigte van die kwessie van die internasionale hantering van veral *in rem* sekuriteitsregte voordelig sal wees vir die bedryf van oorgrens ekonomiese aktiwiteite. In hierdie ondersoek gaan die vraag na die regsposisie van voorkeurskuldeisers in 'n oorgrens insolvensieprosedure en die toepassing van die verskillende teorieë vir die beoordeling daarvan¹⁵ verduidelik word spesifiek met verwysing na die regsposisie van 'n versekerde skuldeiser.¹⁶

Die probleem is dat, soos reeds genoem, jurisdiksies se sekuriteite en die gestelde vereistes vir elke tipe sekuriteit verskil.¹⁷ Verskille in die reg en regsbeginsels in elke jurisdiksie is myns insiens juis die produk van 'n gevestigde besigheidskultuur, ekonomiese beleidskeuses, verandering en innovasie – onontbeerlike fasette van ekonomiese vooruitgang. Daar is met ander woorde 'n rede waarom 'n spesifieke soort sekuriteit in een jurisdiksie geldig en effektief is maar nie noodwendig geldig en effektief in 'n ander jurisdiksie sal wees nie. Die volgende vrae raak nou relevant: gestel die bate wat aan 'n skuldeiser se sekuriteitsreg onderworpe is, is in jurisdiksie A geleë en die aansoek vir likwidasië word in jurisdiksie B toegestaan waar die skuldenaar se belangesentrum (COMI) geleë is.¹⁸ Kan jurisdiksie A die versoek vir oordrag van die betrokke bates deur die hof in jurisdiksie B “veto” op grond van wat sy eie openbare beleid dikteer? Of moet dit voorkeur verleen aan die werking en effek van die regstelsel waar die skuldenaar se likwidasië geadminestreer word?

Myns insiens is die mees algemene rede waarom skuldeisers samewerking in die geval van oorgrens insolvensies sal beveg, die vrees dat hulle voorkeureise aan 'n ander prioriteitsbehandeling onderworpe sal wees.¹⁹ Die vrees is beslis realisties want in 'n oorgrens insolvensie-aangeleentheid is daar deurentyd die stryd om te bepaal watter regstelsel toegepas moet word: Die *lex concursus*, die *lex situs* of die *lex contractus*?²⁰

Vervolgens is die doel van hierdie artikel om aan te dui dat die algemeen aanvaarde moderne universalisme nie klakkeloos by oorgrens insolvensies nagevolg behoort te word nie. Dit wil voorkom of die houding van baie akademici hedendaags is dat indien moderne universalisme en die aanwending daarvan nie in die toepassing van die nasionale oorgrens insolvensiereg voorgestaan word nie, so 'n standpunt minderwaardig is. Fletcher is baie versigtig om direkte kritiek teen 'n ongekwalifiseerde aanvaarding daarvan te lewer. Dit is egter my mening dat

¹⁵ Die toepassing van die verskillende teorieë in die geval van oorgrens insolvensies het mi 'n bepaalde effek op die regsposisie van hierdie skuldeisers.

¹⁶ Ter wille van bondigheid sal die voorbeelde wat gebruik word om my standpunt oor die teorieë te illustreer, dus net na die regsposisie van die versekerde skuldeisers verwys. Die regsposisie m.b.t. die “gewone” voorkeur- of preferente skuldeisers sal wel in 'n volgende artikel ter sprake kom.

¹⁷ Sien ook Fletcher (n 3) 493.

¹⁸ COMI beteken “centre of main interest” maar sal in hierdie ondersoek bloot met “belangesentrum” vertaal word. 'n Bespreking van hierdie aspek is nie die fokus van die huidige ondersoek nie. Sien daarvoor Weideman en Stander “European and American perspectives on the choice of law regarding cross-border insolvencies of multinational corporations – suggestions for South Africa” 2012:5 *PER* 133 par 2; Botha en Stander (n 10) 19; Skene “Chasing the dream: the quest for solutions to international insolvencies” 2007 *Journal of Private International Law* 333; Di Sano “COMI: the sun around which cross-border insolvency proceedings revolve: part 2” 2009 *Journal of International Banking Law and Regulation* 127; Bomhof “Shifting gears in cross-border insolvencies: from comity to COMI” 2008 *Banking & Finance Law Review* 31.

¹⁹ Sien ook Janger “Virtual territoriality” 2010 *Columbia Journal of Transnational Law* 401 415; Pottow “Greed and pride in international bankruptcy: the problems of and proposed solutions to ‘local interest’” 2006 *Michigan Law Review* 1899.

²⁰ Die *lex concursus* is die reg van die jurisdiksie waar die likwidasië plaasvind. Die *lex situs* is die reg van die jurisdiksie waar die saak of voorwerp van die sekuriteit geleë is en die reg wat die transaksie beheers (*lex contractus*) is daar waar die reg *in rem* geskep is.

'n wegbeweg van so 'n versigtige standpunt nodig is. Om dit te motiveer en te regverdig, sal gesteun word op Fletcher se uiteensetting waar hy probeer om 'n gekwalifiseerde toepassing van die moderne universalisme te verduidelik.²¹ Dele van sy uiteensetting sal ek egter aanpas en vorm om ook my eie interpretasie weer te gee, sodat dit gemaklik ingevolge die Suid-Afrikaanse insolvensiereg verstaan en deur Suid-Afrikaanse praktisyns vertolk kan word.²² Soos genoem is die doel om weg te beweeg van die algemeen aanvaarde, en nader te beweeg na die posisie wat elke jurisdiksie in die praktyk en in werklikheid wil laat geld om sy eie insolvensieregstelsel voorkeur te gee maar om tog ook billik en redelik daaromtrent te wees.

Gevolglik is die uitgangspunt van hierdie ondersoek dat as 'n enkele hof beheer oor die buitelandse bates van 'n insolvent of insolvente onderneming neem wat aan 'n sekerheidsreg van 'n buitelandse skuldeiser onderhewig is en die hof wil die begin van sekondêre, parallelle (konkurrente) of aanvullende prosedures vermy, moet dit op een of ander manier voorsiening maak vir die betaling van daardie versekerde eise soos wat dit in die vreemde jurisdiksie sou plaasvind of ten minste baie naby daaraan.

2 Gevallestudie

As probleemstelling is die volgende scenario's in gedagte: Gestel 'n sekere vorm van sekuriteit word in land X as geldig en effektief erken maar in Suid-Afrika byvoorbeeld, word dit as ontoelaatbaar of oneffektief gereken.²³ Veronderstel dat die skuldenaar in land X so 'n vorm van sekuriteit aan 'n skuldeiser verleen het en die insolvensieprosedure word ook in land X begin. Dit is met ander woorde die *lex concursus*. Die betrokke bate waaroor die sekuriteit gevestig het, is egter in Suid-Afrika geleë. Suid-Afrika is die *lex situs*. Wat staan die Suid-Afrikaanse skuldeisers te doen as die insolvensieverteenwoordiger van land X versoek dat die betrokke bate(s) aan hom oorgedra word? Dit sou tog beteken dat die versekerde skuldeiser in land X meer uit die oorgedraagde bate gaan kry as die konkurrente skuldeisers in Suid-Afrika en die konkurrente skuldeisers in die algemeen.

Die teenoorgestelde is ewe problematies: Gestel die skuldenaar verleen aan 'n plaaslike skuldeiser 'n sekuriteit oor bates wat in Suid-Afrika geleë is, maar die insolvente boedel word later in land X gelikwedeer (*lex concursus*) waar die sekuriteit nie effektief is nie. Moet die Suid-Afrikaanse howe die sekuriteitsbelange van daardie skuldeiser handhaaf, of moet hulle voorrang gee aan die effek van die *lex concursus*?

Verskeie akademici het pogings aangewend om 'n algemene internasionale benadering te vind, gebaseer op algemeen aanvaarde beginsels, om die wesenlike verskille tussen die plaaslike reg van die verskillende soewereine jurisdiksies sinvol op te los.²⁴ Dit is my standpunt dat die hantering van die probleemsituasie bepalend

²¹ Sien Fletcher (n 3) 489 ev.

²² Die uiteensetting wat Fletcher gebruik, is 'n goeie voorbeeld om die relevante situasies te demonstreer, maar ek verkies om 'n ander teorie daarop van toepassing te maak omdat hierdie teorie volgens my in die praktyk meer realisties is. Dit is dus moontlik dat Fletcher in 'n geval van 'n sekere tipe eis melding maak (bv 'n "floating charge"), maar dat ek 'n soortgelyke beginsel vir doeleindes van my argument tov sekuriteite in die algemeen (wat in een jurisdiksie erken word, maar nie in 'n ander jurisdiksie nie), van toepassing maak.

²³ Sien Woods (n 2) 209-244 vir 'n insiggewende verwysing na die verskillende sekuriteite in verskillende jurisdiksies.

²⁴ Fletcher (n 3) 495.

beïnvloed word deur die toepassing van die verskeie teorieë wat in hierdie konteks ontwikkel is en die aanvaarbaarste oplossing sal in daardie teorieë gesoek moet word. Ter sprake is hoofsaaklik die teorieë van moderne universalisme en samewerkende territorialisme²⁵ wat uit die teorieë van universalisme en territorialisme ontwikkel het omdat nie een van die laasgenoemde teorieë bevredigende antwoorde, oplossings en resultate opgelewer het nie. Daarom word 'n bespreking van hierdie twee oorspronklike teorieë nie beoog nie; ook omdat daar al heelwat oor die spesifieke teorieë geskryf is.²⁶ Van meet af aan was die teorieë van suiwer universalisme en suiwer territorialisme aan hewige kritiek onderworpe. 'n Kort uiteensetting van die moderne ontwikkelings en ander teorieë as pogings om die swak punte van suiwer universalisme en suiwer territorialisme te ondervang, is vervolgens aan die orde. Dit word gedoen om die mees doeltreffende teorie of model te vind of te ontwikkel wat na my mening 'n gepaste oplossing kan bied vir die probleem op hande.

3 Teorieë van toepassing in die geval van oorgrens insolvensies

3.1 Inleiding

Myns insiens is die senupunt van die probleem om billike oplossings te kry vir oorgrens insolvensieprosedures, die toepassing van die mees gepaste teorie. Met die risiko om geweldige kritiek op te loop, is die submitisie dat die oplossing van talle probleme rakende hierdie aspek van die insolvensiereg gekortwiek word deur hardkoppigheid (of dalk akademiese hoogmoed van sekere skrywers?) om toe te gee dat 'n ander teorie of model dalk meer gepas onder die omstandighede is. Daar is 'n onwilligheid om te erken dat 'n ander moontlikheid of verfyning van 'n spesifieke teorie dalk 'n beter oplossing het wat kan meewerk om 'n meer aanvaarbare en effektiewe werkswyse daar te stel. Gesien in die lig van die talle tydskrifartikels waarin die verskillende teorieë wat op hierdie gebied van toepassing kan wees, in fyn besonderhede uiteengesit word, word 'n uitgebreide bespreking nie beoog nie.²⁷

3.2 Moderne universalisme

Kortliks word volstaan met die beskrywing dat moderne universalisme se uitgangspunt die idee van universalisme is – 'n wêreldwye administrasie en

²⁵ *Modified universalism en cooperative territorialism.*

²⁶ Sien by Garrido "No two snowflakes the same: the distributional question in international bankruptcies" 2011 *Texas International Law Journal* 459 465-474.

²⁷ Sien by Bufford "International insolvency case venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek controversies" 2006 *The Columbian Journal of European Law* 431-486; Bufford "Centre of main interest, international insolvency case venue, and equality of arms: the Eurofood decision of the European court of justice" 2007 *Northwestern Journal of International Law and Business* 351; Farley "An overview, survey and critique of administrating cross-border insolvencies" 2004 *Houston Journal of International Law* 180; LoPucki "The case for cooperative territoriality in international bankruptcy" 2000 *Michigan Law Review* 2216; LoPucki "Universalism unravels" 2005 *American Bankruptcy Law Journal* 143; Mevorach "Centralising insolvencies of Pan-European corporate groups: a creditors dream or nightmare?" 2006 *JBL* 468; Pottow (n 19) 1899; Pottow "The myth (and realities) of forum shopping in transnational insolvency" 2007 *Brooklyn Journal of International Law* 785; Westbrook "Universalism and choice of law" 2004 *Penn State International Law Review* 625; Westbrook "A global solution to multinational default" 2000 *Michigan Law Review* 2276; Westbrook "Chapter 15 at last" 2005 *American Bankruptcy Law Journal* 713; Westbrook "Multinational financial distress: the last hurrah of territorialism" 2006 *Texas International Law Journal* 321.

bestuur van 'n multinasionale insolvensie deur 'n enkele hof of gesag – waarvan die toepassing dan gemoderniseer is om die stelselmatige ontwikkeling van samewerking te reflekteer.²⁸ Ander howe erken hierdie enkele hof as die “gasheer” van die hoof insolvensieprosedure, alhoewel elke hof vryheid behou om 'n aanvullende of sekondêre prosedure te begin indien dit meen dat dit die beste is.²⁹ Die erkenning van insolvensieprosedures as hoof- of nie-hoofprosedures is redelik meganies. Erkenning van 'n prosedure as hoofprosedure gee outomatiese regshulp en baie van die permanente regshulp wat beskikbaar is, is diskresionêr. Derhalwe behoort erkenning gou en volgens formule te volg, “leaving the specific level of deference and cooperation with the main proceeding in the hands of the local court. At the same time, the law specifically imposes a duty to cooperate with the foreign court to the maximum extent possible.”³⁰

Moderne universalisme poog, sover dit moontlik is, om 'n universele insolvensieprosedure of -proses te skep, onder die insolvensiereg van die jurisdiksie waar die skuldenaar sy belangesentrum het. Howe van ander aanvullende (dus ondergeskikte) jurisdiksies neem deel tot die beperkte omvang van hulpverlening om bates bymekaar te maak en om die beslissing van die hoofprosedure te implementeer.³¹

3.3 Samewerkende territorialiteit

Samewerkende territorialiteit begin met die veronderstelling van territorialiteit, maar daar word ook erken dat in gevalle dit ongewens of onvanpas kan wees (en dit hang af van geval tot geval) in welke instansie dan van territorialiteit afstand gedoen word om samewerking te verleen. Die teorie voorsien meervoudige volskaalse insolvensieprosesse.³² Elke hof in wie se regsgebied bates van die insolvent geleë is, administreer en verdeel die opbrengs van daardie bates volgens die status van plaaslike eise in ooreenstemming met die plaaslike insolvensiereg. Elke hof waar insolvensieprosedures geliasseer word, het gelyke status. Al hierdie verskillende prosesse is gekoördineer deur kommunikasie tussen die administrateurs. Hierdie nuwe benadering verwelkom dus tog ook samewerking.

3.4 Die winner

Dit is egter so dat die meeste akademiese skrywers hulle skaar agter die idee van moderne universalisme.³³ Hierdie siening is ook versinnebeeld in die belangrikste

²⁸ Westbrook “An empirical study of the implementation in the United States of the Model Law on cross-border insolvency” 2011 *American Bankruptcy Law Journal* 247 250; Janger (n 19) 414-415.

²⁹ Hoewel Westbrook dit sê, is dit algemeen bekend dat hyself veel minder bevoegdheids aan die nie-hoofprosedure toeken. Daarbenewens maak a 21.3 van die *Model Law*, wat hy as vergestaltung van die idee van moderne universalisme sien, voorsiening vir die beperking van regshulp wat aan die nie-hoofprosedure verleen kan word. Sien verder die verduideliking van sy standpunt in par 4.2 hieronder.

³⁰ Westbrook (n 28) 251.

³¹ Janger (n 19) 406.

³² Sien LoPucki (n 27 (2000)) 2216-2251; LoPucki (n 27 (2005)) 143-167.

³³ Sien by Wouters en Raykin “Corporate group cross-border insolvencies between the United States and the European Union: legal and economic developments” 2013 *Emory Bankruptcy Developments Journal* 388 389; Bufford “Global venue controls are coming: a reply to Professor LoPucki” 2005 *American Bankruptcy Law Journal* 105 117; Bufford “Coordination of insolvency for international enterprise groups: a proposal” 2012 *American Bankruptcy Law Journal* 685; Pottow “A new role for secondary proceedings in international bankruptcies” 2011 *Texas International Law Journal* 579.

verskillende multilaterale inisiatiewe,³⁴ insluitende die Modelwet (*Model Law*),³⁵ die *EC Regulasie*³⁶ en Hoofstuk 15 (*Chapter 15*) van die Amerikaanse insolvensiewetgewing (*United States Bankruptcy Code*).³⁷ Die kruks by hierdie benadering is dat daar 'n "hoof" prosedure moet wees wat die globale pogings om die skuldenaar te reorganiseer of te likwideer, moet fasiliteer en koördineer. Om effektief te wees, moet die hof in die verskeie jurisdiksies hoflikheid³⁸ betoon, die verteenwoordigers van die vreemde jurisdiksies erken en al die betrokkenes moet die bevel wat die hof van die skuldenaar se belangesentrum gegee het, respekteer en erken. Die idee is om 'n "universele" of "globale" insolvensieprosedure te skep wat die ordelike hantering van die skuldenaar se bates en bedrywighede in al die relevante jurisdiksies sal toelaat. "The signature theme of modified universalism is centralizing control of the bankruptcy case in the 'main' case."³⁹

3.4.1 Moderne universalisme en die *Legislative Guide*

Die *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) het sy *Legislative Guide on Insolvency Law* in 2004 gepromulgeer.⁴⁰ Die *Legislative Guide* se oplossing vir die probleemsituasie lê in die formulering en gebruik van keuse-van-reg reëls. Die keuse-van-reg reëls wat hiervolgens aanwending behoort te vind, word in artikels 30-34 uiteengesit. Hoewel hierdie net aanbevelings is, is dit tog insiggewend dat die *Legislative Guide* nie so universalisties soos die *EC Regulasie* is nie. Die sterk modernistiese uitgangspunt van die riglyn is die volgende: "[O]nce the validity of the claim has been determined under the relevant national law, the priority and treatment of the claim should be dealt with under the bankruptcy law of the forum (*lex fori concursus*)."⁴¹

³⁴ 'n Goeie en insiggewende bespreking kan gevind word in Janger (n 19) 410-422.

³⁵ *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on Cross-Border Insolvency*, 1997 en *UNCITRAL Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, Wenen 1997. Hierna die *Model Law* en *Guide to Enactment*.

³⁶ *Regulation on Insolvency Proceedings, Council Regulation 1346/2000*, 29 Mei 2000. Hierna die *EC Regulasie*.

³⁷ Van 1978, gekodifiseer by 11 USC § 101 ev en soos gewysig deur die *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* van 2005. In 'n mate kan die Wet op Insolvensie oor Landsgrense ook hier geklassifiseer word. Omdat die wet egter nog nie effektief is nie, is dit moeilik om te bepaal wat die werklike toepassing daarvan in die praktyk sal wees. Die stelling word versterk deur die bepaling van a 13 van die Wet op Insolvensie oor Landsgrense. A 13(3) lui soos volg: "Sonder om afbreuk te doen aan die toepassing van die reg en praktyk van die Republiek in die algemeen, word die rangorde van eise tov bates in die Republiek deur die reg en praktyk van die Republiek tov die rangorde van eise gereël." Dit beteken in die konteks van oorgrens insolvensies maw dat indien 'n buitelandse verteenwoordiger 'n Suid-Afrikaanse hof nader vir erkenning van 'n buitelandse verrigting of deelname aan die plaaslike verrigting, hy verlies sal moet neem dat die Suid-Afrikaanse reg voorkeur sal geniet in die bepaling van die rangorde van skuldeisers vir sover dit bates in die Republiek betref. Die insluiting van a 13(3) dui ook aan dat beskerming van die belange van die plaaslike skuldeisers vir die Suid-Afrikaanse regs kommissie van groot belang was. Die submitisie is ook dat die invoeging van 'n wederkerigheidsbeginsel in a 2(2) van die Wet op Insolvensie oor Landsgrense, wat nie in die *Model Law* voorkom nie, teruggevoer kan word na die groot besorgdheid plaaslik oor die beskerming van die belange van plaaslike skuldeisers wat die promulgering van die wet voorafgegaan het.

³⁸ *Comity* vereis dat hofe die beslissings van die hofe van ander jurisdiksies met dieselfde status sal erken en sal toesien dat die beslissings van daardie hofe uitgevoer word. Dit berus op die beginsels van hoflikheid, billikheid en geregtigheid tussen state. Sien Botha en Stander (n 10) 25.

³⁹ Janger (n 19) 407.

⁴⁰ Dit is net 'n gids en het geen bindende effek nie.

⁴¹ Sien ook Janger (n 19) 419.

Tog is daar by die riglyn volgens Janger⁴² sprake van politieke realiteit. Ingevolge Aanbeveling 31 kan jurisdiksies kies om sekere aspekte van oorheersing van die belangesenrum uit te sluit en die voorbeeld wat bespreek word, is onder andere die aspek van die behandeling van versekerde eise. Hy meld dat hierdie 'n tipiese territorialistiese kommer vergestalt.

3.4.2 Moderne universalisme en die *EC-Regulasie*⁴³

Waarom die moderne universalisme so 'n groot aanhang geniet, word gemotiveer deur die aanspraak dat dit 'n gekontroleerde wyse bied waarop die regmatige verwagtinge van partye (*legitimate expectation*) beskerm word. 'n Deeglike en presiese skuldeiser wat met 'n skuldenaar besigheid doen, weet oor die algemeen waar die skuldenaar se sentrum van hoofbelange is: hy besef en verwag dat daardie plek 'n groot rol sal speel wanneer finansiële nood ontstaan.

Die moontlikheid word geskep dat partye wie se sekuriteitsbelange of hul aanspraak op prioriteit nadelig onder die regime van die *concurus* geaffekteer sou word,⁴⁴ die voordeel kan behou van die alternatiewe reg waaronder hulle prioriteit verkry het. Dit word sterk deur die *EC Regulasie* onderskryf en wel deur artikels 3⁴⁵ en 5.⁴⁶ Die praktiese toepassing van artikels 3 tot 5 wys daarop dat die prosedure wat in die skuldenaar se belangesenrum hangende is, universeel is. Dit is opvallend dat artikel 3 van die *EC Regulasie* niks rep oor die rol van die sekondêre prosedure nie. Janger⁴⁷ verklaar dat 'n hof in 'n sekondêre jurisdiksie vermoedelik sy eie reg sal toepas om die eise van skuldeisers wat 'n spesifieke bate wat in daardie jurisdiksie geleë is as sekuriteit hou, te beredder. Dit is moderne universalisme.

Verder bevat artikel 13 'n spesiale verweer om die vermydingsaksies (tersydestelling van vernietigbare voorkeure) wat in die land van die *concurus* gebring word, te keer. Om beskikbaar te wees, moet die transaksie egter beheers word deur die reg van 'n ander lidland.

Waarom die bespreking van die verskillende teorieë so belangrik is en waarom 'n verdere soeke na die ideaal noodsaaklik is (en hierdie onderwerp in werklikheid nog nie genoeg deurtrap is nie), is myns insiens geleë in die volgende stelling van Fletcher.

⁴² Janger (n 19) 422.

⁴³ Sien Fletcher (n 3) 505.

⁴⁴ Sien Fletcher (n 3) 505.

⁴⁵ Dit kan geklassifiseer word as die bron van die *EC Regulasie* se regskeuse (*choice of law*)-reëls. Die *EC Regulasie* het deur middel van die regskeuseleerstuk 'n maatreël daargestel om die probleem te oorkom wat deur die konkrete verskil tussen plaaslike reg van die verskillende soewereine state geskep word. A 3 van die regulasie bepaal dat, in internasionale konteks, slegs die jurisdiksie waar die skuldenaar se sentrum van hoofbelange geleë is, 'n insolvensieprosedure kan begin. Ander lidlande kan sekondêre prosedures begin indien die skuldenaar 'n bedryf (*establishment*) daar het, maar dit is effektief net tov bates wat in daardie jurisdiksie geleë is. Sodoende beperk dit die moontlikheid om sekondêre insolvensieprosedures te begin. Dit bring dan a 4 in spel wat bepaal dat die regstelsel van die jurisdiksie waarin die prosedure begin is, van toepassing sal wees, tensy die regulasie 'n ander reël van toepassing maak. A 5 is so 'n ander reël.

⁴⁶ Dit gaan oor oorgrens sekuriteit. Dit bepaal dat *in rem* sekuriteitsregte gevestig oor eiendom wat aan die skuldenaar behoort nie geaffekteer sal word deur die aanvang van insolvensieprosedures (en by implikasie, deur enige bepaling van die *lex concursus* nie), in die geval waar die betrokke eiendom tydens die aanvang van die prosedures in die gebied van 'n ander lidland geleë is nie. Hierdie artikel dui dus die reg van die *situs* van die eiendom aan as die toepaslike regstelsel wat die sekuriteitsreg van daardie skuldeisers sal beheers. Dit is egter opmerklik dat a 5(4) 'n bepaling bevat dat die geldigheid van die transaksie waarin die sekuriteitsreg geskep is, getoets moet word aan die vermydingsbepalings van die *lex concursus*.

⁴⁷ Janger (n 19) 417.

Hy wys vervolgens daarop⁴⁸ dat daar geen spesifieke bepaling in die *EC Regulasie* self is nie as teenvoeter vir die moontlikheid dat partye die plek (*location*) van die bate wat aan die skuldeiser se voorkeurreg onderworpe is, kan kies en daarbenewens ook die reg kan kies wat die transaksie wat tot die sekuriteit aanleiding gegee het, beheers. Dit kan gedoen word deur eenvoudig 'n regstelsel te kies wat meer gunstig is as die regstelsel van die jurisdiksie waaraan die skuldenaar onderworpe sal wees, óf die reg van daardie jurisdiksie waaraan die partye se besigheidsverhouding in werklikheid “the most closely connected” is. Dit lei Fletcher tot die gevolgtrekking dat daar definitief 'n sekere risiko van vermyding of misbruik is; iets soortgelyks aan die soek na 'n forum (“forum shopping”), selfs binne die grense van die Europese Unie se huidige lidmaatskap. Gesien in die lig van hierdie erkenning is 'n groot bekommernis vir my die feit dat onder moderne universalisme soos dit tans verstaan word, daar veral in die geval waar ander state buite-om die Europese Unie betrokke is, nog meer kanse bestaan om die “nie-vir-my-tot-voordeel nie” van 'n *lex concursus* te ontsnap. Dit kan gebeur deur slim gebruik te maak van 'n regskeuse (*choice of law*) en 'n aanvullende keuse van die *situs* waarin die versekerde eiendom “geplaas” moet word, presies wat deur Fletcher gesuggereer word.

3.4.3 Moderne universalisme en die Modelwet

Fletcher wys daarop dat die Modelwet prinsipiëel op dieselfde wyse as die *EC Regulasie* werk.⁴⁹ Die Modelwet bevat bepalings wat die erkenning van insolvensieverrigtinge wat in die skuldenaar se belangesentrum begin is, te bewerkstellig en te vergemaklik. Die gevolge wat hierdeur verkry word, korrespondeer met die kenmerke en vereistes van universalisme, en, moet toegegee word, dit erken ook die internasionale werklikhede deur voorsiening te maak vir die erkenning van konkurrente verrigtinge wat 'n meer beperkte omvang het naamlik die administrasie van bates wat binne 'n jurisdiksie geleë is waarin die skuldenaar 'n bedryf (*establishment*) het.⁵⁰

Ook die Modelwet bevat volgens Fletcher⁵¹ nie teenmaatreëls wat die insolvensieverteenwoordiger kan gebruik om die vermyding van die *lex concursus* teen te werk nie. Die kruks van hierdie kritiek teen moderne universalisme, as ek Fletcher reg verstaan, is dat dit tog in 'n sekere sin of 'n sekere mate die regmatige verwagtinge van die skuldeisers van 'n insolvente boedel negeer:

“For present purposes, attention must be focused on the extent to which, in relation to the creation of security interests, the flexibility conceded by modified universalism for the purpose of safeguarding legitimate expectations is capable, in the wrong hands, of becoming an instrument of evasion and abuse, carrying negative consequences for the shared interests of the general body of creditors.”⁵²

Ek meen dat die waarskuwings van Fletcher om verstaanbare redes nie geïgnoreer moet word nie.

⁴⁸ Fletcher (n 3) 505.

⁴⁹ Sien Fletcher (n 3) 501.

⁵⁰ Sien Fletcher (n 3) 501.

⁵¹ Fletcher (n 3) 506.

⁵² Fletcher (n 3) 497.

4 Standpunte van rigtinggewende skrywers

4.1 LoPucki

LoPucki kan na my mening beskryf word as die ontwikkelaar van die teorie van samewerkende territorialiteit ofte wel *cooperative territoriality*.⁵³ LoPucki beklemtoon dat hierdie model samewerking verwelkom.⁵⁴ Volgens hom is die groot voordeel van samewerkende territorialiteit bo universalisme die feit dat eersgenoemde geen samewerking vereis bo dit wat alreeds gebeur nie.⁵⁵ Dit voorsien 'n stabiele platform vir verdrae en konvensies wat met spesifieke gevalle handel vir gesamentlike voordeel, soos die teruggawe of herstel van “vluggende bates” (*fleeing assets*).

Hy wys daarop dat 'n lewendige, territoriaal-gebaseerde stelsel vir internasionale samewerking reeds in plek is.⁵⁶ Wanneer internasionale samewerking nodig is, liasseer die partye óf 'n parallelle insolvensieprosedure in die betrokke lande en kom ooreen op 'n protokol vir gesamentlike administrasie, óf liasseer aanvullende verrigtinge en ontvang deur toestemming die samewerking wat nodig is vanaf die ander verrigtinge se administrateurs.⁵⁷

LoPucki is nie tevrede met die moderne universaliste se benutting van die belangensentrum as poging om *forum shopping* te vermy nie. Hy meen dat daardie standaard opsetlik vaag en prakties betekeloos is.⁵⁸ Dit verduister botsende sienings selfs onder die universaliste ten opsigte van die gepaste hof in 'n gegewe geval. Hy stel drie vrae wat hy glo tot op hede nie bevredigend deur die universaliste beantwoord kan word nie.⁵⁹ Die eerste vraag is waar die tuisteland (*home country*) is wanneer die vernaamste bates, hoofkantoor, handelinge en die plek waar die maatskappy geïnkorporeer is, in verskillende state geleë is. Die tweede vraag is of die tuisteland na die jurisdiksie van die maatskappye as 'n groep verwys, en indien nie, of elke entiteit sy eie tuisteland het. Die derde vraag is watter reëls die onafwendbare verandering in die tuisteland sal reguleer nadat buitelandse krediet toegestaan is.⁶⁰ Hy verduidelik dat die beantwoording van hierdie vrae wesenlik vir die voorspelbaarheidsaspek van die insolvensieprosedure is. Verder beweer hy dat alhoewel skrywers al antwoorde gepoog het vir sommige vrae, nie al die vrae ewe bevredigend beantwoord is nie. Hy verwys byvoorbeeld na die frase *principal place of business* wat deur die moderne universaliste geformuleer is om van die probleme te oorkom en verklaar dat hierdie frase vaag genoeg is om wydsbeen oor al drie die bogenoemde vrae te sit.⁶¹

Samewerkende territorialiteit kan volgens hom groter voorspelbaarheid aan die hand werk.⁶² Dit is die stelsel wat tans prakties, daadwerklik wêreldwyd gebruik word. Onder so 'n stelsel word die administrasie van 'n multinasionale entiteit se bates en bedrywighe in 'n spesifieke jurisdiksie beheers deur die reg van daardie

⁵³ Sien LoPucki “Global and out of control?” 2005 *American Bankruptcy Law Journal* 79-103; LoPucki (n 27 (2000)) 2216-2251; LoPucki (n 27 (2005)) 143-167; Bufford (n 33 (2005)) 105-142.

⁵⁴ LoPucki (n 27 (2000)) 2219; LoPucki (n 53) 79.

⁵⁵ LoPucki (n 27 (2005)) 162.

⁵⁶ LoPucki (n 27 (2005)) 167.

⁵⁷ Hy beweer dat universaliste geen moderne voorbeelde verskaf van gevalle waar reorganisasie of likwidasië pogings misluk het weens 'n gebrek aan samewerking nie (LoPucki (n 27 (2005)) 167).

⁵⁸ LoPucki (n 27 (2005)) 143.

⁵⁹ LoPucki (n 27 (2000)) 2217-2239; LoPucki (n 27 (2005)) 143.

⁶⁰ LoPucki (n 27 (2000)) 2223-2239.

⁶¹ LoPucki (n 27 (2005)) 144.

⁶² LoPucki (n 27 (2005)) 160.

jurisdiksie. Dit is die reg wat die kredietgewers ver wag op die oomblik wat hulle die krediet verleen.⁶³

Die protokolle waarvan hy melding maak, maak voorsiening daarvoor dat die onderskeie insolvensieverteenwoordigers met mekaar ooreenkom oor die prosedures of substantiewe skuiwe of stappe wat wedersyds voordelig is. In baie ander gevalle is protokolle onnodig omdat die buitelandse verteenwoordiger die samewerking van ander lande in aanvullende verrigtinge vra en dit ook ontvang. Samewerkende territorialiteit is dus nie werklik afhanklik van verdrae en konvensies nie want wat nodig is, bestaan alreeds.⁶⁴

Enkele struikelblokke in verband met hierdie teorie is na my mening die tydfaktor, die koste-aspek en die nodige samewerking. Konvensies, verdrae of protokolle bestaan nie noodwendig reeds ten opsigte van al die jurisdiksies wat in 'n oorgrens insolvensieprosedure betrokke kan raak nie. Om konvensies, verdrae of protokolle aan te gaan, is 'n langsame proses wat nie altyd in 'n spesifieke oorgrens insolvensieproses beskikbaar is nie. In die tweede plek is dit 'n feit dat die begin van sekondêre of parallelle insolvensieprosedures in die verskillende jurisdiksies groot kostes meebring. Derdens is samewerking nooit gewaarborg nie en kan daar in 'n geval geen wil wees om met ander saam te werk nie.

4.2 Westbrook

Westbrook is 'n nougesette aanhanger van die moderne universalisme en bewerkstellig die toepassing daarvan deur middel van keuse-van-reg reëls.⁶⁵ Hy voel dat die regs- en politiese kommer wat territorialiteit ondersteun, grootliks oordrewe is en dat sensitiewe keuse-van-reg reëls om die prioriteite te bepaal voldoende sal wees om daardie kommer te akkommodeer. Hy verklaar dat moderne universalistiese keuse-van-reg reëls aansienlike mag in die hand van die forum-hof⁶⁶ behoort te plaas. Sy uitgangspunt is die sentralisasie van prioriteitsreëls in die hoofprosedure met uitsonderings waar eise 'n spesiale verhouding met plaaslike bates en belangrike plaaslike beleid het. Hy propageer baie sterk dat die beleid ten opsigte van die beheer, prioriteit, vermyding (vernietigbare voorkeure) en reorganisasie in 'n oorgrens insolvensie-aangeleentheid bepaal moet word deur die reg van die jurisdiksie waar die hoofprosedure hangende is. Dit moet met ander woorde die reg van die tuisteland jurisdiksie wees, of te wel die plek waar die skuldenaar se sentrum van hoofbelange geleë is.⁶⁷ Hierdie plek is die mees voorspelbare vir skuldeisers en reflekteer ook 'n skuldeiser se verwagting dat die finansiële nood van 'n maatskappy waarskynlik beheers sal word deur daardie jurisdiksie se stel reëls vir die beskerming van skuldeisers.

“The close integration among bankruptcy rules and policies in each jurisdiction applies to the big four of bankruptcy policy: control, priority, avoidance, and reorganization policy. In a system of universalism each of these four elements should be governed by the law of the main proceeding.

⁶³ LoPucki (n 27 (2005)) 160.

⁶⁴ LoPucki (n 27 (2005)) 164.

⁶⁵ Westbrook “Breaking away: Local priorities and global assets” 2011 *Texas International Law Journal* 601-622.

⁶⁶ Forum-hof verwys na die hof van die COMI.

⁶⁷ Westbrook (n 65) 613.

Under modified universalism, such centralization should be the goal, although not always the result.⁶⁸

Om die gevalle te identifiseer waar die plaaslike reg toepaslik gemaak moet word, moet bepaal word of 'n eiser 'n regmatige verwagting van betaling uit die plaaslike bates kan bewys op grond van die een of ander konneksie tussen daardie bates en die eis.⁶⁹ As daar nie so 'n konneksie is nie, moet die prioriteitsreël van die hoofprosedure toegepas word.

Die keuse-van-forum prosedure kan ook gebruik word om die keuse-van-reg reël te bepaal.⁷⁰ 'n Aanvullende of sekondêre prosedure kan deur die skuldeiser(s) of die skuldenaar self begin word as die skuldenaar op daardie plek 'n bedryf (*establishment*) het. In so 'n geval moet die hoofjurisdiksie dan die prioriteitskema van die sekondêre jurisdiksie ten opsigte van bates wat in daardie jurisdiksie geleë is, erken.⁷¹ Westbrook erken dus dat *lex fori* of die reg van die forum baie sal bepaal van wat in 'n insolvensie-aangeleentheid gebeur. Internasionale privaatreë, of die gewone keuse-van-reg beginsels, sal gebruik word om die status van 'n eis vas te stel, maar feitlik alles omtrent 'n eis sal deur die *lex concursus* beheers word.⁷²

Dit is duidelik dat Westbrook, die *EC Regulasie* en die Modelwet 'n baie groot rol vir die *lex concursus* gee. Die Modelwet laat die keuse van forum toe om beheer en die prioriteit van eise te bepaal en sluit slegs vermydingsaksies van die bevoegdhede van die hof van die hoofprosedure uit. Die *EC Regulasie* gaan nog verder: die behandeling van versekerde eise en die vermydingsaksies wat beskikbaar is, word bepaal deur die reg van die jurisdiksie waar die insolvensieprosedure geopen is.

As ek dan Westbrook se standpunt en doelwit moet opsom, sou dit wees dat hy van mening is dat gekoördineerde besluitneming in 'n oorgrens insolvensieprosedure die beste bereik kan word deur die universele insolvensieprosedure vanuit die skuldenaar se belangesenrum te beheer en te administreer, en dat billikheid die beste bereik kan word deur gelykheid in verdeling, maar hiervoor gebruik te maak van 'n enkele prioriteitskema wat in die skuldenaar se belangesenrum van toepassing is.

'n Probleem wat ten opsigte van Westbrook se "uitsondering op die reël van sentralisasie" voorsien word, is geleë in die feit dat werklik min eise wat sekuriteit geniet nie gegrond is op 'n "spesiale verhouding" met plaaslike bates, reg of beleid nie. Byna alle sekuriteite het een of ander konneksie met spesifieke eiendom of is gebaseer op spesifieke plaaslike reg of ekonomiese beleid ten opsigte van spesifieke soorte skuld. Dit beteken myns insiens dus dat by versekerde eise daardie ander, plaaslike reg in elk geval toepassing vind en die prioriteitsreël van die hoofprosedure nie toegepas sal word nie. Tweedens, weer eens, het die opening van aanvullende of sekondêre prosedures om plaaslike reg in gedrang te bring die onwenslike koste-effek waarna hierbo verwys is tot gevolg. In die derde plek is daar volgens my 'n inkonsekwentheid in Westbrook se siening dat "uitsonderings" kan bestaan, en wel in die vereiste van 'n "establishment" om 'n aanvullende of sekondêre prosedure te

⁶⁸ Westbrook "Locating the eye of the financial storm" 2007 *Brooklyn Journal of International Law* 1019 1021-1022. Met hierdie stelling erken Westbrook bygevolg ook dat daar "ander reg" in gevalle toegepas sal word hoewel dit eintlik volgens hom nie die ideaal is nie.

⁶⁹ Westbrook (n 65) 615.

⁷⁰ Westbrook (n 65) 616. Janger (n 19) 435 argumenteer sterk dat die vraag m.b.t. prioriteite nie deur die keuse van forum beantwoord moet word nie, maar m.v.n. die gewone beginsels van keuse van reg.

⁷¹ Maar, in navolging van die *Model Law* en veral a 21 daarvan, is die aangeleentheid in die diskresie van die hof van die *lex concursus*.

⁷² Westbrook (n 68) 1022.

begin. Hierdie vereiste is 'n beduidende beperking op die moontlikheid dat 'n ander regstelsel ten opsigte van 'n spesifieke sekuriteit van toepassing sal wees.

4.3 Fletcher

Dit is my gevoel dat Fletcher nie honderd persent gemaklik met Westbrook se keuse-van-reg toepassing is nie, maar dat hy ook huiwerig is om dit skerp te kritiseer. Derhalwe is sy kommentaar baie subtiel en baie versigtig bewoord. Fletcher pleit vir die bekamping van die “moontlike” neiging van aspirant versekerde skuldeisers om die gasvryheid van moderne universalisme te misbruik deur middel van sintetiese sekuriteitstransaksies met geen werklike betrekking tot die besigheid wat in realiteit tussen die betrokke partye in 'n internasionale konteks gedoen word nie. Soos reeds hierbo genoem is, bestaan die risiko van so 'n gebeurlikheid inderdaad en behoef dan weliswaar aandag. Sy oplossing is dat ingeboude meganismes in die verskeie tipes van internasionale instrumente in plek gestel moet word om misbruik deur partye teen te werk en daar moet seker gemaak word dat dit doeltreffend funksioneer.

Fletcher se poging om 'n gebalanseerde benadering vir die regsconflik (*conflict of laws*) probleem te vind, lê in die beklemtoning van geregverdigde verwagtings (*justified expectations*).⁷³ Geregverdigde verwagtings het volgens hom 'n vasgestelde plek as 'n keuse-beïnvloedende faktor in die konflik van regte. Hoewel dit maar een van die faktore is wat as riglyn dien om die besluitneming in die konteks van 'n keuse-van-reg proses te dien, is die volgende uitgangspunt ook belangrik, naamlik die kommersiële belang om partye in staat te stel om ooreenkomste met die vertroue aan te gaan. Hierdie vertroue is daarin geleë dat die verklaarde beleid van die reg neig tot die ondersteuning van eerlike ooreenkomste, eerder as om toe te laat dat die ooreenkomste gefrustreer word deur 'n dogmatiese en onbuigsame keuse-van-reg-proses.

Fletcher probeer dus wegbreek van die situasie waar skuldeisers ondergrawe word deur 'n dogmatiese en onbuigsame keuse-van-reg proses. Dit wil voorkom of hy nie heeltemal saamstem of gemaklik is met Westbrook se verbete kleef aan die keuse-van-reg reël ten opsigte van die tuisteland-jurisdiksie nie. Hy erken ook dat die taak om keuse-van-reg reëls te formuleer wat eenvormige toepassing in elke jurisdiksie sal toelaat, deurtrek is met moeilikhede. Sy kritiek wat hierbo genoem is, beaam Hoffmann se waarneming dat dit onwaarskynlik voldoende is om te steun op die nasionale *locus* van die betrokke eiendom want dit kan “adventitious ... artificial or, indeed, contrived” wees.⁷⁴ Daarbenewens wys hy daarop, en ek stem saam, dat dit baie jare gaan neem om uniforme keuse-van-reg reëls te onderhandel. Daarom is sy voorstel om spesifieke maatreëls te ontwikkel om misbruik teen te werk; maatreëls gemik op die gewone praktiese probleme wat algemeen in die geval van oorgrens insolvensieprosedures voorkom. Hy verwys spesifiek na die projek van die *American Law Institute (ALI)* en die *International Insolvency Institute (III of “Triple-I”)* wat 'n gesamentlike projek binne die *ALI Transnational Insolvency Project* ontwikkel het, naamlik die *Principles of Cooperation*.

⁷³ Fletcher (n 3) 497. Fletcher besef dat daar baie veranderlikes is wat 'n skuldeiser se regmatige verwagtinge kan beïnvloed. Hy voer aan dat die kwessie of 'n spesifieke stel verwagtinge behoorlik as geregverdig geag kan word, tot verskeie bykomende vrae lei, maar stel voor dat daar ten minste 'n aantal situasies is waarin dit redelik sal wees vir 'n party om 'n ooreenkoms aan te gaan sonder om die voorsorgmaatreëls van 'n behoorlike ondersoek (*due diligence*) te doen van die ander party se persoonlike omstandighede tot die omvang wat nodig is om die regte forum (*proper forum*, dit is die forum waarin moontlike toekomstige insolvensieprosedures bestem is om plaas te vind) vas te stel.

⁷⁴ Fletcher (n 3) 507.

Dit is my mening dat hierdie aanbeveling goed kan werk. Dit vereis nie die nodigheid van protokolle of aanvullende, parallelle of sekondêre prosedures nie. Die probleem is na my mening dat die proses om so 'n stel reëls deur almal aanvaar te kry én in die verskeie jurisdiksies in werking te stel, egter baie jare kan en gaan neem.

4.4 Janger

Tot dusver, uit die bespreking hierbo, is dit duidelik dat die sentralisering van keuse-van-reg reëls soos dit met die toepassing van die moderne universalisme gepropageer word, die voordeel het dat dit eenvormigheid en voorspelbaarheid promoveer, maar dit veroorsaak inderwaarheid ook 'n mate van *forum shopping*. Soos hierbo aangetoon is, is hierdie feit oortuigend deur Fletcher uitgewys. Een skrywer wat nie huiwer om kritiek uit te deel waar kritiek nodig is en krediet te gee waar krediet toekom nie, is Janger. Hy wys daarop dat die keuse-van-reg soos deur Westbrook gepromoveer word, daarbenewens ook 'n afwaartse kompetisie ("race to the bottom") kan veroorsaak.⁷⁵ Die afwaartse kompetisie word baie ernstig deur Janger gekritiseer. Hy beskryf dit as skadelike jurisdiksionele kompetisie.⁷⁶ Dit verwys na 'n jurisdiksie wat net ingestel is om besigheid of litigasie te lok en dan 'n oneffektiewe reël aanvaar wat as keuse-van-reg geld. Vanselfsprekend kan dit nie aanvaarbaar wees nie.

Wanneer Janger die *EC Regulasie* en die bepalings van die Riglyn vir Wetgewing evalueer, meen hy dat hierdie instrumente 'n veels te groot rol aan die *lex concursus* gee.⁷⁷ Volgens Janger is hierdie 'n onbevredigende situasie en bied ook hy 'n teorie aan as oplossing en verkieslike benadering ten opsigte van oorgrens insolvensieprosedures.

Janger verwys na sy model as prosedurele universalisme (*universal proceduralism*).⁷⁸ Met die formulering van prosedurele universalisme moes Janger die keusereg beginsels wat so 'n stelsel sou beheers, identifiseer. Dit het gelei tot sy virtuele territorialiteit (*virtual territoriality*)⁷⁹ beginsel. Sy oogmerk hiermee is om 'n insolvensieprosedure te fasiliteer by die skuldenaar se belangesentrum wat prosedureel globaal is maar substansieel territoriaal.⁸⁰ Die nuutste verfyning van sy model verduidelik hy as wederkerige hoflikheid (*reciprocal comity*).⁸¹

Prosedurele universalisme staan tussen moderne universalisme en samewerkende territorialiteit. As teenprestasie vir erkenning en samewerking, moet die hof wat die saak in die skuldenaar se belangesentrum hanteer, die bates en die eise behandel op 'n wyse wat, so na as moontlik, ooreenstem met die behandeling wat dit sou kry as die saak territoriaal hanteer was (ten minste as 'n distribusiegrond). In plaas van een prosedure onder een regstelsel of 'n aantal prosedures onder 'n aantal regstelsels, bepleit Janger met hierdie model een prosedure onder verskeie regstelsels – bestuur

⁷⁵ Sien Janger (n 19) 422.

⁷⁶ Janger (n 19) 405 n 13.

⁷⁷ Hierbo is genoem dat die Riglyn vir Wetgewing die forumkeuse toelaat om beheer en bestuur en die prioriteit van eise vas te stel. Die *EC Regulasie* gaan selfs verder. Sien par 4.2 hierbo.

⁷⁸ Sien Janger "Universal proceduralism" 2007 *Brooklyn Journal of International Law* 819-849; Janger (n 19) 401-441; Janger "Reciprocal comity" 2011 *Texas International Law Journal* 441-458.

⁷⁹ Sien Janger (n 19) 401-441; Janger (n 78 (2011)) 441.

⁸⁰ Janger (n 78 (2011)) 442.

⁸¹ Janger (n 78 (2011)) 441-458.

deur die beginsel van “beste belang”.⁸² Een hof administreer die prosedure wat tegelykertyd beheers word volgens die reg van verskeie jurisdiksies.

Om dit te bewerkstellig is 'n desentralisering van keuse-van-reg nodig. En dit is hier waar Janger ernstig en eksplisiet met Westbrook verskil. Janger se uitgangspunt is dat die desentralisering van keuse-van-reg die moontlikheid skep dat 'n onderneming of transaksie beheers kan word deur die reg van meer as een jurisdiksie.⁸³ Hy erken dat die “koste” van desentralisering van keuse-van-reg die verlies aan eenvoudigheid is maar dit het die bykomende voordeel van sake doen oor verskeie regstelsels heen. Waar sekuriteite ter sprake is, is die desentralisering van keuse-van-reg volgens hom noodsaaklik.⁸⁴ Hierdie model vir oorgrens insolvensieprosedures poog om die voordele van samewerking en, baie belangrik, koördinasie in 'n enkele hoofprosedure, vas te vang, sonder om die onwenslike dinamiek van jurisdiksionele kompetisie teweeg te bring wat, soos vroeër aangetoon, by moderne universalisme teenwoordig is.

Met die formulering van sy teorie van prosedurele universalisme het Janger 'n beginseloordeel gemaak dat die harmonisering van die insolvensiereg beperk moet word tot prosedure-aangeleenthede en, tot 'n beperkte mate, keuse-van-reg. Onder prosedurele universalisme sal die beperkte doel van harmonisering wees om 'n enkele, gekoördineerde oorgrens prosedure te fasiliteer. Sodoende is daar nie veel druk om die substantiewe aspekte van insolvensiereg⁸⁵ en die risiko's geassosieer met forum-keuse te harmoniseer nie.

“In my view, international lawmaking efforts relating to insolvency should limit their aspirations toward harmonization to the few procedural rules necessary to administer a case comprising all of the debtor's assets and operations and a set of choice-of-law principles that would limit the effect of choice-of-forum on substantive entitlements.”⁸⁶

Met Janger se verduideliking van virtuele territorialiteit, meld hy dat die gevare van 'n gesentraliseerde prosedure versag kan word deur die gebruik van gedesentraliseerde keuse-van-reg vir substantiewe vrae. Dit hou in dat in 'n oorgrens prosedure, 'n jurisdiksie se insolvensieprosedure so ver as moontlik van daardie jurisdiksie se substantiewe regspraak onderskei word.⁸⁷ Die prosedurele insolvensiereg van die jurisdiksie volgens die belangesentrum behoort die saak te beheers,⁸⁸ maar selfs in 'n geval waar al die bates sentraal gadministreer word, moet die keuse van substantiewe reg bepaal word deur die gewone (nie-insolvensie) keuse-van-reg beginsels.⁸⁹

Virtuele territorialiteit kombineer (1) 'n verpligte reël vir keuse-van-forum; (2) 'n sentraliserende keuse-van-reg reël vir prosedures wat die koördinering van 'n

⁸² Sien Janger (n 19) 408-432.

⁸³ Sien Janger (n 19) 427.

⁸⁴ Sien Janger (n 19) 429.

⁸⁵ Tipiese substantiewe aspekte is by versekerde eise, preferente eise, die toelating van eise in die algemeen, die tersydestelling van vernietigbare regshandelinge, die posisie by onuitgevoerde kontrakte, ens.

⁸⁶ Sien Janger (n 19) 423-424.

⁸⁷ Omdat die substansie van die insolvensiereg tot *forum shopping* kan lei, is 'n desentraliserende keuse-van-reg die oplossing.

⁸⁸ 'n Uniforme, gekoördineerde prosedure is noodsaaklik om die waarde van 'n multinasionale onderneming wat insolvent is, te maksimaliseer.

⁸⁹ Janger (n 19) 408-409.

insolvensieprosedure oor grense heen toelaat; en (3) ’n desentraliserende keuse-van-reg reël vir distribusiereëls, dus substantiewe regsreëls.⁹⁰

Virtuele territorialiteit voorsien dus ’n baie meer beperkte rol vir die *lex fori* en ’n baie groter rol vir beginsels van internasionale privaatreë. Janger meen dat in werklikheid slegs kontrole en bestuur deur die reg van die forum bepaal moet word. Met betrekking tot sekuriteite moet die vraag nie met verwysing na die keuse-van-forum beantwoord word nie, maar met verwysing na die gewone beginsels van keuse-van-reg. As die *situs* van ’n kontrak in ’n spesifieke jurisdiksie geleë is, moet die prioriteit wat daardie jurisdiksie verleen aan die skuldeiser toegestaan word. Vermydings (vernietigbare voorkeure) kan ook hanteer word met verwysing na die reg van die jurisdiksie wat die naaste aan die transaksie verwant is.⁹¹

Dus, essensiële prosedures, wat deur die reg van die forum bepaal moet word, kan insluit die omvang van die insolvente boedel, die omvang van die outomatiese opskorting en die omvang van ontslag (“discharge”), onderworpe aan die “beste belang” kriterium. Substantiewe bepalinge, waar die toepaslike reg bepaal sal word deur die internasionale privaatreë, kan insluit toelating van eise, eise prioriteit, tersydestelling van vernietigbare voorkeure en reorganisasieplan (waar toepaslik).

Volgens Janger sal so ’n model baie meer billik teenoor die skuldenaar se skuldeisers wees. Dit is egter so dat alle skrywers op hierdie gebied billikheid teenoor die skuldeisers beoog. Die kruks is dat hulle interpretasie van billikheid verskil. Janger se standpunt is dat billikheid nie soseer geleë is in “gelyke verdeling”⁹² nie, maar hoe dit met die verwagtinge van die betrokke skuldeiser(s) ooreenstem. Die belangrikste punt wat Janger maak is dat by hierdie skuldeisersverwagtinge ingesluit kan word die skuldeisers se steun op ’n besondere of spesifieke nasionale benadering ten opsigte van die regte van versekerde skuldeisers.

Janger motiveer vervolgens dat ’n skema wat die hof van die skuldenaar se belangesentrum aanmoedig om sy eie nasionale prioriteitskema te verontagsaam ten gunste van die prioriteitskema wat toepassing sou vind as die bates en eise territoriaal geadministreer sou word, koördinasie sal aanmoedig sonder om billikheid in te boet.⁹³ Janger voel baie sterk daarvoor dat vir die hof in die hoofprosedure om respek te betoon aan die prioriteitskema van die aanvullende of sekondêre prosedure (as so ’n prosedure begin is of selfs begin sou word), die normatief superieure benadering is. Dit is wederkerige hofflikheid.

“Such reciprocal deference has much to recommend it. First, it will ease the recognition of the orders of the principal court. Or, to put it differently, it will reduce the pushback that occurs when an ancillary court has to swallow hard before remitting assets because local creditors will not be treated as well in the central administration. Second, it will streamline proceedings to the extent that the need for involved proceedings in secondary jurisdictions is alleviated. The ancillary courts will

⁹⁰ Wat ’n invloed op skuldeisersaansprake het. Die probleem is dat die lyn tussen substantiewe reg en prosedurele reg in die insolvensiereë nie altyd maklik is om te trek nie. Janger se oplossing (431) is om te onderskei tussen drie kategorieë van insolvensiereëls: (1) Prosedurereëls wat nie distribusiegevolge het nie; (2) verdelingsreëls wat nie noodsaaklik is om effektiewe lopende-saak reorganisasies te bewerkstellig nie; en (3) reëls wat wel enkele verdelingsgevolge het maar wat essensieel is om effektiewe lopende-saak reorganisasies te bewerkstellig. In lg geval kan ’n mate van *forum shopping* plaasvind, maar op 432 verduidelik Janger dat die probleem oorkom kan word as bepaal word dat in ’n oorgrens insolvensieprosedure die skuldenaar nie in staat behoort te wees om te reorganiseer tensy die skuldeisers in elke jurisdiksie ontvang ten minste dit wat hulle sou ontvang het as die entiteit in ’n territoriale prosedure gelikwedeer sou wees nie.

⁹¹ Janger (n 19) 435.

⁹² Janger (n 78 (2011)) 456.

⁹³ Janger (n 78 (2011)) 457.

be more likely to remit assets if they can be assured that the principal court will seek to mirror their distributional scheme. Third, it will reduce opportunities and incentives for the parties themselves to forum shop, or game the territorial distributions.”⁹⁴

'n Nadeel met betrekking tot die toepassing van Janger se model is dat die hof van die tuisteforum verplig kan wees om dan 'n ander jurisdiksie se reg ten opsigte van sekere skuldeisers toe te pas.

5 *Standpuntinname en uiteensetting van situasies*

Byna alle akademici wat op die gebied van oorgrens insolvensies werk, probeer 'n teorie formuleer wat gekoördineerde, effektiewe besluitneming oor hoe om die waarde van die skuldenaar se bates te maksimaliseer en billikheid in die verdeling van daardie waarde te verwesenlik. Ek stem saam dat 'n uniforme, gekoördineerde prosedure noodsaaklik is om die waarde van 'n multinasionale onderneming wat insolvent is, te maksimaliseer. Daarom is ek oortuig dat die hooffokus van enige oorgrens insolvensieteorie, -struktuur of -model moet wees om die voordele van gekoördineerde besluitneming vas te vang. Volgens my moet gestreef word na 'n gesentraliseerde oorgrens insolvensiestelsel wat die koördinering van besluitneming wedersyds vergemaklik, aanmoedig en maksimaliseer, máár wat die omvang waartoe plaaslike aansprake versteur word, tot die minimum beperk.

Die feit dat die *lex concursus* die keuse-van-reg is, plaas geweldige druk op die hof van die aanvullende jurisdiksie om bates te behou en maak dit daarom baie moeilik vir 'n aanvullende jurisdiksie om met die hoofprosedure saam te werk. Hoe meer nasionale stelsels verskil ten opsigte van die distribusiereëls wat vir skuldeisers geld, hoe groter motivering het skuldeisers om weerstand te bied oor die vraag of bates plaaslik of sentraal geadministreer moet word. Hoe meer skuldeisers 'n motivering het om weerstand te bied oor die verdeling van die opbrengs van die bates, hoe moeiliker sal dit vir die hof van die belangesentrum wees om gekoördineerde besluite te neem oor hoe om die batewaarde te maksimaliseer.

Janger wys op die enorme invloed wat die Amerikaanse reg en die Engelse reg in gevalle van oorgrens insolvensies kan hê en noem dat daar lande is wat die Modelwet en die Riglyn vir Wetgewing as instrumente van die Verenigde State van Amerika en die Verenigde Koninkryk se “insolvensie imperialisme” sien:

“By enhancing the central force of the “main” case, the Model Law, it is feared, will subject creditors to the long reach of US and UK bankruptcy courts. This fear is enhanced when the choice of the main forum carries with it choice of law rules with distributive content. In other words, adoption of the approach to choice-of-law suggested in the Legislative Guide may actually endanger widespread adoption of the Model law, and may harm chances for evolution of global norms for coordinating bankruptcy cases.”⁹⁵

Dit is dan nie so vreemd dat ook Gropper⁹⁶ standpunt inneem dat, wat preferente skuldeisers en die prioriteitskema van 'n insolvensieregstelsel betref, die plaaslike jurisdiksie se voorkeurorde ten volle toegepas behoort te word nie. Hy is nie oningelig oor die eise van oorgrens-insolvensie hofsake nie en begerig dat dit suksesvol afgehandel moet word, maar hy betoog dat eise wat prioriteit ingevolge die plaaslike

⁹⁴ Janger (n 78 (2011)) 457.

⁹⁵ Janger (n 19) 440.

⁹⁶ Gropper (n 7) 559-577.

insolvensieregsetel geniet, betaal moet word indien oorgrens samewerking bewerkstellig moet word.

Dit is my standpunt dat prosedurele universalisme (“universal procedulism”) met sy virtuele territorialiteit (“virtual territoriality”) as keusereg, gegrond op wederkerige hoflikheid (“reciprocal comity”), die beginsel ondersteun dat territoriale aansprake gerespekteer moet word deur die omvang van die *lex concursus* te beperk en te verseker dat die verdeling aan die skuldeisers in ’n oorgrens insolvensieprosedure die verdeling wat daardie skuldeisers territoriaal sou kry, weerspieël. Sodoende word die toepaslike distribusieskema deur die bates van die boedel en die eise teen die boedel bepaal en nie deur die skuldenaar/insolvent nie. Hierdie model skakel meerdere prosedures en dus die verhoogde koste-effek uit en myns insiens sal dit al die betrokke partye (en jurisdiksies) baie meer op hul gemak stel.

Om terug te keer na die gevallestudies hierbo kan die effek van hierdie model soos volg verduidelik word: Die eerste geval is waar die skuldenaar in land X sekuriteit aan ’n skuldeiser verleen het en die insolvensieprosedure word ook in land X begin (*lex concursus*) terwyl die betrokke bate waaroor die sekuriteit gevestig het, in Suid-Afrika geleë is (*lex situs*). Myns insiens moet eerstens bepaal word wat die aard van die reg is waaroor dit in hierdie omstandighede gaan. Die aangeleentheid behels die reg van ’n (versekerde) skuldeiser en dit is substantiewe reg. Volgens Westbrook se moderne universalisme sentraliseer die prioriteitsreëls in die hoofprosedure. Dit is met ander woorde die reg van die tuisteland-jurisdiksie, of te wel die plek waar die skuldenaar se belangesentrum is. In hierdie geval sal dit land X wees. Na my mening, omdat dit oor substantiewe reg gaan, moet die uiteinde bepaal word met verwysing na die gewone internasionale reëls van keuse-van-reg wat plaaslik geld (territoriaal dus) en hiervolgens sal die *lex situs* (Suid-Afrikaanse insolvensiereg) beslis ’n deurslaggewende rol speel eerder as die *lex concursus*. Selfs die *lex contractus* kan in die genoemde geval ’n beslissende effek op die uiteindelijke beslissing hê. Elke geval moet volgens sy eie feite en omstandighede ontleed word. Waar die *lex situs* die posisie beheers en die Suid-Afrikaanse insolvensiereg die eis as verseker erken, sal die betrokke bate aan die buitelandse verteenwoordiger tot voordeel van die versekerde skuldeiser oorgedra word, waarskynlik met die voorbehoud dat die restant, indien enige, vir die *concursum creditorum* in Suid-Afrika beskikbaar moet wees. Waar die omstandighede sodanig is dat die *lex contractus* die posisie bepaal, sal dienooreenkomstig beslis word.

In die tweede geval waar die skuldenaar sekuriteit oor bates wat in Suid-Afrika geleë is aan ’n plaaslike skuldeiser verleen, maar die insolvente boedel word later in land X gelikwieder (*lex concursus*) waar die sekuriteit nie effektief is nie, moet dieselfde ontleding gedoen word. Weer moet eerstens bepaal word wat die aard van die reg is waaroor dit in hierdie omstandighede gaan – hier substantiewe reg. Volgens Westbrook se moderne universalisme sal die prioriteitsreëls van die hoofprosedure weer eens die regposisie bepaal en dit is land X in hierdie geval. Ek is weer van mening dat, omdat dit oor substantiewe reg gaan, die uiteinde met verwysing na die gewone internasionale reëls van keuse-van-reg bepaal moet word. Die hof behoort die sekuriteitsbelange van daardie skuldeiser te handhaaf (volgens die *lex situs* en *lex contractus*) en behoort nie voorrang te gee aan die effek van die *lex concursus* nie.

6 Slotopmerkings

Die kritiek wat in hierdie ondersoek ten opsigte van moderne universalisme na vore gekom het, is dat sentralisering twee gevolge het: eerstens kan die verandering

van die ligging van die skuldenaar (insolvent) se hoofprosedure die skuldeisers se verhalings verander, selfs daardie skuldeisers wat nog nooit met die skuldenaar in sy tuisteland besigheid gedoen het nie; tweedens is dit 'n realiteit dat hierdie aspek partye (kan) motiveer, en selfs ook jurisdiksies, om “forum shopping” te doen en om vir skuldenaars te kompeteer (iets wat, sover my kennis strek, nog nie in Suid-Afrika kop uitgesteek het nie). Dit is hierdie toedrag van sake wat gelei het tot LoPucki se verwerping van moderne universalisme. Die moderne universaliste bied wel 'n aantal antwoorde: die belangesentrum as keuse is nie heeltemal manipuleerbaar nie. Daarbenewens kan houe weier om saam te werk as fundamentele plaaslike beleide geraak word. Die belangrikste aspek van moderne universalisme is waarskynlik dat dit die harmonisering van nasionale insolvensieregstelsels sterk aanmoedig wat uiteindelik hierdie uitkomsverskille kan elimineer.

Of hierdie antwoorde voldoende is, word betwyfel. Dit is waar dat die belangesentrum in 'n mate die skuldenaar se forum-keuse beperk, maar die belangesentrum het ook al in die verlede ernstige polemieke in oorgrens insolvensiegevalle ontlok.⁹⁷ Moderne universaliste soos Westbrook redeneer dat skuldeisers se verwagtinge nie verydel of onderdruk word as hulle weet dat hulle geld leen aan 'n skuldenaar wie se belangesentrum in 'n sekere jurisdiksie is nie. Die punt is dat nie alle skuldeisers altyd op hoogte is van die moontlike baie ingewikkelde struktuur en samestelling van 'n maatskappy en waar dit oral besigheid doen, waar dit oral filiale het of dalk die filiaal van 'n houermaatskappy is nie. Dit is ook so dat verskeie ander prosedures begin kan word, net soos by samewerkende territorialiteit. Dit bring weer die onwenslike koste-effek waarna hierbo verwys is in gedrang.

Verder, om 'n hof in staat te stel om in 'n geval die situasie of die regsposisie te dikteer óf om samewerking te weier, is nie die oplossing nie maar eenvoudig die bevestiging van die probleem. Fletcher toon oortuigend aan dat harmonisering die “forum shopping” probleem net gedeeltelik oplos, terwyl dit jurisdiksies ontnem van die bevoegdheid om hul eie beleide van hoe verskillende skuldeisersaangeleenthede behandel behoort te word as 'n besigheid onder gaan, toe te pas. Daarom is 'n nuwe benadering nodig.

Dit is my oortuiging dat samewerkende territorialiteit en moderne universalisme soos dit tans verstaan word, nie gaan werk nie. Hoewel Fletcher se standpunt op die ou einde moontlik 'n baie goeie, deeglike en effektiewe stelsel kan skep, gaan dit te lank neem om internasionaal in werking te stel. Janger se model van prosedurele universalisme met sy virtuele territorialiteit, gekoppel aan wederkerige hofflikheid is volgens my in hierdie stadium die aanvaarbaarste en die billikste tot tyd en wyl die reëls waarna Fletcher verwys, gefinaliseer is, aanvaar is en gelding het. Prosedurele universalisme is prosedureel globaal – 'n gesentraliseerde insolvensieprosedure vind plaas met die belangesentrum wat alle prosedures in verband met die insolvensie beheer. Substantieel is dit territoriaal – die desentralisering van die keuse-van-reg waar die substantiewe aspekte van die insolvensieproses deur die gewone keuse-van-reg beginsels bepaal word.

Hierdie model voorsien een prosedure onder verskeie regstelsels. 'n Kritiekpunt teen hierdie werkswyse sal wees dat dit uiters moeilik sal wees vir 'n regter van die tuis forum om 'n ander regstelsel of verskeie ander regstelsels toe te pas. Dit is my standpunt dat dit nie 'n probleem hoef te wees nie, aangesien regters van

⁹⁷ Sien by O'Flynn “The scoreboard so far: emerging issues in cross-border insolvencies under Chapter 15 of the US Bankruptcy Code” 2012 *Northwestern Journal of International Law & Business* 391 401-410; Weideman en Stander (n 18) par 2; Botha en Stander (n 10) 19-48.

deskundiges en spesialiste as assessors gebruik kan maak om hulle met betrekking tot die vreemde regstelsel te adviseer.

Dit bring my by die laaste opmerking: Was die Suid-Afrikaanse wetgewer werklik so verkeerd met die wederkerigheidsbeginsel in artikel 2 van die Wet op Insolvensie oor Landsgrense? Beoog dit nie dieselfde as wederkerige hoflikheid nie; is dit nie gegrond op dieselfde beginsel as wederkerige hoflikheid nie?

SUMMARY

THE APPLICATION OF THE DIFFERENT THEORIES FOR EVALUATING THE LEGAL POSITION OF PREFERENTIAL CREDITORS IN A CROSS-BORDER INSOLVENCY PROCEDURE

The different theories, old and new, are investigated because the submission is that these theories as currently applied, underlie the recognition or non-recognition of the rights of the preferential creditors of a specific jurisdiction in the case of a cross-border insolvency procedure. The author takes the view that neither modern universalism nor cooperative territoriality offers a proper solution to the problems that may occur in cross-border insolvency cases. It is submitted that the best solution would be to create a fair, just and effective set of rules on the example of the American Law Institute's and the International Insolvency Institute's Principles of Cooperation, to get accepted in any given case and this should be applied universally. However, it is recognized that to be internationally or universally implemented, such an approach will undeniably take too long. The proposal is therefore that, until such rules are established the theory of *universal proceduralism* with its *virtual territoriality* linked to *reciprocal comity* is the most acceptable and fair model to apply. It supports the principle that territorial claims should be respected by limiting the scope of the *lex concursus*, ensuring that the distribution to creditors in a cross-border insolvency procedure reflects the distribution that creditors would get territorial. This way the relevant distribution scheme is determined by the assets of the estate and the claims against the estate and not by the debtor/insolvent. *Universal proceduralism* is procedurally global and substantively territorial. This means that a centralised insolvency procedure occurs within the debtor's centre of main interests that controls all procedures relating to the insolvency. However, the choice of law should be decentralized, whereby the substantive aspects of the insolvency proceedings are determined by the ordinary choice of law principles.