

**DIE REGSPOSISIE VAN WERKNEMERS BY DIE INSOLVENSIE
VAN DIE WERKGEWER**

Skripsie ingedien ter gedeeltelike voldoening aan die
vereistes vir die graad

MAGISTER LEGUM

(Arbeidsreg)

aan die

Noordwes-Universiteit

(Potchefstroomkampus)

deur

Laneze de Koning

Studente nommer: 12792594

Studieleier: Adv PH Myburgh (NWU)

2007

**DIE REGSPOSISIE VAN WERKNEMERS BY DIE
INSOLVENSIE VAN DIE WERKGEWER**

Voorwoord

Hierdie dokument lê ten doel om die wysigings aan die insolvensie- en arbeidswetgewing objektief te ontleed. Dit handel nie oor die bevoordeling van die een party se posisie bo die ander nie. Dit beoog om 'n balans te vind tussen die regte van werknemers en skuldeisers van die insolvente werkgewer.

Hierdie dokument word opgedra aan al die dosente van die Fakulteit Regte. Baie dankie vir die leiding, ondersteuning en onderrig deur al die jare. Dit het my die nodige fondasie gegee vir die suksesvolle beoefening van die regsberoep. Aan my studieleier, Advokaat Piet Myburgh, dankie vir die geduld, ondersteuning en rigting wat u aan my deur hierdie jaar gegee het. My ouers, Lizette en Thomas de Koning, julle het aan my die nodige bystand en ondersteuning gegee asook die voorreg om 'n tersiêre kwalifikasie te verkry. Clarissa Pienaar, Eldorette De Lange en familie, dankie vir julle ondersteuning en vriendskap gedurende my studiejare. Die belangrikste van almal, my Skepper, sonder U genade sou ek nêrens vandag gewees het nie.

Die enigste manier om dankie te sê is deur 'n sukses van my beroep te maak.

Baie dankie

Laneze de Koning

Inhoudsopgawe		BL
1	Inleiding	1
2	Die gewysigde Insolvensiewet	4
2.1	Agtergrond	4
2.2	Verandering wat die gewysigde Insolvensiewet meegebring het	6
2.2.1	Uitwerking van sekwestrasie (of likwidasie) op dienskontrakte	6
2.2.2	Die konsultasieproses	9
2.2.3	Skeidingspakket	11
3	Die gewysigde arbeidswetgewing	13
3.1	Inleiding	13
3.2	Die Wet op Arbeidsverhoudinge	13
3.2.1	Oordrag van 'n besigheid as 'n lopende saak	13
3.2.1.1	Oordrag van 'n solvente besigheid	13
3.2.1.2	Oordrag van 'n insolvente besigheid	14
3.2.2	Outomaties onbillike ontslag	15
4	Kritiese ontleding van die integrasie tussen artikel 38 van die Insolvensiewet en artikel 197A van die WAV	19
4.1	Beëindiging teenoor opskorting	19
4.2	Indiensneming deur die kurator of likwidateur	19
4.3	Oordrag van 'n besigheid as 'n lopende saak na beëindiging van dienskontrakte	20
4.4	Botsing van belange	21
4.5	Artikel 197A en die insolvensie van die voormalige werkgewer	22
4.6	Skemas of kompromieë	23

5	'n Kultuur van reddingsmaatreëls	26
5.1	Posisie in Suid-Afrika	26
6	Verhoogde beskerming vir werknemers	28
6.1	Die Internasionale Arbeidsorganisasie	28
6.1.1	Inleiding	28
6.1.2	Die bepalings van die Konvensie	29
6.1.2.1	Deel 1: Algemene bepalings	29
6.1.2.2	Deel 2: Beskerming van werknemers se eise	29
6.1.2.3	Deel 3: Die garansiefonds	30
6.1.3	Gevolgtrekking	32
6.2	Die Europese Unie	33
6.2.1	Die posisie in Duitsland	34
6.2.1.1	Inleiding	34
6.2.1.2	Werknemers en hul werkgever	35
6.2.1.3	Die vergoeding	36
6.2.1.4	Die proses vir uitbetaling van die insolvensietoelaag	37
6.2.1.5	Finansiering van die insolvensietoelaag	38
6.2.1.6	Gevolgtrekking	38
6.2.2	Die posisie in Spanje	39
7	Gevolgtrekking	41
	Bibliografie	44

1 Inleiding

Die uitoefening van druk deur arbeidersbewegings oor die impak van insolvensie op die werknemer het tot die mees merkwaardige gevolge in die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse reg aanleiding gegee.¹ Die Kongres vir Suid-Afrikaanse Vakbond Unies,² het in Augustus 1999 kennis aan NEOAR³ van beoogde protesoptrede gegee.⁴ COSATU het geëis dat die land se insolvensiewette gewysig word ten einde die nadelige gevolge wat likwidasië op werknemers en hulle finansiële sekerheid het, te beperk.⁵ Hulle het geëis dat die *Insolvensiewet* 24 van 1936 gewysig word.⁶ Die redes wat hulle aangevoer het vir hierdie wysiging was om te verseker dat die werkgewer, likwidateur of kurator nie vrygestel word van voldoening aan die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995 en die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 75 van 1997 by die kansellasië van dienskontrakte deur regswerking by sekwestrasie nie.⁷

Hulle het ook aangevoer dat daar by vrywillige likwidasië tevredenheid by die howe moet wees dat die werkgewer voldoende met vakbonde en werknemers ooreenkomstig artikel 189 van die WAV gekonsulteer het.⁸ Dertens is aangevoer dat werknemers, wat weens die sekwestrasie of likwidasië van hulle werkgewer ontslaan is, steeds op skeidingspakkette geregtig sal wees.⁹

1 Borraine A en Van Eck BPS "The New Insolvency and Labour Legislative Package: How Successful was the Integration?" 2003 24 *ILJ* 1840. Sien Harris "The Impact of South African Labour Law on Insolvency Practice in South Africa" Paper delivered at the *International Bar Association Conference* 20-25 October 2002.

2 Hierna verwys as COSATU.

3 Nasionale Ekonomiese Ontwikkeling en die Arbeidshof. Hierdie kennisgewing is op die 2de Augustus 1999 in terme van artikel 77(1)(b) van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995 ingedien, hierna verwys as die Kennisgewing in terme van artikel 77(1)(b).

4 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1840.

5 Kennisgewing in terme van artikel 77(1)(b).

6 Kennisgewing in terme van artikel 77(1)(b). Die *Insolvensiewet* 24 van 1936 word hierna verwys as die Insolvensiewet.

7 Kennisgewing in terme van artikel 77(1)(b). Die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995 en die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 75 van 1997 word hierna onderskeidelik verwys as die WAV en die WBDV.

8 Kennisgewing in terme van artikel 77(1)(b).

9 Kennisgewing in terme van artikel 77(1)(b).

Vierdens is geëis dat werknemers bo versekerde skuldeisers geplaas moet word ten opsigte van lone en ander voordele.¹⁰ Ten slotte is geëis dat vakbonde en werknemers voortydig in kennis gestel moet word wanneer besighede finansiële probleme ondervind wat tot moontlike sekwestrasie of likwidasië kan lei.¹¹ Die Departement van Arbeid was genoodsaak om die arbeidswetgewing te hersien. Dit het omvattende konsultasie met belanghebbendes ingesluit.¹² Die resultaat van bogenoemde druk is te sien in die stel wysigings aan die Insolvensiewet, WAV en die WBDV einde 2002 en vroeg 2003.¹³

Die wysigings aan die insolvensie- en arbeidswetgewing (artikel 38 van die Insolvensiewet en artikel 197 van die WAV) lê ten doel om die nadelige gevolge van insolvensie op die werknemer te verlig. Werknemers het nie veel, indien enige, sekuriteit in die verlede gehad by die likwidasië of sekwestrasie van hulle werkgewers se boedels nie. Die wysigings het ingrypende veranderings meebring, maar verskeie probleme bestaan steeds. Versoening tussen die twee afdelings van die reg is ingewikkeld en te min word gedoen om besighede te red en groter sekuriteit aan werknemers te bied. Europa is ver vooruit in hierdie opsig en dit is daarom belangrik om na die sisteem wat hierdie lande aanwend (die optimale beskerming aan werknemers in geval van die insolvensie van hulle werkgewers) te verwys. Laasgenoemde sisteem behels onder andere, reddingsmaatreëls vir besighede en waarborgfondse vir werknemerseise.

Die dokument sal die huidige probleme asook suksesse van die integrasie van die insolvensie- en arbeidswetgewing ondersoek en sal verbeterings voorstel deur te verwys na die sisteme wat suksesvol in Europa geïmplementeer is. Daar sal eerstens gekyk word na die posisie in Suid-Afrika ten opsigte van die insolvensie- en arbeidswetgewing.

10 Kennisgewing in terme van artikel 77(1)(b).

11 Kennisgewing in terme van artikel 77(1)(b).

12 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1840-1841.

13 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1840.

Die wysigings aan die onderskeie wetgewing sal krities bespreek word ten einde die effektiwiteit daarvan vas te stel. Internasionale konvensies en verdrae, wat te make het met die beskerming van werknemers se regte, sal as riglyne oorweeg word. Ten slotte sal die posisie in Suid-Afrika en die sisteme wat in Duitsland en Spanje toegepas word met mekaar vergelyk word. Die oogmerk hiermee is om alternatiewe te vind ten einde 'n balans te handhaaf tussen werknemers en skuldeisers by die uitbetaling van eise uit 'n werkgewer se insolvente boedel. Met behulp van die vergelyking sal daar aanbevelings gemaak kan word, indien nodig, om die posisie in Suid-Afrika aan te vul of te verbeter.

2 Die gewysigde Insolvensiewet

2.1 Agtergrond

Voor 1 Januarie 2003 het artikel 38 van die Insolvensiewet die uitwerking gehad dat alle individuele dienskontrakte tussen die insolvente werkgewer en werknemers outomaties beëindig word met effek vanaf die toestaan van die sekwestrasiebevel (vrywillige sekwestrasie) of die voorlopige bevel (verpligte sekwestrasie).¹⁴ Werknemers het by die insolvensie van hulle werkgewer in 'n uiters moeilike en onuithoudbare situasie verkeer.¹⁵ Die ou artikel 38 het slegs melding gemaak van vergoeding wat aan die werknemers uitbetaal moet word vir "enige verlies" gelyk as gevolg van die kansellering van die dienskontrak. Daar was dus geen sprake van onbillike ontslag nie.

Werknemers kon ongelikwiderde konkurrente eise vir skade gelyk (gegrond op kontrakbreuk) teen die insolvente boedel instel.¹⁶ Daarbenewens het werknemers 'n statutêre preferente eis vir gedeeltes van hulle salaris, lone en bonusse gehad, maar die balans daarvan was 'n konkurrente eis.¹⁷ Die "enige verlies" was bloot die kontrakbreuk en het nie veel bygedra tot die verbetering van die werknemer se omstandighede nie. Die probleem met preferente eise was dat daar te veel kategorieë geskep is, veral ten gunste van die Staat.¹⁸ Werknemers het daarom nie veel gebaat by hierdie eise nie, aangesien dit nie lank gehou het nie. Indien hulle nie alternatiewe werk gevind het nie, is hulle in uiterste armoede gedompel.

14 Lombard S en Boraine A "Insolvency and Employees: An Overview of Statutory Provisions" 1999 2 *De Jure* 301. Sien ook Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1846.

15 Insolvente werkgewers sluit in: eenmansake, venote, maatskappye en beslote korporasies (Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1842).

16 Lombard en Boraine 1999 *De Jure* 301.

17 Lombard en Boraine 1999 *De Jure* 301. Hierdie preferente eis was R5000,00 in terme van artikel 100(1) van die Insolvensiewet vir salarisse of lone wat nie twee maande se salarisse of lone (voor die datum van sekwestrasie) oorskry het nie. 'n Preferente eis in terme van artikel 100(2) van R2500,00 is toegelaat vir bonusse ten opsigte van verlof (wat nie 21 dae oorskry het nie).

18 Lombard en Boraine 1999 *De Jure* 302-303. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het destyds aanbeveel dat daar slegs preferensie geskep moet word vir die sekwestrasie- en administrasiekoste, salarisse of lone. Sien in laasgenoemde verband die South African Law Commission Report of 1984 on the *Review of Preferent Claims in Insolvency: Project 37 Interim Report*.

'n Alternatief is gesoek vir die verhoogde beskerming van werknemers, maar verskeie aanbevelings is steeds nie geïmplementeer nie.¹⁹ Suid-Afrika se gebrek aan 'n omvattende maatskaplike sekerheidsstelsel het die situasie vererger aangesien die beskikbare hulpbronne reeds beperkend aangewend is en daar baie min beskerming aan werknemers in geval van insolvensie voorsien is.²⁰ Die Insolvensiewet is gevolglik gewysig in die hoop om van hierdie probleme aan te spreek.

Boraine en Van Eck opper 'n belangrike vraag ten opsigte van die integrasie van die nuwe bepalings in die Insolvensiewet met die res van die insolvensiestelsel.²¹ Indien die bepalings nie as 'n geheel integreer nie, sal dit onsuksesvol wees en alle vordering wat tot dusver op die gebied gemaak is, sal tevergeefs wees.²² Die hele vraagstuk met betrekking tot suksesvolle integrasie word bemoeilik deur die oogmerke van onderskeidelik, die insolvensie- en arbeidsreg.²³ Tradisioneel het hierdie wetgewing teenstrydige oogmerke.²⁴ Die insolvensiereg poog om die skuldeisers se belange ten alle koste te beskerm terwyl die arbeidsreg dié van die werknemers beskerm.²⁵ 'n Eenvoudige voorbeeld kan gebruik word om die konflik te illustreer. X, 'n maatskappy met verskeie aandeelhouers, is die werkgewer van Y. Indien X insolvent raak sal die oogmerk van die Insolvensiewet wees om die skuldeisers en aandeelhouers van X te beskerm. X sal heelwaarskynlik gelikwedeer word en die opbrengs van die bates sal aangewend word vir X se skuldeisers. Wat word dan van Y?

19 Sien die South African Law Commission Memorandum of 29 November 1995 on the *Protection of Workers' Rights in Insolvency: Nedlac*. Sommige van die aanbevelings is wel in die gewysigde Artikel 98A van die Insolvensiewet vervat (dit is weereens verhoogde preferensie en uitbreiding van die kategorieë), terwyl daar geen sprake van 'n waarborgfonds is nie.

20 Lombard en Boraine 1999 *De Jure* 300. Die maatskaplike sekerheidsstelsel is grotendeels baseer op vergoeding. Daar word nie gefokus op voorkoming en reïntegrasie nie. Reddingsmaatreëls kan die probleem van voorkoming aanspreek, maar naas die vergoeding van werknemers word daar nie veel, indien enigsins, gedoen vir die reïntegrasie van die geïmpakteerde werknemers in die arbeidsmark nie.

21 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1842. Die nuwe bepalings is onder andere artikel 38 en 98A van die Insolvensiewet.

22 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1842.

23 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1842.

24 Van Eck BPS en Boraine A "Voluntary Winding-Up of a Company and 'Dismissals' in terms of the Labour Relations Act" 2002 65 *THRHR* 610-611.

25 Van Eck en Boraine 2002 *THRHR* 611.

Die arbeidswetgewing, daarenteen, sal poog om Y se werksekerheid te beskerm, aangesien Y sy werk kan verloor as X gelikwieder word.²⁶ Die wysigings aan die insolvensie- en arbeidswetgewing poog om bogenoemde situasie te reguleer ten einde die nadelige uitwerking van insolvensie op werknemers soos Y, te beperk. In Suid-Afrika is daar baie uitgebreide families wat afhanklik is van die inkomste van 'n enkele broodwinner.²⁷ Indien hierdie werknemer sy werk verloor, affekteer dit sy hele familie.²⁸ Dit is om hierdie rede dat die beskerming van werknemers uiters belangrik vir die regering is en gevolglik is wetgewing aangepas om meer doeltreffende beskerming aan werknemers te verleen.²⁹ Die vraag wat ondersoek moet word, is of die wysigings aan die betrokke wetgewing suksesvol was en indien wel, tot watter mate.

2.2 Verandering wat die gewysigde Insolvensiewet meegebring het

2.2.1 Uitwerking van sekwestrasie (of likwidasie) op dienskontrakte

In die algemeen word 'n kontrak nie deur sekwestrasie opgeskort of beëindig nie,³⁰ maar een van die uitsonderings hierop is die opskorting van dienskontrakte van die werknemers.³¹ Die gewysigde artikel 38 bepaal dat die dienskontrakte van werknemers nie beëindig word nie,³² maar opgeskort word vanaf die datum van die sekwestrasiebevel.³³

26 Sien verder in hierdie verband Van Eck en Boraine 2002 *THRHR* 610-611.

27 Stander AL "Die regsposisie van werknemers by die likwidasie van hulle werkgewer of die sekwestrasie van hulle werkgewer se boedel" 2001 3 *TSAR* 442.

28 Stander 2001 *TSAR* 442.

29 Stander 2001 *TSAR* 442.

30 *Bryant and Flanagan v Muller* 1978 (2) SA 807 (A) [812]. Sien ook Sharrock, van der Linde en Smith *Hockly se Insolvensiereg* 77.

31 Sharrock, van der Linde en Smith *Hockly se Insolvensiereg* 81.

32 Die *Insolvensie Wysigingswet* 33 van 2002 het artikel 38 van die Insolvensiewet gewysig.

33 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1846.

Die werknemer is nie verplig om enige dienste te lewer na hierdie opskorting nie, maar hy kan egter nie aanspraak maak op sy salaris of loon nie.³⁴ Geen diensvoordele kom die werknemer ingevolge die dienskontrak wat opgeskort is, toe nie.³⁵ Stander het die vraag geopper met betrekking tot wat die status van die dienskontrak gedurende hierdie tydperk is, met ander woorde, wie die werkgewer in hierdie stadium is.³⁶ Daar bestaan groot onsekerheid ten opsigte van hierdie vraag. Daar sal na die Insolvensiewet gekyk moet word ten einde die status te bepaal.

Die algemene reël is dat die insolvent op die tydstip van die sekwestrasiebevel (insluitende 'n voorlopige bevel) van sy boedel ontnem word en dat dit op die Meester en daarna by sy aanstelling op die kurator of likwidateur oorgaan.³⁷ Die boedel setel dus in die kurator of likwidateur. Die funksie van die kurator of likwidateur is om die bates in die boedel in te samel, te gelde te maak en die opbrengs onder die skuldeisers te verdeel.³⁸ Die gewysigde artikel 38 gee ook aan die kurator die bevoegdhede en verpligtinge wat te make het met die status van die werknemers se dienskontrakte. Nadat die dienskontrakte opgeskort is kan een van twee dinge gebeur. Die kurator of likwidateur kan dit beëindig in terme van artikel 38(4) of dit sal outomaties deur regswerking binne 45 dae (of 'n tydperk anders ooreengekom) beëindig word in terme van artikel 38(9).³⁹ Enige beëindiging moet eers voorafgegaan word deur die aanstelling van 'n finale kurator of likwidateur en nadat daar met alle belanghebbende partye soos beoog in artikel 38(5) gekonsulteer is.⁴⁰

34 Sharrock, van der Linde en Smith *Hockly se Insolvensiereg* 81. Sien ook artikels 38(2)(a) en 38(10)(a) van die Insolvensiewet.

35 Sharrock, van der Linde en Smith *Hockly se Insolvensiereg* 81. Sien ook artikels 38(2)(b) en 38(4) van die Insolvensiewet, asook artikel 35 van die *Werkloosheidsversekeringswet* 30 van 1966.

36 Stander 2001 *TSAR* 444.

37 Artikel 20(1)(a) van die Insolvensiewet.

38 Sharrock, van der Linde en Smith *Hockly se Insolvensiereg* 61.

39 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1846.

40 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1846. Sien ook Sharrock, van der Linde en Smith *Hockly se Insolvensiereg* 25-26 en 81-82.

Alle regshandelinge wat te make het met die werknemers se kontrakte (in hierdie opgeskorte tydperk) word dus uitgevoer deur die kurator of die likwidaatour. Myns insiens blyk dit dat die kurator vir die tydperk van die opskorting van die dienskontrakte as die werkgewer beskou kan word, veral omdat laasgenoemde die bevoegdheid het om die kontrakte te beëindig. Dit kan egter botsings veroorsaak met artikel 197A van die WAV. Wanneer 'n besigheid oorgedra word as 'n lopende saak, word alle regte en verpligtinge tussen die ou werkgewer (die insolvente skuldenaar) en werknemers in stand gehou.⁴¹ Die nuwe werkgewer sal in die skoene geplaas word van die ou werkgewer ten opsigte van die dienskontrakte. 'n Oplossing hiervoor kan wees dat die ou werkgewer geag word 'n werkgewer te wees ten opsigte van alle regshandelinge tot en met die opskorting van die dienskontrakte (wanneer die boedel oorgaan op die kurator). Gedurende die tydperk van opskorting sal die kurator 'geag' word die werkgewer te wees ten opsigte van alle regshandelinge met betrekking tot die dienskontrakte. Sodra die besigheid oorgedra word aan die nuwe werkgewer sal hy verantwoordelik wees vir alle regshandelinge met betrekking tot die dienskontrakte en gevolglik die werknemers. Indien die kurator 'n werknemer ontslaan in die tydperk wat hy 'geag' word die werkgewer te wees, sal hy verantwoordelik gehou kan word vir onbillike ontslag indien hy nie die verpligte prosedures ooreenkomstig artikel 38 van die Insolvensiewet uitgevoer het nie.⁴² Die arbeidswetgewing sal in hierdie opsig saam met artikel 38 in ag geneem word, onder andere artikels 186(1)(f) en 187(1)(g) van die WAV.

Die onduidelike status van die dienskontrakte is nie die enigste kritiek teen die wysigings nie. Die gewysigde bepalings stel bloot die onvermydelike uit.⁴³ Dit is moeilik om op die oog af te sien hoe die opskorting van 'n dienskontrak vir enkele dae die posisie van die werknemer drasties verbeter, veral as die status van die dienskontrak onseker is in hierdie tydperk.

41 Artikel 197A(2)(b) van die WAV.

42 Sien 3.2.2 hieronder ten opsigte van onbillike ontslag. Hierdie vereistes sal gevolglik van toepassing wees op die kurator as hy 'geag' word 'n werkgewer te wees in die tydperk wat die dienskontrakte opgeskort is.

43 Sien ook Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1865 in hierdie verband.

Die kurator, likwidateur en moontlike kopers sal waarskynlik die 45 dae tydperk laat verbygaan sonder om enigiets te doen. Hulle kan waarskynlik neig om die risiko's op te weeg in verband met die ontbinding van die insolvente werkgewer se besigheid teenoor die afskaling van die besigheid en die verkoop daarvan as 'n lopende saak.⁴⁴ Hierdie bepaling blyk bloot na 'n prosedurele vereiste vir die regverdiging van ontslag te wees. Sodra daar voldoen is aan die bepalings van artikel 38, staan daar regtens niks in die pad van sekwestrasie of likwidasië nie.

2.2.2 Die konsultasieproses

Artikel 38(5) verwys na die verpligte konsultasieproses wat gevoer moet word met die belanghebbende partye. Hierdie partye is hoofsaaklik die geregistreerde vakbonde wie se lede geraak staan te word deur die insolvensie van die werkgewer en die werknemers self. Artikel 38(6) sit die oogmerke van die konsultasieproses uiteen. Dit moet gerig wees om eenstemmigheid te bereik oor maatreëls wat die geheel of gedeelte van die besigheid van die insolvente werkgewer kan behou of red. Die moontlikhede vir sulke maatreëls wat bespreek moet word is die verkoop van die besigheid of 'n gedeelte daarvan, die oordrag van die besigheid soos beoog in artikel 197A van die WAV, 'n skema of kompromie soos bedoel in artikel 311 van die *Maatskappywet* 61 van 1973 of op enige ander moontlike wyse.⁴⁵ Hierdie proses laat die Insolvensiewet wegbeweeg van sy tradisionele oogmerk, te wete sekwestrasie of likwidasië. 'n Nuwe benadering ontstaan vanuit hierdie bepaling wat poog om ander alternatiewe te ondersoek, soos byvoorbeeld reddingsmaatreëls.⁴⁶ Stander was van mening dat hierdie maatreël die kritiek sou aanspreek, naamlik dat daar geen verpligting is om werknemers in te lig in verband met die likwidasië of sekwestrasie van hulle werkgewer se boedel, sy was korrek in haar gevolgtrekking.⁴⁷

44 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1850. Sien ook Benade *et al Ondernemingsreg* 251-252 ten opsigte van artikel 311 skemas of kompromieë.

45 Hierna verwys as die *Maatskappywet*.

46 Reddingsmaatreëls sal gebruik word om na "Business Rescue Operations" te verwys as gevolg van 'n gebrek aan 'n beter vertaling.

47 Stander 2001 *TSAR* 444.

Bykomend tot artikel 38 is 'n nuwe bepaling in die WAV, naamlik artikel 197B, ingevoeg wat ook ten doel het om werknemers van sekere inligting te verskaf. 'n Werkgewer is in terme van artikel 197B(1) verplig om die belanghebbende partye, soos beoog in artikel 189(1), in kennis te stel van finansiële probleme wat redelikerwys tot die werkgewer se likwidasië of sekwestrasie kan lei. Werknemers moet dus ingelig word as die werkgewer in finansiële moeilikheid verkeer.

Artikel 38(5) is 'n aanduiding van 'n nuwe rigting in die administrasie van insolvente boedels aangesien daar in die verlede geen sodanige vereiste bestaan het nie.⁴⁸ Die werknemers kry die geleentheid om te help soek na 'n redelike oplossing en kan voorstelle indien ten einde die besigheid of 'n gedeelte daarvan te probeer red. Hulle neem dus deel aan die proses en word nie uitgesluit nie. Die persone wat oor die meeste kennis van die werkinge van die besigheid beskik is die werknemers wat op grondvlak funksioneer. Hulle kan moontlik baie belangrike insette lewer in die proses aangesien hulle self met voorstelle vorendag kan kom wat gerig is op die redding van die besigheid.

Die voorlopige kurator kan begin met die konsultasieproses, maar dit kan probleme veroorsaak wanneer die finale kurator oorneem.⁴⁹ Dit word uitgelig deur Borraine en Van Eck en hulle voer aan dat die voorlopige en of finale kurator se houding ten opsigte van die besigheid dalk heeltemal kan verskil.⁵⁰ Dit kan aanleiding gee tot onnodige konflik tussen die betrokke partye.⁵¹ 'n Verdere bekommernis is die effektiwiteit van die konsultasieproses. Stander het aangevoer dat hierdie proses nie probleemvry sal wees nie aangesien onderhandelinge met werknemersorganisasies 'n lang en uitgerekte proses kan wees en dat kwaadwillige optrede ook nie uitgesluit moet word nie.⁵² Dit kan die bereddering van die boedel vertraag.

48 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1849.

49 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1850.

50 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1850.

51 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1850.

52 Stander 2001 *TSAR* 444.

Sal daar werklik geluister word na die submissies van die vakbonde en werknemers of is dit bloot 'n prosedurele stap met 'n voorafbeplande uitkoms?⁵³ Hier word aanbeveel dat daar dalk voorsiening gemaak moet word vir 'n hersieningsproses waar daar oorweeg kan word op versoek van werknemers of hulle submissies werklik in ag geneem is. Die maatstaf wat aanbeveel word is redelikheid en billikheid. Die proses sal egter op 'n dringende basis moet geskied ten einde enige vertraging in die beredderingsproses te voorkom.

2.2.3 Skeidingspakket

Voor die wysigings aangebring is was werknemers nie geregtig op 'n skeidingspakket waar hulle dienskontrakte beëindig is deur die insolvensie van hulle werkgewer nie.⁵⁴ Die rede hiervoor was dat hulle nie ontslaan is op gronde van operasionele vereistes nie.⁵⁵ Artikel 38(11) van die gewysigde Insolvensiewet saamgelees met die gewysigde artikel 41(2) van die WBDV bepaal nou dat werknemers geregtig is op 'n skeidingspakket ongeag of hulle ontslaan is op gronde van operasionele vereistes of hulle kontrakte beëindig is deur regswerking.⁵⁶ Werknemers is nou geregtig op 'n skeidingspakket wanneer hulle dienskontrakte beëindig word in terme van artikel 38 van die Insolvensiewet.⁵⁷ Die gewysigde artikel 98A(1)(a)(iv) van die Insolvensiewet bepaal dat elke werknemer 'n preferente eis van R12000,00 teen die insolvente boedel van die werkgewer ten opsigte van hulle skeidingspakket het.⁵⁸

53 Bv: X, die likwidateur van ABC Bpk. (die werkgewer) besluit dat hy die bates van die werkgewer wil verkoop en die skuldeisers betaal. X weet dat die wet hom nou verplig om 'n konsultasieproses te begin alvorens enige besluit oor die beëindiging van dienskontrakte geneem mag word. X voldoen aan die vereistes van die wet en konsulteer met die vakbonde en werknemers. Hy het egter vooraf besluit op die beëindiging van die dienskontrakte en die te niet maak van alle bates. X gee voor dat hy na alle voorstelle luister en dit oorweeg, maar sodra hy die vereistes van die wet nagekom het voer hy sy oorspronklike planne uit. Dit is oneties, maar hoe sal dit gekeer word?

54 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1850.

55 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1850.

56 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1850.

57 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1851.

58 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1851.

Werknemers mag ook vergoeding eis vir verliese gely as gevolg van die voortydige beëindiging van hulle dienskontrakte. In terme van artikel 38(3) kan werknemers ook werkloosheidvoordele eis in ooreenstemming met die bepaling van die *Werkloosheidversekeringswet 63 van 2001*.⁵⁹

Hoewel hierdie bepaling verligting skep vir werknemers het dit nie in elke geval 'n positiewe uitwerking nie. Stander is van mening dat daar by die oorweging van die belange van beide partye 'n balans gehandhaaf moet word.⁶⁰ Sy is van mening dat die preferensie van werknemerseise nie aanbeveel word nie aangesien dit beleggings in maatskappye met groot werkerskorpse sal ontmoedig as daar voorkeur verleen word aan die betaling van salarisse en ander voordele van werknemers bo versekerde eise.⁶¹ Die opbrengs van die insolvente boedel kan onvoldoende wees om die eise uit te betaal en die werknemers sal dan in elk geval nie 'n skeidingspakket ontvang nie, wat nog te sê van die skuldeisers se eise. 'n Verdere probleem is werknemers wat nog nie lank in diens van die werkgewer is nie, hulle sal feitlik niks uitkry nie. Wetgewing behoort ingebring te word om die posisie van werknemers op 'n alternatiewe wyse te versterk, en sodoende bogenoemde probleem wat Stander uitgelig het, uit te skakel. Hierdie alternatiewe sal later bespreek word.

59 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1847.

60 Stander 2001 *TSAR* 446.

61 Stander 2001 *TSAR* 446.

3 Die gewysigde arbeidswetgewing

3.1 Inleiding

Soos reeds hierbo aangedui is daar 'n groot verskil tussen die onderskeie oogmerke van die insolvensie- en arbeidswet. Die wysigings wat aangebring is aan die Insolvensiewet is in 'n sekere mate steeds gebrekkig en bied nie voldoende beskerming aan werknemers in die geval van insolvensie van hulle werkgewer nie. Die wysigings aan die Insolvensiewet het hand aan hand gegaan met wysigings aan die stelsel arbeidswetgewing. Dit sou onmoontlik gewees het om die nadelige gevolge van insolvensie te beperk indien die twee afdelings van die wet nie versoen kon word nie. Vervolgens sal daar aandag geskenk word aan die wysigings wat aangebring is aan die arbeidswet.

3.2 Die Wet op Arbeidsverhoudinge

3.2.1 Oordrag van 'n besigheid as 'n lopende saak

3.2.1.1 Oordrag van 'n solvente besigheid

Met ingang vanaf 1 Augustus 2002 is artikel 197 vervang met 'n nuwe artikel 197 en artikel 197A en B is bygevoeg.⁶² Die gewysigde artikel 197 het nou slegs betrekking op die oordrag van 'n solvente besigheid.⁶³ 'n Bespreking van so 'n oordrag is nie hier van toepassing nie, maar artikel 197 is belangrik aangesien dit verskeie beginsels bevat wat ook van toepassing is op artikel 197A (oordrag van 'n insolvente besigheid).⁶⁴

62 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1854.

63 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1854.

64 Artikel 197 en 197A is van toepassing op die oordrag van 'n besigheid deur een werkgewer (die ou werkgewer) aan 'n ander werkgewer (die nuwe werkgewer) as 'n lopende besigheid. Dit is slegs van toepassing op 'n lopende besigheid.

3.2.1.2 Oordrag van 'n insolvente besigheid

Voor die wysiging het artikel 197(1)(b) die oordrag van dienskontrakte in insolvente omstandighede reguleer.⁶⁵ Die uitwerking van hierdie artikel op werknemers was dat hulle dienskontrakte oorgedra word van die ou werkgewer na die nuwe werkgewer sonder hulle toestemming.⁶⁶ Dit sou plaasvind as die geheel of gedeelte van die besigheid, bedryf, onderneming of diens oorgedra word as 'n lopende saak onder sekere omstandighede.⁶⁷ Hierdie omstandighede was die insolvensie van die ou werkgewer wat onder likwidasië of sekwestrasie geplaas is, of indien 'n reëlinskema of kompromis aangegaan is om likwidasië of sekwestrasie as 'n gevolg van insolvensie te voorkom.⁶⁸ Die gewysigde artikel 197A(1) bepaal dat dit van toepassing is op die oordrag van 'n besigheid as die ou werkgewer insolvent is of indien 'n reëlinskema of kompromis aangegaan word om likwidasië of sekwestrasie as gevolg van insolvensie te voorkom.

Sodra dit vasgestel is dat artikel 197A(1) van toepassing is, sal daar sekere gevolge wees.⁶⁹ Dit is, onder andere, dat die nuwe werkgewer outomaties in die plek van die ou werkgewer geplaas word ten opsigte van alle dienskontrakte wat onmiddelik voor die voorlopige likwidasië of sekwestrasie van die ou werkgewer bestaan het.⁷⁰ Alle regte en verpligtinge tussen die ou werkgewer en alle werknemers ten tyde van die oordrag word in stand gehou.⁷¹ Enige optrede voor die oordrag deur die ou werkgewer ten opsigte van die werknemers word geag deur die nuwe werkgewer gedoen te wees.⁷² Die oordrag onderbreek nie die werknemer se aaneenlopendheid van diens nie en die werknemer se dienskontrak duur voort asof dit by die ou werkgewer is.⁷³

65 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1856.

66 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1856.

67 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1856.

68 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1857.

69 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1857.

70 Artikel 197A(2)(a) van die WAV.

71 Artikel 197A(2)(b) van die WAV.

72 Artikel 197A(2)(c) van die WAV.

73 Artikel 197A(2)(d) van die WAV.

Wanneer die gewysigde artikel 197 en 197A vergelyk word is dit duidelik dat daar baie ooreenkomste is, maar ook verskille.⁷⁴ Die hoofdoelstelling is dat die nuwe werkgewer outomaties in die skoene van die ou werkgewer geplaas word ten opsigte van die dienskontrakte.⁷⁵ Dit is van toepassing op die oordrag van beide solvente en insolvente besighede.⁷⁶ Die aaneenlopendheid van diensjare vir doeleindes van verlof en skeidingspakkette is ook in beide gevalle van toepassing.⁷⁷ Die belangrikste verskil is egter dat alle regte en verpligtinge tussen die ou werkgewer en werknemers instand gehou word tussen hulle.⁷⁸ Dit beteken dat in die geval van onbillike ontslag die nuwe werkgewer nie verantwoordelik gehou kan word vir die ontslag deur die ou werkgewer nie.⁷⁹

3.2.2 Onbillike ontslag

Die WAV erken drie gronde vir ontslag in terme van artikel 188.⁸⁰ Hierdie gronde is gedrag, operasionele vereistes en bevoegdheid of bekwaamheid. Hier van belang is operasionele vereistes. Een van die gronde waarop 'n werkgewer sy werknemers kan ontslaan is operasionele vereistes. Artikel 213 van die WAV definieer operasionele vereistes as die bedryfsvereistes wat gegrond is op die ekonomiese, tegnologiese, strukturele of soortgelyke behoeftes van 'n werkgewer.⁸¹ Hierdie definisie is egter wyd genoeg om die ontslag van 'n werknemer deur die ou werkgewer in te sluit op die gronde dat laasgenoemde te veel werknemers het voor of na 'n oordrag van besigheid.⁸² Die rede vir ontslag is op die oog af gegrond op operasionele vereistes, 'n algemeen billike rede vir ontslag.

74 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1858.

75 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1858.

76 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1858.

77 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1858.

78 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1858.

79 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1858.

80 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1858.

81 Sien die Kode vir Goeie Praktyk van Ontslag gegrond op Bedryfsvereistes soos gepromulgeer deur AK 1517 in SK 20254 van 16 Julie 1999.

82 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1858.

Die probleem hiermee is dat die ontslag onder 'n dekmantel geklassifiseer kan word terwyl die werklike rede eintlik die oordrag is.⁸³ Artikel 187 van die WAV het betrekking op outomaties onbillike ontslag en dit word gesien as die mees onaanvaarbare vorms van ontslag. Die kategorieë van outomaties onbillike ontslag word in hierdie artikel gelys en sodra bewys is dat 'n werknemer op een of meer van hierdie gronde ontslaan is, het die werkgewer geen verweer nie. 'n Nuwe artikel 187(1)(g) is deur die wysigings aan die WAV meegebring.⁸⁴ Hierdie artikel spreek bogenoemde probleem gedeeltelik aan. Dit bepaal dat 'n ontslag van 'n werknemer gegrond op 'n oordrag of 'n rede rakende 'n oordrag, soos beoog by artikel 197 of 197A, outomaties onbillik is. Boraine en Van Eck opper 'n verdere vraag in hierdie verband. In die konsep artikel 197 is daar 'n onderskeid getref tussen ontslag baseer op werklike operasionele vereistes en ontslag baseer op die oordrag self.⁸⁵ Daar is egter nie so 'n onderskeid in die finale artikel 197 soos dit tans bestaan nie.⁸⁶

Indien die onderskeid getref word, sal ontslag op grond van operasionele vereistes in terme van artikel 189 en 189A reguleer word en ontslag baseer op die oordrag self, in terme van artikel 187(1)(g).⁸⁷ Hierdie aanbeveling blyk die mees logies te wees en sal interpretatiewe konflik voorkom. Die toepassing van artikel 187(1)(g) is onlangs in *Van der Velde v Business & Design software (Pty) Ltd & another* 2006 27 ILJ 1738 (LC) oorweeg.⁸⁸ In hierdie saak is V, net voor die samesmelting van R met 'n ander besigheid, afgelê.⁸⁹ V het aangevoer dat sy ontslag outomaties onbillik was omdat dit verband gehou het met die hangende oordrag van die besigheid.⁹⁰ R het aangevoer dat V op grond van geldige besigheidsredes afgelê is, met ander woorde operasionele vereistes.⁹¹

83 Boraine en Van Eck 2003 ILJ 1858.

84 Sien ook Grogan *Dismissal* 212-214 en *SAMWU v Rand Airport Management Services* 2005 3 BLLR 241 (LAC) vir die oogmerke van artikel 187(1)(g).

85 Boraine en Van Eck 2003 ILJ 1859.

86 Boraine en Van Eck 2003 ILJ 1859.

87 Boraine en Van Eck 2003 ILJ 1859.

88 Hierna verwys as *Van der Velde*.

89 2006 27 ILJ 1738 (LC) 1744E-F.

90 2006 27 ILJ 1738 (LC) 1744H-I.

91 2006 27 ILJ 1738 (LC) 1750I-J.

Die hof het eerstens oorweeg of die ontslag werklik verband gehou het met die oordrag.⁹² Indien die werknemer *prima facie* bewys het dat sy ontslag verband gehou het met die oordrag, sal die *onus* op die werkgever wees om te bewys dat daar 'n geldige rede bestaan het.⁹³ Dit is egter die normale benadering in sake met betrekking tot outomaties onbillike ontslag.⁹⁴ In geval van ontslag wat verband hou met oordragte, kan die omvang van die bewoording in artikel 187(1)(g) effens wyer as die in artikel 197 wees.⁹⁵ Die rede vir die ontslag hoef nie die oordrag self te wees nie, maar ook 'n ander rede, insluitende operasionele vereistes wat verband hou met die oordrag.⁹⁶ Die hof het opgemerk dat dit absurd sou wees om voor te stel dat elke ontslag, wat nie sou plaasvind "as dit nie was vir" 'n oordrag nie, as outomaties onbillik beskou sou word.⁹⁷ Die hof het daarom beslis dat werknemers 'n kousale verband met die oordrag, soos beoog in artikel 197, moet bewys ten einde binne die bereik van artikel 187(1)(g) te kom.⁹⁸ Die werkgever sal dan moet bewys dat die ware rede vir die ontslag nie verband gehou het met die oordrag nie en die hof sal ondersoek instel of die onderwerp van die ontslag die omseiling van die verpligtinge in terme van artikel 197 daargestel het.⁹⁹

Die hof het bevind dat die ontslag van V, wat verband gehou het met 'n hangende oordrag van die besigheid, outomaties onbillik was.¹⁰⁰ *Van der Velde* dui aan dat 'n werkgever wat 'n besigheid van 'n ander as 'n lopende saak oorneem nie vir 'n onbepaalde tydperk verhoed word om werknemers (wat oorgedra is) af te lê nie.¹⁰¹ *Van der Velde* werp ook lig op die onderskeid wat getref behoort te word tussen ontslag gegrond op operasionele vereistes en ontslag wat verband hou met die oordrag self.

92 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1752J.
93 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1739J en 1740A.
94 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1740A-I.
95 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1747J-1748A.
96 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1748B-D.
97 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1748F-G.
98 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1739J.
99 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1740A-E.
100 2006 27 *ILJ* 1738 (LC) 1754F-G.
101 *Grogan Workplace Law* 152.

Die hof het gefokus op die ontslag wat verband hou met die oordrag self, en nie operasionele vereistes nie. Artikel 194(4) van die WAV bepaal dat 'n werknemer by outomaties onbillike ontslag geregtig sal wees op 'n maksimum van 24 maande vergoeding, maar weereens sal hy dit slegs ontvang indien daar voldoende fondse beskikbaar is. Artikel 186(1)(f) van die WAV sal ook beskerming verleen aan 'n werknemer wat sy dienskontrak beëindig het met of sonder kennisgewing as die nuwe werkgewer na 'n oordrag ingevolge artikel 197 of 197A, die werknemer voorsien het van omstandighede of toestande by die werk wat wesenlik minder gunstig vir die werknemer is as dié wat deur die ou werkgewer verskaf is. Laasgenoemde omstandighede of toestande sal neerkom op ontslag in terme van artikel 186(1)(f).

4 Kritiese ontleding van die integrasie tussen artikel 38 van die Insolvensiewet en artikel 197A van die WAV

4.1 Beëindiging teenoor opskorting

Boraine en Van Eck is van mening dat die wetgewer suksesvol was in sy pogings om sommige van die probleme wat die ou artikel 38 van die Insolvensiewet veroorsaak het, aan te spreek.¹⁰² Dienskontrakte word nie meer outomaties beëindig nie, maar opgeskort en daar is selfs sprake van reddingsmaatreëls, 'n eerste in sy soort vir die insolvensiereg.¹⁰³ Die verpligte konsultasieproses het 'n addisionele verpligting daargestel met die oogmerk om werknemers se werk met die nuwe werkgewer te verseker voordat die dienskontrakte beëindig is.¹⁰⁴ Soos reeds aangevoer hierbo, word daar in sommige opsigte verskil van die gevolgtrekkings van Boraine en Van Eck.¹⁰⁵

4.2 Indiensneming deur die kurator of likwidadeur

Daar word aangevoer dat 'n nuwe stel probleme veroorsaak is deur die onlangse wysigings aan die Insolvensiewet.¹⁰⁶ Die eerste probleem wat uitgelig word, is in verband met die verhouding tussen die kurator of likwidadeur en die kern werknemers.¹⁰⁷ Hierdie werknemers se dienste word soms benodig na die opskorting van die dienskontrakte ten einde die besigheid aan die lewe te hou tot en met die finalisering van besigheid of ten einde die besigheid te verkoop as 'n lopende saak.¹⁰⁸ Wat gebeur met die opgeskorte dienskontrakte van daardie werknemers wat benodig word na die opskorting? Boraine en Van Eck is van mening dat, vanuit die kurator of likwidadeur se oogpunt, dit meer prakties sal wees om sulke werknemers op vaste termynkontrakte aan te stel.¹⁰⁹

102 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1859-1860.

103 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

104 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

105 Sien 2.3.1 en 2.3.2 vir kritiek teen genoemde gevolgtrekkings.

106 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

107 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

108 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

109 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

Vanuit die werknemers se oogpunt sal dit egter meer voordelig wees om hulle oorspronklike opgeskorte dienskontrakte ongedaan te maak.¹¹⁰ Die rede hiervoor is dat hulle op dieselfde voorwaardes en bepalings hulle diens sal voortsit soos by hulle vorige werkgever.¹¹¹ Sodoende sal hulle meer aaneenlopende diens aanteken vir doeleindes vir berekening van verlof en skeidingspakkette.¹¹² Dit sou beter wees om die opgeskorte dienskontrakte ongedaan te maak en voort te gaan op dieselfde voorwaardes en bepalings. Hoe sal hierdie kern werknemers egter uitgesoek word? Word die gewone selekteringsmaatstawwe gebruik soos by afleggingsprosedures? Indien nie kan dit ernstige konflik veroorsaak tussen die werknemers wat nie aanbly nie. Dit kan onder andere ontaard in aantygings van onbillike diskriminasie. Die uitgesoekte werknemers word egter die geleentheid gegun om die onvermydelike uit te stel en dalk moontlik vir die nuwe eienaar van die besigheid te werk. Dit verskaf egter geen versekering van werk aan hierdie werknemers na die finalisering of verkoop van die besigheid as 'n lopende saak nie.

4.3 Oordrag van 'n besigheid as 'n lopende saak na beëindiging van dienskontrakte

Dieselfde kritiek wat uitgelig is by die gevolge van sekwestrasie of likwidasië op dienskontrakte kom hier ook voor. Wanneer 'n besigheid verkoop word as 'n lopende saak na die verstryking van die 45 dae periode sal alle dienskontrakte ook outomaties beëindig wees.¹¹³ Die probleme wat ontstaan het met die ou artikel 38 van die Insolvensiewet en artikel 197 van die WAV is steeds onopgelos.¹¹⁴ Artikel 38(9) bepaal dat die dienskontrakte outomaties beëindig deur regswerking na die 45 dae periode, tensy die kurator of likwidateur ingestem het op voortgesette diens.¹¹⁵

110 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

111 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

112 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

113 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

114 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1860.

115 Boraïne en Van Eck 2003 *ILJ* 1860-1861.

Werknemers sal graag wil hê dat hulle dienskontrakte voortgaan na hierdie genoemde tydperk terwyl voornemende kopers sal verkies dat die kontrakte beëindig word.¹¹⁶ Hierdie kopers sal in die posisie wil wees om slegs daardie werknemers te kies wat benodig word vir 'n afgeskaalde besigheid wat steeds wins genereer.¹¹⁷ Hoewel artikel 197A van die WAV so 'n praktyk ontmoedig kan dit moontlik die ontbinding van die besigheid en verkoop van die bates aanmoedig.¹¹⁸ Hierdie lyn van argumentering van Borraine en Van Eck stem ooreen met die kritiek teen die uitwerking van die opskorting van dienskontrakte en die konsultasieproses.¹¹⁹

4.4 Botsing van belange

Die botsing tussen die belange van die werknemers en die skuldeisers van die werkgever spruit voort uit die tradisionele oogmerke van onderskeidelik die insolvensie- en arbeidsreg. Artikel 38(6) van die Insolvensiewet het reddingsmaatreëls ten doel, terwyl artikel 38(8) 'n skuldeiser toelaat om deel te neem aan enige konsultasie soos beoog in artikel 38 met toestemming van die kurator.¹²⁰ Die konflik wat kan ontstaan tussen die twee bepalinge is dat die skuldeisers op die tweede vergadering van skuldeisers toestemming kan gee vir die verkoop van bates van die insolvente boedel.¹²¹ Ander skuldeisers kan dalk verskil en hulle regte in terme van artikel 82 van die Insolvensiewet uitoefen.¹²² Dit word voorgestel dat die ander skuldeisers ook moet deelneem aan die artikel 38 konsultasies ten einde konflik te voorkom.¹²³

Nog 'n bron van konflik kan ontstaan tussen die werknemers en die skuldeisers. Die skuldeisers het geen verpligting teenoor die werknemers nie en sal natuurlik eerder na hulle eie belange wil omsien.

116 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1861.

117 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1861.

118 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1861.

119 Sien 2.3.1 en 2.3.2 hierbo.

120 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1862.

121 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1862.

122 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1862.

123 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1862.

Hier het ons dus te make met werknemers wat hulle werk wil beskerm en skuldeisers wat hulle geld wil terugvorder. Daar rus gevolglik 'n moeilike taak op die kurator aangesien beide partye se belange gehandhaaf moet word. Hierdie mate van konflik sal moeilik opgelos word deur die blote wysiging van die onderskeie wetgewing.

4.5 Artikel 197A en die insolvensie van die voormalige werkgewer

Artikel 197A(1)(a) kan twee moontlike betekenis hê van die woord 'insolvensie'.¹²⁴ Dit kan verwys na feitlike- of kommersiële insolvensie.¹²⁵ Die vorige artikel 197(1)(b) was van toepassing op die situasie waar die ou werkgewer insolvent was en in die proses van sekwestrasie of likwidasie verkeer het.¹²⁶ Wanneer die gewone betekenis aan hierdie woord gegee word, kan dit argumenteer word dat dit verwys na 'n werkgewer, wanneer insolvente omstandighede aanwesig is, ongeag of dit feitlik of kommersieel is en ongeag of die werkgewer se boedel gesekwestreer of gelikwideer word in die geval van 'n maatskappy wat nie instaat is om sy skulde te betaal nie.¹²⁷ Boraine en Van Eck argumenteer dat artikel 197A in sy ongekwalifiseerde formaat, en nie artikel 197 nie, aangewend kan word selfs waar sekwestrasie of likwidasie nie plaasgevind het nie.¹²⁸ Hulle het opgemerk dat artikel 197A teen die agtergrond van die vorige artikel 197 blyk om slegs melding te maak van die geval waar die werkgewer insolvent is en onder sekwestrasie of likwidasie geplaas is.¹²⁹

Artikel 197A(2)(a) bepaal dat die nuwe werkgewer in die plek van die ou werkgewer geplaas word ten opsigte van alle dienskontrakte wat bestaan het onmiddelik voor die ou werkgewer se voorlopige likwidasie of sekwestrasie. Hierdie bewoording word egter nie vervat in artikel 197A(2)(b)-(d) nie.¹³⁰

124 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1862.

125 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1862-1863.

126 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

127 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

128 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

129 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

130 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

Dit dui nie aan dat hierdie gevolge slegs intree sodra sekwestrasie of likwidasie plaasgevind het nie.¹³¹ Boraine en Van Eck voer aan dat artikel 197A(1)(a) swak geformuleer en opgestel is en dat dit in die toekoms verskeie praktiese probleme kan veroorsaak.¹³² Die wetgewer kon net so wel die bewoording van die ou artikel 197(1)(b) behou het.¹³³ Stander het voor die wysigings inwerking getree het, 'n soortgelyke vraag gevra ten opsigte van hierdie aangeleentheid. Sy het, in die lig van die *Draft Labour Relations Amendment Bill* 2000, die vraag gevra wat artikel 197A(2)(d) (op daardie tyd was dit nog net 'n konsep) beteken in die lig van die gewysigde artikel 38.¹³⁴ Sy wou weet waarom daar voorsiening gemaak word vir die aaneenlopendheid van diens en die voortduur van die werknemer se dienskontrak, terwyl artikel 38 juis voorsiening sou maak vir die opskorting van dienskontrakte en die onderbreking van diens.¹³⁵ Een van die redes vir die aaneenlopendheid van diens, in die huidige konteks, is egter vir doeleindes van berekening van die skeidingsloon asook verlof. Behalwe vir laasgenoemde maatreël, word daar saamgestem met Stander, Boraine en Van Eck. Daar bestaan tans groot verwarring ten opsigte van hierdie aangeleentheid. Dit word aanbeveel dat die wetgewer die bewoording regstel deur die betrokke subartikel te wysig.

4.6 Skemas of kompromieë

Artikel 197A is nie slegs van toepassing op die oordrag van insolvente besighede nie omrede artikel 197A(1)(b) ook van toepassing is op die oordrag van 'n besigheid indien 'n reëlinskema of kompromis aangegaan word om likwidasie of sekwestrasie as gevolg van insolvensie te voorkom.¹³⁶ Hierdie artikel het dieselfde bewoording as die vorige artikel 197(1)(b)(ii).¹³⁷

131 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

132 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

133 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

134 Stander 2001 *TSAR* 444.

135 Stander 2001 *TSAR* 445.

136 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

137 Boraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

Die probleem is egter dat die oorspronklike werkgewer in die meeste gevalle sy status as 'n aparte regspersoon, sy besigheid, alle werknemers en sy bates behou wanneer daar so 'n reëlinskema of kompromis aangegaan word.¹³⁸ In die meeste gevalle word daar bloot aandele oorgedra gepaardgaande met die verandering van beheer by wyse van 'n verandering van direkteurskap in die maatskappy.¹³⁹ Daar is gewoonlik geen oordrag van besigheid van een regspersoon na 'n ander nie.¹⁴⁰ Die partye sal dus poog om eerder die aandele oor te dra met die gevolg dat die besigheid nie as 'n lopende saak oorgedra word nie.¹⁴¹ Die bedoeling van artikel 197A word dus omseil en die beskerming wat aan werknemers verleen word geld nie in so 'n geval nie. Borraine en Van Eck voer aan dat dit die wetgewer se bedoeling was om werknemers te beskerm waar die beheer van 'n maatskappy oorgedra word deur die oordrag van aandele ten einde die omseiling van artikel 197 te voorkom, maar moes dit gedoen het ten opsigte van die oordrag van beheer van maatskappye in solvente en insolvente omstandighede.¹⁴²

Vir doeleindes van hierdie bespreking sal daar volstaan word met die kritiese ondersoek na die integrasie tussen die wysigings aan die Insolvensiewet en die arbeidswetgewing. Daar is egter verskeie botsings tussen artikel 38 en die res van die Insolvensiewet, maar dit is egter nie hier van toepassing nie.¹⁴³ Daar sal in die volgende hoofstukke gekyk word na die regulering van die posisie van werknemers by insolvensie in ander regsisteme. Die oogmerk daarmee is om oplossings te probeer vind vir sommige van die probleme wat uitgelig is in die voorafgaande hoofstukke. Die probleme wat aangespreek moet word is in die eerste plek die redding van 'n geheel of gedeelte van insolvente besighede.

138 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

139 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

140 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1863.

141 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1864.

142 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1864.

143 Sien Burdette DA *A Framework for Corporate Insolvency Law Reform in South Africa* (LLD-proefskrif Universiteit van Pretoria 2002) vir 'n bespreking van die unifikasie van die Insolvensiewet. Sien ook die Verenigde Insolvensiewet van die Federale Republiek van Duitsland, die *Insolvenzordnung* van 1994. Alle wetgewing ten opsigte van insolvensie is verenig in hierdie een statuut.

In die tweede plek moet daar gekyk word na beter en of alternatiewe beskerming aan werknemers wanneer die besigheid nie gered kan word nie. Verhoogde preferensie van werknemers se eise vererger die probleem en dit word voorgelê dat die fondse uit 'n ander bron genereer moet word. Op hierdie stadium bied die bestaande wetgewing nie voldoende beskerming aan werknemers nie.

5 'n Kultuur van reddingsmaatreëls

5.1 Posisie in Suid-Afrika

Artikel 38(6) van die Insolvensiewet bepaal dat daar eenstemmigheid bereik moet word oor gepaste maatreëls om die geheel of gedeelte van die insolvente besigheid te behou of te red. Hierdie bepaling beweeg in die regte rigting, weg van die tradisionele oogmerke van die insolvensiereg. Hierdie oogmerk word egter bemoeilik deur artikels 187(1)(g), 197 en 197A van die WAV. Die gebrek aan onderskeid tussen ontslag baseer op die oordrag van 'n besigheid en ontslag baseer op operasionele vereistes bemoeilik die reddingsproses. Borraine en Van Eck voer aan dat die wetgewer die balans tussen die belange van werkgewers en werknemers kon bereik het indien dit 'n duidelike onderskeid getref het tussen die ontslag soos hierbo genoem.¹⁴⁴ Hulle meen dat die wetgewer dit duidelik moes maak dat die ontslag van werknemers baseer op operasionele vereistes gedurende die oordrag situasie hanteer moet word deur artikel 187(1)(g).¹⁴⁵ Laasgenoemde ontslag sou nie geag word as outomaties onbillik nie. In die huidige vorm van artikels 197 en 197A sal werknemers waarskynlik in alle gevalle argumenteer dat hulle ontslaan is soos bedoel in artikel 187(1)(g).¹⁴⁶ Werkgewers en werknemers is in baie gevalle nie eens bewus van die onderskeid tussen ontslag baseer op die oordrag en ontslag baseer op operasionele vereistes nie.¹⁴⁷ Dit sal waarskynlik aan die howe oorgelaat word om hierdie onderskeid te tref. Dit blyk of die hof dit in *Van der Velde* gedoen het en dit verwyder die onsekerheid ten opsigte van artikel 187(1)(g) tot 'n sekere mate.

Grogan meen dat die tydperk van die beskerming van werknemers teen aflegging, wat saam met die besigheid oorgedra is, deur die nuwe werkgewer onseker is, en dat dit van die feite van elke saak sal afhang.¹⁴⁸

144 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1866.

145 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1866.

146 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1866.

147 Borraine en Van Eck 2003 *ILJ* 1866.

148 Grogan *Workplace Law* 152.

In *Forecourt Express (Pty) Ltd v SA Transport & Allied Workers Union & another* 2006 27 ILJ 2537 (LAC) het die Arbeidsappèlhof aanvaar dat die nuwe werkgewer geregtig was om sy besigheid te herstruktureer tot die mate wat dit nodig was om die verkryging van 'n ander maatskappy te akkommodeer, selfs indien dit sou behels het dat werknemers van die ou werkgewer afgelê moes word.¹⁴⁹ 'n Onderskeid sal die regsposisie beter verklaar, maar dit sal egter steeds baie moeilik vir werknemers en werkgewers wees om te bewys dat die ontslag baseer is op operasionele vereistes of verband hou met die oordrag van die besigheid.¹⁵⁰ Die terminologie van artikel 187(1)(g) en die gebrek aan 'n onderskeid soos hierbo bespreek, kan 'n beperkende uitwerking op die bereidwilligheid van die kurators, likwidateurs en moontlike kopers hê om die besigheid as 'n lopende saak te verkoop.¹⁵¹ Hierdie situasie belemmer die reddingsproses van so 'n insolvente besigheid.

Die afgelope paar jaar was daar sprake van unifikasie van die insolvensiereg en verskerpte maatreëls om besighede te probeer red in geval van insolvensie. Dit is van kardinale belang vir Suid-Afrika in die konteks van werknemersregte en die belange van skuldeisers dat sulke reddingsmaatreëls in wetgewing vervat word en dat alle wetgewing ten opsigte van insolvensie verenig word. Vir doeleindes van hierdie bespreking sal daar nie ingegaan word op hierdie aspek nie aangesien dit te ver verwyderd van hierdie onderwerp sal wees.¹⁵² Daar sal vervolgens gefokus word op die verhoogde beskerming van die werknemer by insolvensie van die werkgewer in ander regstelsels. Die oogmerk hiermee is om alternatiewe beskerming na te vors wat moontlik in Suid-Afrika aangewend kan word.

149 2006 27 ILJ 2537 (LAC) 2538A-C.

150 Boraine en Van Eck 2003 ILJ 1866.

151 Boraine en Van Eck 2003 ILJ 1866.

152 Sien Burdette *A Framework for Corporate Insolvency Law Reform* 503-768 vir 'n bespreking van die voorgestelde *Draft Insolvency and Business Recovery Bill* deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie. Sien ook die *Insolvenzordnung* van 1994.

6 Verhoogde beskerming vir werknemers

6.1 Die Internasionale Arbeidsorganisasie

6.1.1 Inleiding

Die Internasionale Arbeidsorganisasie, 'n spesialis afdeling van die Verenigde Nasies, hanteer hoofsaaklik aangeleenthede met betrekking tot die werknemer-werkgewer verhouding.¹⁵³ Suid-Afrika is 'n lid van die VN en daarom ook van die IAO. Die IAO het in 1992 in Geneva 'n konvensie aangeneem wat spesifiek voorsiening maak vir die regte van werknemers waar 'n werkgewer insolvent is. Hierdie konvensie staan bekend as die *Protection of Worker's Claims (Employer's Insolvency) Convention, 1992*.¹⁵⁴ Daar is met hierdie Konvensie gepoog om 'n beleid te formuleer wat deur lidlande oorweeg, bespreek en aanvaar kon word.¹⁵⁵ Die Konvensie omskryf riglyne waaraan wetgewing van die lidlande moet voldoen ter beskerming van werknemers se eise in geval van hulle werkgewer se insolvensie.¹⁵⁶ Daar word uitdruklik erken in die Konvensie dat waarborg- of garansie-instellings die beste beskerming aan werknemers se eise sal verleen.¹⁵⁷ Om hierdie rede is dit wenslik om na gepaste bepalings van hierdie Konvensie te verwys.

153 Die Internasionale Arbeidsorganisasie sal hierna verwys word as die IAO en die Verenigde Nasies as die VN.

154 Hierna die Konvensie genoem.

155 Stander 2001 TSAR 449.

156 Stander 2001 TSAR 449.

157 Stander 2001 TSAR 449.

6.1.2 Die bepalings van die Konvensie

6.1.2.1 Deel 1: Algemene bepalings

Die Konvensie bestaan uit drie dele naamlik: Deel 1 het betrekking op algemene bepalings,¹⁵⁸ Deel 2 hanteer die beskerming van werknemers se eise, en Deel 3 het betrekking op openbare waarborg- of garansie-instellings. Lidlande het die keuse om Deel 2 óf Deel 3 óf beide te ratifiseer.¹⁵⁹ 'n Lidland wat die verpligtinge van beide Deel 2 en 3 aanvaar kan die toepassing van deel 3 beperk tot sekere kategorieë werknemers en tot sekere sektore van ekonomiese aktiwiteite.¹⁶⁰ Dit kan egter slegs beperk word indien daar met die mees verteenwoordigende werkgewer- of werknemerorganisasies gekonsulteer word.¹⁶¹ Lidlande wat Deel 2 en 3 aanvaar het kan ook, na konsultasie, daardie eise wat ingevolge Deel 3 beskerm is, uitsluit van die toepassing van Deel 2.¹⁶²

6.1.2.2 Deel 2: Beskerming van werknemers se eise

Artikels 5 en 6 bepaal dat sekere eise van werknemers in 'n gesekwestreerde boedel preferent moet wees.¹⁶³ Stander meen dat die uitgangspunt van hierdie bepalings in die Konvensie belangrik is in die sin dat die bedrag van preferensie deur nasionale wette en regulasies beperk word met inagneming van die aanwysings vir minimum lone.¹⁶⁴

158 Byvoorbeeld die definisie van insolvensie in artikel 1(1) en (2) van die Konvensie: Insolvensie word so omskryf dat dit byvoorbeeld alle ander gevalle insluit waar werknemers se eise nie betaal kan word nie as gevolg van die werkgewer se finansiële posisie. Sien ook Stander 2001 *TSAR* 450.

159 Artikel 3(1) van die Konvensie. Sien ook Stander 2001 *TSAR* 449.

160 Artikel 3(3) van die Konvensie. Artikel 4(2) bepaal in hierdie verband dat die werknemers in beginsel uitgesluit kan word as gevolg van die aard van die diensverhouding, soos byvoorbeeld staatsamptenare, indien daar ander beskerming tot hulle beskikking is. Sien ook Stander 2001 *TSAR* 449.

161 Artikel 3(3) van die Konvensie.

162 Artikel 3(5) van die Konvensie. Sien ook Stander 2001 *TSAR* 449.

163 Stander 2001 *TSAR* 451, artikel 98A van die Insolvensiewet bevat dieselfde bepalings en Stander is van mening dat dit bevredigend is, en daarom sal daar slegs klem val op die eise wat deur 'n garansiefonds beskerm kan of behoort te word.

164 Stander 2001 *TSAR* 451, die preferente bedrag word wel in Suid-Afrika beperk in terme van die Insolvensiewet. Hierdie bedrae moet egter deurgaans hersien en aangepas word om nie waarde te verloor nie, artikel 7(2) van die Konvensie.

Dit sal verseker dat hierdie beperkte bedrag nie onder 'n sosiaal aanvaarbare vlak daal nie.¹⁶⁵ Artikel 8 bepaal die rangorde van die eise. Die werknemers se eise moet 'n hoër prioriteit geniet as die eise van die staat en die maatskaplike sekerheidstelsel.¹⁶⁶ Indien die werknemers se eise egter beskerm word deur 'n garansiefonds in ooreenstemming met Deel 3 van die konvensie, kan die beskermde eise 'n laer prioriteit as die van die staat en die maatskaplike sekerheidstelsel beklee.¹⁶⁷ Hierdie bepalings kan verkeie nadele inhou.¹⁶⁸ As 'n garansiefonds 'n deel van die werknemer se eis uitbetaal het subrogeer dit in die regte van die werknemer teenoor die werkgever se insolvente boedel.¹⁶⁹ Dit sal beteken dat as daardie preferensie na die eise van die staat en maatskaplike sekerheidstelsel oorgeplaas word, dit die kans van die fonds wat subrogeer om van die insolvente boedel te verhaal, ernstig sal laat afneem.¹⁷⁰ Stander meen ook dat waar die garansiefonds slegs 'n klein gedeelte van die eis beskerm, die werknemer nie 'n hoër preferensie as die staat en die sekerheidstelsel vir die restant gaan geniet nie.¹⁷¹ Daar word voorts in paragraaf 6 van die aanbeveling (nie die Konvensie nie) voorsiening gemaak vir 'n prosedure vir spoedige uitbetaling van die eise van werknemers, tensy dit verseker word deur 'n waarborgfonds.¹⁷²

6.1.2.3 Deel 3: Die garansiefonds

Hierdie deel van die Konvensie behandel die beskerming van werknemers se eise deur 'n ingestelde garansiefonds.¹⁷³ Artikel 9 bepaal dat die beskerming kragtens die fonds moet geskied wanneer die eise van die werknemers nie deur die werkgever, as gevolg van sy insolvensie, betaal kan word nie.¹⁷⁴

165 Artikel 7(1) van die Konvensie. Sien ook Stander 2001 *TSAR* 451.

166 Artikel 8(1) van die Konvensie.

167 Artikel 8(2) van die Konvensie.

168 Stander 2001 *TSAR* 451.

169 Stander 2001 *TSAR* 451.

170 Stander 2001 *TSAR* 451.

171 Stander 2001 *TSAR* 451.

172 Stander 2001 *TSAR* 451-452. Sien 6.2.1 hieronder vir die posisie in Duitsland.

173 Stander 2001 *TSAR* 452.

174 Artikel 9 van die Konvensie. Sien ook Stander 2001 *TSAR* 452.

In hierdie verband bepaal die aanbeveling, in paragraaf 7, dat die beskerming so wyd as moontlik moet strek.¹⁷⁵ 'n Staat kan ook volgens paragraaf 11(2) versekeringsmaatskappye toelaat om in die beskerming van die garansiefonds te voorsien, solank as wat hulle bevredigende waarborge aanbied.¹⁷⁶ Hierdie aanbeveling lê verskillende riglyne en beginsels vir die werking van 'n ingestelde garansiefonds neer:

- (a) dit moet administratief, finansiële en regtens onafhanklik van die werkgewer wees;
- (b) indien die staat nie die fonds ten volle finansier nie, moet werkgewers bydra;
- (c) indien die werkgewer sy pligte versuim het moet die fonds steeds die verpligtinge teenoor die beskermde werknemers aanvaar;
- (d) die fonds moet bykomend tot bogenoemde ook verantwoordelikheid aanvaar vir die verpligtinge van die insolvente werkgewer met betrekking tot eise wat deur die fonds beskerm word en behoort, deur middel van subrogasie, in staat te wees om in die plek van die werknemers aan wie hulle betalings gemaak het, die werknemers se eise teen die insolvente werkgewer af te dwing; en
- (e) die fondse wat deur die waarborgfonds bestuur word, wat nie deur die staat gesubsidieer word nie, mag slegs gebruik word vir die doel waarvoor dit ingesamel is.¹⁷⁷

Artikel 12 van die Konvensie sit die eise uiteen wat deur die fonds beskerm moet word;

- (a) werknemereise vir lone wat betrekking het op 'n voorgeskrewe tydperk, wat nie minder as 8 weke voor die insolvensie of voor die beëindiging van diens moet wees nie;

175 Stander 2001 TSAR 452.

176 Stander 2001 TSAR 452.

177 Stander 2001 TSAR 452. Sien ook die Duitse ervaring in hierdie verband, hieronder 6.2.1.

- (b) werknemerseise vir die betaling van verlof verskuldig as gevolg van werk verrig gedurende 'n voorgeskrewe tydperk, wat nie minder as 6 maande voor die insolvensie of voor die beëindiging van diens moet wees nie;
- (c) werknemerseise vir bedrae verskuldig ten opsigte van ander tipes betaalde afwesigheid, wat nie minder as 8 weke voor die insolvensie of voor die beëindiging van diens moet wees nie; en
- (d) skeidingslone wat by beëindiging van diens verskuldig word.¹⁷⁸

Daar word ook verdere kategorieë van eise in die aanbeveling genoem, maar dit strek in sommige opsigte te ver aangesien die verpligting op so 'n fonds te groot kan word en die stigting daarvan kan ontmoedig.¹⁷⁹ Die las op die staat en belastingbetaler moet redelik wees.

6.1.3 Gevolgtrekking

Hierdie konvensie het uitstekende riglyne en aanbevelings wat deur lande aangewend is om hulle werknemers se eise bevredigend te beskerm. Dit verleen verhoogde beskerming aan werknemers in gevalle waar hulle andersins min of geen eise sou gehad het nie. Die instelling van 'n garansiefonds, gedeeltelik gesubsidieer deur die staat en die werkgever sal dus bydrae tot alternatiewe beskerming aan werknemers gepaardgaande met 'n waarborgfonds wat uitbetaling, selfs al is dit net gedeeltelik, verseker. Die lidlande wat hierdie konvensie geratifiseer het, het verseker groter sukses behaal met die implementering van die riglyne en aanbevelings (hoewel die aanbevelings nie verpligtend is nie, is dit 'n belangrike ondersteunende maatstaf in die proses). Suid-Afrika het egter nie die Konvensie geratifiseer nie en dit word voorgehou dat Suid-Afrika sal baatvind by die bepaling van hierdie Konvensie aangesien dit ver agter is wat betref die beskerming van werknemerseise by die insolvensie van hulle werkgever.¹⁸⁰

178 Sien ook Stander 2001 *TSAR* 452-453.

179 Sien ook Stander 2001 *TSAR* 454.

180 19 lidlande het tot op hede hierdie konvensie ratifiseer: Albanië, Armenia, Australië, Oostenryk, Botswana, Bulgarye, Burkina Faso, Chad, Finland, Latvia, Litanie,

Die verskuiwing van die eise teen die insolvente boedel na 'n garansiefonds verlig die druk op die uitbetaling van eise deur die boedel en sodoende word die belange van beide die werknemer en skuldeiser gehandhaaf.

6.2 Die Europese Unie

Die Europese Unie het 'n Riglyn uitgevaardig oor die benadering van die wetgewing van die lidstate wat verband hou met die beskerming van werknemers by die insolvensie van hulle werkgever.¹⁸¹ Hierdie Riglyn is van toepassing op werknemers se eise wat voortvloei vanuit hulle dienskontrakte of werk verwante aangeleenthede en bestaande eise teen werkgevers wat in 'n staat van insolvensie verkeer.¹⁸² Lidstate kan by wyse van eksepsie sekere eise deur sekere kategorieë werknemers uitsluit.¹⁸³ Hierdie werknemers is: huishoudelike werknemers van 'n werkgever (die werkgever moet 'n natuurlike persoon wees) en kwota-vissermanne.¹⁸⁴ Hulle mag egter nie deelydse werknemers, werknemers op vaste-termynkontrakte en tydelike werknemers uitsluit nie.¹⁸⁵

Waarborg instansies moet die uitbetaling van die werknemers se uitstaande eise waarborg.¹⁸⁶ Die eise wat oorgeneem word sal die uitstaande betalingseise wees wat verband hou met 'n tydperk soos bepaal deur die betrokke lidstaat.¹⁸⁷ Daar word verder voorsiening gemaak dat die lidstate self die reëls kan neerlê ten opsigte van die werking, organisering en finansiering van die waarborg instansies.¹⁸⁸

Madagaskar, Mexiko, Slowakye, Slowenië, Spanje, Switserland, Oekraïne en Zambië.

181 Dit is die Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on *The Protection of Employees in the event of the Insolvency of their Employer*, soos gewysig deur Directive 2002/74/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002, hierna verwys as 80/987/EEC.

182 Artikel 1(1) van 80/987/EEC.

183 Artikel 1(2) van 80/987/EEC.

184 Artikel 1(3)(a) en (b) van 80/987/EEC.

185 Artikel 2(2)(a)-(c) van 80/987/EEC.

186 Artikel 3 van 80/987/EEC.

187 Artikel 3 van 80/987/EEC.

188 Artikel 5 van 80/987/EEC. Sien ook die Commission Report of 15 June 1995 on *Transposition of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980*.

Die werkgewers sal 'n bydrae lewer tot 'n waarborgfonds, tensy dit deur die betrokke lidstaat se regering gefinansier word.¹⁸⁹ Die betrokke instansie se aanspreeklikheid sal ook nie afhanklik wees van die finansiële verpligtinge van die werkgewer se bydrae nie,¹⁹⁰ met ander woorde, as 'n werkgewer nie sy verpligtinge nagekom het nie sal dit nie die werknemer se eis beïnvloed nie. Die lidstate word ook nie verhoed om maatreëls in te stel wat meer gunstig is as dié genoem in die dokument nie.¹⁹¹ Spanje is ook 'n lidstaat van die Europese Unie en het die Riglyn implementeer, maar daar is bevind dat artikel 7 van 80/987/EEC nie korrek toegepas word nie.¹⁹² Spanje het egter verskeie maatreëls ingestel vir die beskerming van werknemers in die geval van insolvensie van hulle werkgewer.¹⁹³ Duitse reg bevat 'n aantal bepalinge wat meer gunstig is vir werknemers as dié uiteengesit in die Europese Unie se Riglyn.¹⁹⁴ Daar sal vervolgens na hierdie twee lande se beskermingsmaatreëls gekyk word.

6.2.1 Die posisie in Duitsland

6.2.1.1 Inleiding

Die Duitse regstelsel sal gebruik word as 'n voorbeeld van alternatiewe beskerming wat moontlik aan werknemers verleen kan word en as 'n uitgangspunt gebruik kan word in Suid-Afrika. Werknemers sal gewoonlik nie hulle volle salaris ontvang by die insolvensie van hulle werkgewer nie en daarom word daar in die Duitse regstelsel vir sulke *scenario's* voorsiening gemaak. As 'n effektiewe maatskaplike beskerming aan so 'n geaffekteerde werknemer word daar 'n insolvensietoelaag (*Insolvenzgeld* of *Konkursausfallgeld*) aan hom betaal.¹⁹⁵

189 Artikel 5(b) van 80/987/EEC.

190 Artikel 5(c) van 80/987/EEC. Sien ook artikel 7 en 8 van 80/987/EEC.

191 Artikel 9 van 80/987/EEC.

192 Commission Report of 15 June 1995 on *Transposition of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980*.

193 Sien 6.1.2 hieronder.

194 Commission Report of 15 June 1995 on *Transposition of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980*.

195 Stander 2001 TSAR 454. Sien ook Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

Die werknemer kan die drie maande (waartydens hy gewerk het), wat die sekwestrasieproses voorafgegaan het, se salaris eis.¹⁹⁶ Hierdie maksimum betaling aan werknemers word vanaf 1 Januarie 2004 beperk.¹⁹⁷ Indien die aansoek om sekwestrasie geweier is as gevolg van onvoldoende bates, kan die werknemer steeds vir drie maande se salaris eis en dit sal die drie maande wees wat die weiering van die aansoek voorafgegaan het.¹⁹⁸ Laastens kan die werknemer drie maande se salaris eis, wat die finale staking van handeldryf voorafgaan, indien die werkgever nie voldoende bates gehad het om aansoek te doen vir sekwestrasie nie.¹⁹⁹ Betaling sal slegs geskied indien die werknemer daarvoor aansoek gedoen het en enige uitstaande inkomste moet bevestig word deur die werkgever of die kurator (*insolvenzgeldbescheinigung*).²⁰⁰ Die werklike uitbetaling is 'n tegniese proses en kan dalk 'n tydjie neem, maar anders as in Suid-Afrika is daar die moontlikheid vir voortydige finansiering in sekere omstandighede.²⁰¹

6.2.1.2 Werknemers en hulle werkgever

Die Duitse reg voorsien ook vir 'n baie wye definisie van 'n werknemer en sluit daarom verskeie kategorieë werknemers in. Om te kwalifiseer vir so 'n insolvensietoelaag, moet die werknemer 'n persoon wees wat op grond van 'n privaatregtelike ooreenkoms verplig is om teen vergoeding diens in 'n persoonlike afhanklike posisie aan 'n derde te lewer.²⁰² Dit strek so ver dat selfs buitelanders sonder werkspermitte, wat in Duitsland werk, nie uitgesluit word nie.²⁰³

196 Stander 2001 TSAR 454. Sien ook Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

197 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

198 Stander 2001 TSAR 454.

199 Stander 2001 TSAR 454.

200 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

201 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

202 Stander 2001 TSAR 455.

203 Stander 2001 TSAR 455-456; werknemers wat kan aanspraak maak op so 'n insolvensietoelaag is: werkende studente en skoliere; deelydse werkers; huishulpe; vakleerlinge; persone wat praktiese-, beroeps- of besigheidsopleiding ondergaan; verkoopbestuurders; fotograwe; onderwysers; skoonmakers; koerantverkopers en selfs huurwerknemers.

In Duitsland is dit soms verwarrend wie die werklike werkgever is.²⁰⁴ 'n Werkgever is in die algemeen 'n natuurlike- of regs persoon vir wie 'n werknemer werk.²⁰⁵ Die werknemer is 'n prestasie aan die werkgever verskuldig in ruil vir vergoeding.²⁰⁶ Wanneer 'n werknemer by 'n verhuringsagentskap/arbeidsmakelaar werk (*BGB-Gesellschaft*), sal die sekwestrasie van die verhuurder (die werkgever) beslissend wees.²⁰⁷

6.2.1.3 Die vergoeding

Die vergoeding wat aan werknemers betaal word in die geval van insolvensie, is baie omvattend.²⁰⁸ Alle vergoeding wat ontstaan vanuit die arbeidsverhouding (werkgever-werknemer verhouding) word ingesluit.²⁰⁹ Daar kan egter sekere aftrekkings teen die vergoeding van die werknemer gemaak word.²¹⁰ Die arbeidskantoor betaal die volgende bydraes namens die insolvente werkgever: die laaste drie maande se onbetaalde verpligte bydraes tot die statutêre gesondheidsfonds, pensioenfonds, langtermynsorgversekeringfonds asook enige onbetaalde bydrae tot die Federale Instansie vir Arbeid (*Bundesanstalt für Arbeit*).²¹¹

204 Stander 2001 TSAR 456. Die werkgever kan egter vasgestel word met behulp van: fakture, kwitansies, briefhoofde of uittreksels uit die handelsregister.

205 Stander 2001 TSAR 456.

206 Stander 2001 TSAR 456.

207 Stander 2001 TSAR 456.

208 Stander 2001 TSAR 456.

209 Stander 2001 TSAR 456. Hierdie vergoeding sluit in: salaris, loon, *honoraria*, daggeld, betalings, toelae, tantieme, kommissie, dividende, omsetdeelneming en ook *Naturalbezüge* soos byvoorbeeld: gratifikasies, gevaartoelae, reistoelae, kindergelde, loskoping, voedselgelde, verlofgelde ensovoorts.

210 Stander 2001 TSAR 457. Hierdie aftrekkings is onder andere: loonbelasting, toeslagbelasting, kerkbelasting, bydraes tot die Federale instansie vir Arbeid (*Bundesanstalt für Arbeit*) en die werknemer se bydraes tot maatskaplike sekerheid.

211 Stander 2001 TSAR 457.

6.2.1.4 Die proses vir uitbetaling van die insolvensietoelaag

Daar moet binne twee maande aansoek gedoen word deur die werknemer self,²¹² by die arbeidskantoor in die distrik waar die werknemer se salarisverrekening plaasvind,²¹³ vir die insolvensietoelaag.²¹⁴ Indien die werknemer nie binne hierdie tydperk aansoek doen nie, as gevolg van sy eie nalatigheid, sal hy sy eis verbeur, tensy die aansoek gekondoneer word.²¹⁵ Kondonasië sal ook slegs toegelaat word indien die werknemer se versuim buite sy beheer was.²¹⁶ Daar word van die werknemer verwag om sorgvuldig op te tree in die aansoek.²¹⁷

Soos reeds hierbo genoem kan die uitbetaling van eise uit die insolvente boedel 'n baie tydrowende proses wees en intussen sit die werknemers sonder 'n inkomste. Dit is juis hierom dat die Duitse reg voorsiening maak vir die uitbetaling van 'n voorskot aan die werknemers op hulle insolvensietoelaag, mits die werknemer geregtig is op die toelaag.²¹⁸ Benewens die insolvensietoelaag,²¹⁹ kan die werknemer eis vir agterstallige vergoeding wat opgeloopt het vir vier tot ses maande voor insolvensie,²²⁰ agterstallige vergoeding vir ses tot twaalf maande voor insolvensie,²²¹ asook vergoeding wat meer as twaalf maande voor sekwestrasie opgeloopt het.²²² Die werknemer se eis vir salaris vir diens na die datum van insolvensie vorm deel van die sekwestrasiekoste, net soos in Suid-Afrika.²²³

212 Stander 2001 TSAR 457. Binne twee maande beteken: binne twee maande nadat die insolvensieproses begin is, die aansoek geweier is of die maatskappy opgehou het om handel te dryf. Dit sal die uitbetalingsproses bespoedig.

213 Stander 2001 TSAR 457. Daar kan ook 'n aansoek namens al die werknemers saam gebring word (*Sammelânträge*) deur 'n gevolmagtigde instansie, soos die betrokke bedryfsraad. Die werknemer se eggenoot kan ook die aansoek doen.

214 Stander 2001 TSAR 457.

215 Stander 2001 TSAR 457.

216 Stander 2001 TSAR 457.

217 Stander 2001 TSAR 457.

218 Stander 2001 TSAR 458. Die voorskot op die agterstallige salaris kan tot 70% beloop.

219 Stander 2001 TSAR 458. Die insolvensietoelaag is vir die eerste drie maande voor insolvensie.

220 Stander 2001 TSAR 458. Die eis staan bekend as die *Masseforderung*.

221 Stander 2001 TSAR 458. Hierdie eis staan bekend as die *bevorrecht Konkursforderung*.

222 Stander 2001 TSAR 459. Hier beskik die werknemer oor 'n konkurrente eis.

223 Stander 2001 TSAR 459.

Die arbeidskantoor sal die middele vir uitbetaling verskaf en uitbetaling geskied deur 'n finansier, gewoonlik 'n bank.²²⁴

6.2.1.5 Finansiering van die insolvensietoelaag

Die finansiering berus op besigheids- of beroepsgenootskappe wat op hulle beurt die finansiering verhaal van die deelnemers daaraan (die werkgewers).²²⁵ Alle ondernemings word verplig om heffings aan hierdie genootskappe te betaal met die uitsondering van die staats-, provinsiale, munisipale en korporatiewe ondernemings wat nie regtens gesekwestreer kan word nie.²²⁶ Sodra die werknemer aansoek gedoen het vir die insolvensietoelaag, word die Federale Instansie vir Arbeid in die plek van die werknemer teenoor die insolvente boedel gestel.²²⁷ Die Federale Instansie vir Arbeid word die reghebbende van die netto-vergoedingseis en kan alle regte wat daaruit vloei in die sekwestrasieproses te gelde maak (die eise beklee die eerste rangorde van preferensie).²²⁸ Die werknemer is dus nie meer aktief die reghebbende ten opsigte van die vergoedingseis nie.²²⁹ Indien die aansoek van die insolvensietoelaag in geheel of gedeeltelik afgewys word, sal die werknemer weer (in geheel of gedeeltelik) die aktiewe reghebbende wees.²³⁰

6.2.1.6 Gevolgtrekking

Dit blyk dat dit redelik is dat werkgewers en die staat bydrae tot 'n fonds wat aan werknemers 'n beperkte toelaag betaal wanneer die werkgewer gelikwieder of gesekwestreer word.²³¹

224 Stander 2001 TSAR 459.

225 Stander 2001 TSAR 459.

226 Stander 2001 TSAR 459.

227 Stander 2001 TSAR 459.

228 Stander 2001 TSAR 459.

229 Stander 2001 TSAR 459.

230 Stander 2001 TSAR 460.

231 Stander 2001 TSAR 460. Dit is baie onwaarskynlik dat die totale eis van die werkgewer uitbetaal sal word, maar soos Stander meen, is dit 'n feit wat aanvaar moet word.

Dit sou onredelik wees om van werkgewers te verwag om so 'n fonds op hulle eie te finansier en daarom is dit gepas dat die regering ook bydrae.²³² Stander is van mening dat so 'n fonds verseker dat eise (al is dit net gedeeltelik) uitbetaal word aan werknemers en is dus 'n meer effektiewe wyse om werknemers se eise te beskerm as die stelsel van preferente eise wat gedurig verhoog word.²³³ Dit is interessant om te sien dat Duitsland nie die IAO Konvensie, soos hierbo in 6.1 bespreek, geratifiseer het nie, maar wanneer daar na hulle insolvensiesisteen en gepaardgaande garansie- of waarborginstellings gekyk word, blyk dit asof hulle beide hierdie Konvensie asook die verdrae van die Europese Unie in hierdie verband oortref. Die Duitse reg kan gebruik word as 'n voorbeeld van 'n uitstekende alternatief vir verhoogde beskerming van werknemerseise in Suid-Afrika en die versekering van uitbetaling.

6.2.2 Die posisie in Spanje

Spanje het 'n baie suksesvolle werknemersbeskermingsisteen.²³⁴ Die maatskaplike sekerheidsfonds, *Fondo de Garantia Social* (FOGASA), betaal insolvensiegelde (*insolvenzgeld*) uit aan werknemers.²³⁵ Hierdie fondse word gefinansier deur die risiko-gemeenskap van werkgewers.²³⁶ Dit beloop huidiglik slegs 0.4% van die werknemer self, se salaris.²³⁷ FOGASA word 'n skuldeiser in die insolvensie verrigtinge deur middel van subrogasie.²³⁸ Hierdie sisteen van Spanje bevat drie alternatiewe.

232 Stander 2001 TSAR 460. Dit sou 'n negatiewe, eerder as 'n positiewe uitwerking gehad het as die fonds slegs die verantwoordelikheid van die werkgewers was.

233 Stander 2001 TSAR 460. Die gewysigde artikel 98A(1)(a)(iv) van die Insolvensiewet bepaal dat elke werknemer 'n preferente eis van R12000,00 sal kry teen die insolvente boedel van die werkgewer ten opsigte van hulle skeidingspakket.²³³

234 Spanje het die IAO Konvensie geratifiseer op die 16 Mei 1995.

235 Ferber MM "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain" in International Meeting on the development of the bankruptcy legislation in the sphere of employee's rights protection and cross-border insolvencies 14-15 Mei 2007 Moscow.

236 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

237 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

238 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

Die is die direkte reaksie (met minder as 25 werknemers in die skuldenaar se besigheid: 40% van die skadeloosstelling) of 20 dae indien die toemaak van die skuldenaar se besigheid die gevolg van oormag (*force majeure*) is, heeltemal onafhanklik van die skuldenaar se insolvensie.²³⁹ 'n Verdere alternatief is die indirekte reaksie (slegs in die geval van insolvensie van die skuldenaar: die daaglikse minimum salaris word verdubbel met 'n maksimum van 120 dae).²⁴⁰ Die FOGASA-Sisteem is 'n bron van hoë inkomste vir die Spaanse Staat.²⁴¹ Die surplus van hierdie fonds word belê, byvoorbeeld in staatsverbande.²⁴² Daar is 'n groot verskil in die aantal insolvensies in die *Comunidades Autonomas*, die CC.AA –lande,²⁴³ en die besighede wat die meeste geaffekteer word is eiendomsagentskappe, konstruksie, landbou en vervaardiging.²⁴⁴

239 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

240 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

241 In 2003: 720 miljoen Euro beskikbaar en 221 miljoen Euro is uitbetaal,
In 2005: 813 miljoen Euro beskikbaar en 232 miljoen Euro is uitbetaal.

242 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

243 Hierdie lande is: Catalina, Valencia, Madrid, Andalusië en Baske (die hoogste uitbetalings).

244 Ferber "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain".

7 Gevolgtrekking

COSATU het daarin geslaag om druk op die wetgewer te plaas en dit het aanleiding gegee tot die wysigings aan die insolvensie- en arbeidswetgewing. Daar is egter 'n slagspreuk wat heet: Pasop waarvoor jy vra, want jy kan dit dalk net kry. COSATU se eise is in wese vervul deur die wysigings wat aan die betrokke wetgewing aangebring is, maar die eindproduk is nie werklik waarop daar gehoop is nie. Dit is een ding om wetgewing te verander en 'n ander om dit te laat werk. Die wysigings aan die Insolvensiewet is byvoorbeeld deurspek met interpretatiewe probleme en verwarring veral wanneer dit saam met die betrokke arbeidswetgewing gelees word. Daar is egter positiewe aspekte aan die wysigingspakket wat erkenning geniet. Artikel 197B gee aan werknemers die reg op sekere finansiële inligting van hulle werkgewer wat hulle werksekerheid direk kan raak. Artikel 38 bevorder deelname deur alle partye, spesifiek die werknemers wat die meeste geraak word.

Die verpligte konsultasieproses bied werknemers 'n geleentheid om saam met die ander partye oplossings te vind. Hulle is die persone wat op grondvlak presies weet hoe die besigheid werk. Die bekommernis is egter die waarde wat die ander partye, soos die kurator, skuldeisers en nuwe koper, aan hierdie proses heg. Dit kan bloot 'n prosedurele stap wees om die uiteindelijke oogmerk te vervul naamlik die likwidasië of sekwestrasie van die besigheid. Dit is in hierdie opsig dat 'n hersieningsproses aanbeveel word. Die Insolvensiewet beweeg egter vir die eerste keer weg van die tradisionele oogmerke af en maak melding van reddingsmaatreëls, iets wat ons nog nooit tevore in Suid-Afrika in die insolvensiereg gesien het nie. Dit is egter net die begin, maar met die nuwe wetgewing oppad wat spesifiek te make het met reddingsmaatreëls vir besighede kan ons dit dalk in die toekoms sien toeneem. Die gewysigde artikel 98A(1)(a)(iv) van die Insolvensiewet ken 'n R12 000 preferente eis aan werknemers toe ten opsigte van hulle skeidingspakette, terwyl artikel 38(3) die bykomende eise vir werkloosheid in terme van die *Werkloosheidversekeringswet* 63 van 2001 toelaat.

Dit is verligting vir die werknemers, maar nie vir die skuldeisers van die boedel nie. Die verhoging van preferente eise gaan nie die probleem effektief aanspreek nie. Dit kan belegings in groot maatskappye ontmoedig. Die gewysigde artikel 197A van die WAV bevat verskeie voordele vir werknemers, maar weereens is dit verwarrend en daar word aan die hand gedoen dat dit herformuleer word ten einde alle onsekerhede uit die weg te ruim. Die gewysigde artikel 187(1)(g) van die WAV bepaal dat die ontslag van 'n werknemer gegrond op of in verband met die oordrag van 'n lopende saak outomaties onbillik is. Die probleem met bogenoemde twee bepalings is dat daar nog nie uitsluitel is hoe die onderskeid getref moet word tussen ontslag baseer op operasionele vereistes en ontslag baseer op redes wat verband hou met die oordrag nie. Die aangeleentheid is egter onlangs in die *Van der Velde* en *Forecourt* hofsake aangespreek, maar daar bestaan steeds die behoefte aan 'n duidelike onderskeid vervat in wetgewing. Hierdie enkele probleme wat uitgelig is in hierdie dokument. Die vraag is egter hoe hierdie probleme aangespreek moet word in Suid-Afrika.

Dit is met 'n rede dat daar verwys is na die posisies in Europa, veral Duitsland. Daar kan egter begin word deur die IAO se Konvensie te ratifiseer en dit in wetgewing te vervat. Hierdie Konvensie bevat maatreëls en beginsels wat die probleme, uitgelig in hierdie dokument, effektief kan aanspreek. Dit is te bevraagteken waarom Suid-Afrika nie die Konvensie ratifiseer het nie, dalk is die wetgewer nie gereed vir die veranderinge wat dit sal meebring nie. Dit het egter tyd geword om op te tree en aan te pas by die internasionale standarde en beginsels. Duitsland kan as 'n goeie voorbeeld gebruik word van 'n staat wat die uitbetaling van werknemerseise goed reguleer.

Duitsland spesifiek, en ander Europese lande het waarborginstellings en garansiefondse ingestel. Hierdie fondse waarborg die uitbetaling van die eise en verlig die druk op die insolvente boedel. Hierdie stelsels handhaaf die balans tussen skuldeisers en werknemers. Alle partye is verseker van 'n uitbetaling, selfs al is dit net gedeeltelik. Die betrokke staat subsidieer die fonds, terwyl werkgewers ook 'n bydrae kan maak.

Spanje kan as bewys gebruik word van die uitstekende reserwes wat so 'n fonds kan opbou. Die haakplek in Suid-Afrika kan dalk die subsidiëring deur die regering wees. Sal hulle bereidwillig wees om so 'n fonds in Suid-Afrika te subsidieer? Aan die ander kant sal werkgewers ook nie te entoesiasies oor bydraes wees nie. Die oplossings bestaan dus en tesame kan dit aangewend word vir 'n ommekeer in die insolvensie- en arbeidsreg. Aan die een kant behoort ons te poog om besighede te red deur 'n kultuur van reddingsmaatreëls aan te neem en aan die ander kant sal daar die gebeurlikheidsplanne in plek wees (in die vorm van garansie- en waarborginstellings). Dit is dus die bevinding dat ons in staat is om bogenoemde probleme aan te spreek met die aanbevelings wat genoem is en by lande soos Duitsland te leer.

Bibliografie

Boeke

B

Benade *et al Ondernemingsreg*

Benade *et al Ondernemingsreg* 3de uitg. (Butterworths Durban 2003)

G

Grogan *Dismissal*

Grogan J *Dismissal Discrimination and Unfair Labour Practices* (Juta Lansdowne 2005)

Grogan *Workplace Law*

Grogan J *Workplace Law* 9de uitg. (Juta Kaapstad 2007)

S

Sharrock, van der Linde en Smith *Hockly se Insolvensiereg*

Sharrock R, van der Linde K en Smith A *Hockly se Insolvensiereg* 2de uitg. (Juta Lansdowne 2002)

Konferensiebydraes

Ferber MM "Overview on Employee Protection Systems in Germany and Spain" in International Meeting on the *development of the bankruptcy legislation in the sphere of employee's rights protection and cross-border insolvencies* 14-15 Mei 2007 Moscow

Harris "The Impact of South African Labour Law on Insolvency Practice in South Africa" Paper delivered at the *International Bar Association Conference* 20-25 October 2002

Proefskrifte

Burdette DA *A Framework for Corporate Insolvency Law Reform in South Africa* (LLD-proefskrif Universiteit van Pretoria 2002)

Regspraak

Bryant & Flanagan (Pty) Ltd v Muller and another NNO 1978 (2) SA 807 (A)

Forecourt Express (Pty) Ltd v SA Transport & Allied Workers Union & another 2006 27 ILJ 2537 (LAC)

SAMWU v Rand Airport Management Services 2005 3 BLLR 241 (LAC)

Van der Velde v Business & Design Software (Pty) Ltd & another 2006 27 ILJ 1738 (LC)

Regstydskrifte

Boraine A en Van Eck BPS "The New Insolvency and Labour Legislative Package: How Successful was the Integration?" 2003 24 *ILJ*

Lombard S en Boraine A "Insolvency and Employees: An Overview of Statutory Provisions" 1999 2 *De Jure*

Stander AL "Die regsposisie van werknemers by die likwidasië van hulle werkgewer of die sekwestrasie van hulle werkgewer se boedel" 2001 3 *TSAR*

Van Eck BPS en Boraine A "Voluntary Winding-Up of a Company and 'Dismissals' in terms of the Labour Relations Act" 2002 65 *THRHR*

Staatspublikasies

Algemene Kennisgewing 1517 in *Staatskoerant* 20254 van 16 Julie 1999

Verdrae en Konvensies

Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on *The Protection of Employees in the event of the Insolvency of their Employer*

Directive 2002/74/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002

Protection of Worker's Claims (Employer's Insolvency) Convention, 1992

Verslae

Commission Report of 15 Junie 1995 on *Transposition of Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980*

South African Law Commission Memorandum of 29 November 1995 on the *Protection of Workers' Rights in Insolvency: Nedlac*

South African Law Commission Report of 1984 on the *Review of Preferent Claims in Insolvency: Project 37 Interim Report*

Wetgewing

Draft Labour Relations Amendment Bill 2000

Insolensiewet 24 van 1936

Insolvensie Wysigingswet 33 van 2002

Insolvenzordnung van 1994

Maatskappywet 61 van 1973

Werkloosheidversekeringswet 30 van 1966

Werkloosheidversekeringswet 63 van 2001

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997