

*SJ Botha & AL Stander*

---

# Die bepaling van die 'sentrum van hoofbelange' by oorgrens insolvensies: Is die Parmalat-benadering voldoende om die behoeftes van moderne handel te bevredig?

## Opsomming

Ten spyte van verskeie standpunte oor die sentrum van hoofbelange (COMI), is die regspraak in hierdie ondersoek of, en tot watter mate, die benadering in *In re Eurofood IFSC Ltd* (die *Parmalat*-saak) 'n effektiewe oplossing bied vir die vasstelling van die ligging van die COMI van individuele maatskappye, hetsy onverbonde of as deel van 'n groep (in teenstelling met die COMI van maatskappye wat 'n sogenaamde ekonomiese eenheid vorm). Daar bestaan 'n vermoede dat die COMI geleë is waar die maatskappy se geregistreerde kantoor is. Dit is die fisiese faktor in die bepaling van die COMI. Daar is ook 'n psigiese faktor. Die COMI moet ooreenstem met die plek wat derde partye (insluitende buitelanders) beskou as die plek waar die skuldenaar gewoonlik sy besigheid en mees prominente belange op 'n gereelde basis administreer. As die geregistreerde kantoor op een plek geleë is en die oordeel van derde partye ten opsigte van die COMI op 'n ander plek is, sal die vermoede nie in werking tree nie en die gewone bewyslas sal op die betrokke party rus. As die filiaal se geregistreerde kantoor en die opvatting van derde partye op die selfde plek dui (sodat die vermoede in werking tree), moet die houermaatskappy meer, beter en swaarder getuienis aanvoer om die vermoede te weerlê. Die vermoede sal egter nie sonder meer weerlê word nie. 'n Essensiële en delikate opwegingsproses van die relevante faktore moet plaasvind. Die COMI moet geïdentifiseer word met verwysing na kriteria wat objektief voorsienbaar is deur alle betrokke partye.

## The determination of the 'centre of main interests' in cross-border insolvencies: Is the Parmalat approach sufficient to meet the needs of modern commerce?

Despite various viewpoints on the determination of the centre of main interest (COMI), the legal question in this investigation is whether, and to what extent, the approach in *In re Eurofood IFSC Ltd* (the *Parmalat* case) brings about an effective solution for the determination of the location of the COMI of individual companies, either unattached or as part of a group (in contrast with companies forming a so called economic unit). There exists a presumption that the COMI is situated there where the company's registered office is. This is the physical factor in determining the COMI. There is also a

*S.J. Botha, Prokureur by die firma Savage, Jooste en Adams Inc, Pretoria.  
Prof. A.L. Stander, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Potchefstroom-kampus.*

mental or psychological factor. The COMI must correspond with the place which third parties (including foreigners) regard as the place where the debtor ordinarily manages its business and most prominent interests on a regular basis. If the registered office is situated at one place and the judgment of third parties with regard to the COMI is elsewhere, the presumption will not come into operation and the ordinary onus of proof will rest on the party concerned. If the subsidiary's registered office and the opinion of third parties point to the same location (in order for the presumption to come into operation) the holding company should lead more substantial evidence so as to rebut the presumption. The presumption shall not be rebutted easily. An essential and delicate process of weighing up relevant factors should take place. The COMI must be identified with reference to criteria which are objectively foreseeable by all parties involved.

## 1. Probleemstelling

Multinasionale maatskappye en korporasies is 'n kenmerk van hedendaagse handelsaktiwiteite en besigheid. Dit is nie vreemd dat 'n buitelandse maatskappy in Suid-Afrika, of 'n Suid-Afrikaanse maatskappy in die buiteland, besigheid doen nie. Dit is ook nie vreemd dat 'n houermaatskappy filiale dwarsoor die wêreld het nie. Dikwels gebeur dit dat een van die filiale, of selfs die houermaatskappy, in 'n finansiële verknorsing beland wat die hele groep se finansiële oorlewing in gedrang bring. Likwidasiestappe word gevolglik teen 'n maatskappy in een staat geneem, terwyl die houermaatskappy byvoorbeeld in 'n ander staat geleë is of besigheid bedryf. Dat probleme in hierdie verband kan ontstaan, is ooglopend. Nog 'n situasie is waar daar 'n insolvensieprosedure in een staat ingestel word ten opsigte van bates en eiendom van die insolvent wat in die jurisdiksiegebied van 'n ander staat gedomisilieer is.<sup>1</sup> Talle vroe en probleme kom onmiddellik na vore.<sup>2</sup> As gevolg van die afwesigheid van 'n insolvensiewet wat universeel geld, moet die verskillende state na hul eie wetgewing terugkeer om antwoorde vir die vroe te vind. Dit is ook 'n feit dat Afrikaanse bronne op hierdie onderwerp uiters skraal is.

Om die probleme rakende oorgrens insolvensies op te los, het Suid-Afrika die Wet op Insolvensie oor Landsgrense<sup>3</sup> aangeneem.<sup>4</sup> Die doel van hierdie wet is om skuldeisers en insolvensie-verteenwoordigers van aangewese state by te staan en te beskerm as hulle 'n insolvensieprosedure teen 'n skuldenaar, wat bates in Suid-Afrika het, in Suid-Afrika wil instel. Dit is ook om die samewerking tussen die Suid-Afrikaanse en buitelandse howe in die administrasie van die insolvent se boedel te versterk.<sup>5</sup> Hoewel die *WIL* reeds in werking getree het,<sup>6</sup> is dit egter nog nie effektief nie omdat die Minister van

---

1 Meskin *et al.* 2010:17-1; Stander *et al.* 1999:509; Stander *et al.* 2002:73; Smith *et al.* 2002:140; Smith *et al.* 1999:192.

2 Meskin *et al.* 2010:17-1; Stroebel 2006:1.

3 *Wet op Insolvensie oor Landsgrense* 42/2000 (hierna 'die *WIL*).

4 Hierdie wet is op die *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on Cross-Border Insolvency*, 1997 gebaseer. Vir 'n bespreking van die *Model Law*, sien Stander 1999:515.

5 Smith *et al.* 2002:192; Meskin *et al.* 2010:17-14(1); Stander *et al.* 2002:76; Smith *et al.* 1999:203.

6 Proklamasie R73/2003 dui 28 November 2003 aan as die dag waarop die Wet in werking tree.

Justisie nog nie state aangewys het waarop die *Wet* van toepassing sal wees nie.<sup>7</sup> Die *WIL* verskaf egter geen bystand of hulp wanneer 'n Suid-Afrikaanse skuldeiser of insolvensie-verteenwoordiger 'n insolvensieprosedure teen 'n skuldenaar wat in 'n ander jurisdiksie bates het of besigheid bedryf, wil instel nie. So 'n persoon is uitgelewer aan die regsreëls van daardie ander jurisdiksie. Daarom sal die Minister nie state aanwys alvorens hy seker is dat Suid-Afrika op dieselfde samewerking kan staatmaak nie. Dit is die sogenaamde wederkerigheidsbeginsel.<sup>8</sup> Die Suid-Afrikaanse insolvensiereg moet ook die plaaslike skuldeisers teen moontlike uitwinning van die boedelbates deur ywerige buitelandse skuldeisers beskerm en poog om te verseker dat as die plaaslike skuldeisers eise in die ander jurisdiksie wil instel en inderdaad geregtig is om in die opbrengs van daardie bates te deel, hulle regte in daardie ander jurisdiksie gerespekteer sal word. Om wederkerige samewerking te bewerkstellig, sal die ander staat 'n soortgelyke wet<sup>9</sup> as die *Wet op Insolvensie oor Landsgrense* moet hê waarin Suid-Afrika aangewys is as 'n staat waarop daardie wet van toepassing sal wees. Indien 'n staat wel sy eie wet het en Suid-Afrika nie daarin aangewys is nie, sal daar altyd 'n probleem met die wederkerigheidsbeginsel wees.

Sodra die Minister state aanwys, sal Suid-Afrika 'n tweeledige benadering ten opsigte van die erkenning van buitelandse insolvensiebevele handhaaf: Insolvensie-verteenwoordigers van aangewese state die prosedure sal moet volg wat in die *WIL* uiteengesit is, terwyl die insolvensie-verteenwoordigers van state wat nie aangewys is nie, die prosedure sal moet volg wat op die gemeenereg en presedente gebaseer is.<sup>10</sup> Die gemeenregtelike beginsel hou in dat, met inagneming van hoflikheid, billikheid en gerief, 'n Suid-Afrikaanse hof geregtig daarop sal wees om die aanstelling van 'n buitelandse insolvensie-verteenwoordiger te erken en samewerking te gee.

Die vraag na die geskikte jurisdiksie in die geval van 'n oorgrens insolvensie sowel as die wederkerigheidskwessie word verder bemoelijk deur state se verskillende benaderings rondom insolvensie. Sekere state volg die territoriale benadering, terwyl ander state die universele benadering volg. Die territoriale benadering kan onbillike gevolge vir buitelandse skuldeisers inhou. Die universele benadering blyk die billiker benadering te wees, maar kan weer aanleiding tot *forum shopping* gee. Die betrokke partye soek 'n regstelsel of forum waar dit hulle in die spesifieke omstandighede die meeste

---

7 Smith *et al.* 2002:191; Stander *et al.* 2002:75 en Stroebel 2006:1.

8 Artikel 2(2)(b) van die *WIL* bepaal dat "die Minister kan slegs 'n staat aanwys ... indien hy of sy oortuig is dat die erkenning wat deur die reg van so 'n staat verleen word aan verrigtinge kragtens die wette van die Republiek met betrekking tot insolvensie die toepassing van hierdie *Wet* op buitelandse verrigtinge in sodanige staat regverdig".

9 Of 'n wet waarin soortgelyke regsreëls opgeneem is en Suid-Afrika op 'n wyse deur daardie staat aangedui is as een aan wie erkenning en samewerking verleen sal word.

10 Stroebel 2006: 15; Meskin *et al.* 2010:17-3. Sien ook Stander *et al.* 1999:510 ev vir 'n bespreking van hierdie gemeeneregbeginsels. Let op die verskil tussen roerende en onroerende sake. Sien ook Meskin *et al.* 2010:17-2 en Smith *et al.* 2002:177-185.

sal bevoordeel. Om *forum shopping* te elimineer is die beginsel neergelê dat daar bepaal moet word waar die skuldenaar se sentrum van hoofbelange geleë is.<sup>11</sup>

Ten spyte van talle standpunte en geskifte<sup>12</sup> oor die bepaling van die sentrum van hoofbelange (COMI), is die regspraak in hierdie ondersoek of en in welke mate *In re Eurofood IFSC Ltd* (die *Parmalat*-benadering) 'n effektiewe oplossing vir die bepaling van die COMI bewerkstellig en of 'n ander benadering dalk verkieslik is.<sup>13</sup>

Dientengevolge sal daar na die verskillende benaderings in die hantering van oorgrens insolvensies verwys word. Die verskynsel van die COMI en die invloed wat dit op samewerking by verskillende insolvensieprosedures het, is relevant. Hierdie artikel sal fokus op die vasstelling van die COMI van individuele maatskappye (hetsy onverbonde of as deel van 'n groep) in teenstelling met die COMI van maatskappye wat 'n sogenaamde ekonomiese eenheid vorm.<sup>14</sup> Vir hierdie doel sal kortliks na *Re Daisytek-ISA Ltd and Ors*<sup>15</sup> verwys word as 'n goeie voorbeeld om te illustreer wat gebeur in die geval van die finansiële verval binne 'n maatskappygroep met 'n besondere ingewikkelde struktuur. 'n Ontleding van die beslissing in *In re Eurofood IFSC Ltd*<sup>16</sup> word gemaak ten einde te bepaal of die beslissing enige sekerheid bring. Ten slotte word 'n eie interpretasie van die toets vir COMI aangebied.

## 2. Die verskillende benaderings

### 2.1 Inleiding

Synde 'n insolvensieregaangeleentheid rakende jurisdiksie, is artikel 149(1) van die *Insolvensiewet*<sup>17</sup> in Suid-Afrika die vertrekpunt. Ingevolge hierdie artikel sal 'n hof die aansoek mag weier of uitstel vir die aanname van die sekwestrasie van 'n skuldenaar se boedel wat gedomisileer is in 'n staat wat

---

11 In die *Model Law* word hierna verwys as die *centre of main interest (COMI)*. Dit impliseer volgens ons die senupunt of hartklop van die besigheid. Die begrip word in paragraaf 3 hieronder verder verduidelik.

12 Daar is nie veel Suid-Afrikaanse bronne oor hierdie onderwerp nie, maar heelwat is hieroor in internasionale tydskrifte geskryf. Dit is onmoontlik om na al die artikels te verwys en daar word volstaan by enkele deur toonaangewende akademici.

13 *In re Eurofood IFSC Ltd Court of Justice of the European Communities*, 2 Mei 2006:508.

14 Soms is die besigheidsaktiwiteite van maatskappye wat deel van 'n groep vorm, ten nouste geïntegreerd en moet die groep as 'n geheel geadminestrer word. Bygevolg moet die COMI van die groep as 'n geheel – dus 'n kollektiewe COMI – bepaal word in teenstelling met die COMI van elke afsonderlike entiteit. Die regsposisie in die laasgenoemde geval sal in 'n volgende artikel ontleed word.

15 *Re Daisytek-ISA LTD and Ors* [2003] BCC 562.

16 *In re Eurofood IFSC Ltd Court of Justice of the European Communities*, 2 Mei 2006:508.

17 *Insolvensiewet* 24/1936 (hierna “die *Insolvensiewet*”).

nie kragtens artikel 2(2) van die *Wet op Insolvensie oor Landsgrense* aangewys is nie, indien dit vir die hof billik en gerieflik voorkom dat die aangeleentheid deur 'n hof buite die Republiek bereg moet word.<sup>18</sup> Hierdie beginsel moet, wat oorgrens insolvensies betref, na ons mening met groot omsigtigheid toegepas word: Verskillende state handhaaf verskillende benaderings ten opsigte van die oorgrens insolvensie-aangeleenthede. Dit kan 'n groot effek op die regsposisie van plaaslike skuldeisers hê.<sup>19</sup> In die geval van oorgrens insolvensies is die benadering van state gewoonlik óf universeel, óf territoriaal. Hierdie twee benaderings kan as die twee teenoorgestelde uitgangspunte van dieselfde tonnel gesien word.<sup>20</sup> Elk van hierdie benaderings het met verloop van tyd ook veranderings ondergaan, soos ontdek is dat nie een suksesvol in die hedendaagse praktyk toegepas kan word nie.

## 2.2 Die klassieke territoriale benadering

Territorialisme behels die idee dat elke staat die eksklusiewe reg het om binne sy grense te regeer.<sup>21</sup> Daar word ook baie na die benadering as die *grab rule* verwys.<sup>22</sup> Elke staat neem onbepaalde beheer oor die plaaslike bates vir die voordeel van die plaaslike skuldeisers, met min of geen inagneming van buitelandse skuldeisers of parallelle prosedures in ander jurisdiksies nie.<sup>23</sup> Die betrokke staat het egter geen mag of gesag oor bates buite sy jurisdiksie nie.<sup>24</sup> Die uitgangspunt van hierdie benadering is dat daar aparte prosedures moet bestaan vir verskillende jurisdiksies wat in 'n insolvensieprosedure betrokke is.<sup>25</sup> Die betrokke staat besluit self oor samewerking.<sup>26</sup> Op grond van 'n streng territoriale benadering lei 'n oorgrens insolvensie derhalwe gewoonlik tot twee of meer afsonderlike insolvensieprosedures in elke staat waarin die skuldenaar bates besit.<sup>27</sup>

---

18 Meskin *et al.* 2010:15-9. Let wel dat geen staat nog aangewys is nie; artikel 149(1) se voorbehoud geld dus ten opsigte van alle state.

19 Veral as die betrokke staat 'n beleid of houding van *sovereign pride* handhaaf en sy eie skuldeisers met voorkeur behandel. Sien Pottow 2006:1899-1950. Hieronder word weer na hierdie verskynsel verwys.

20 Farley 2004:194-195.

21 LoPucki 2000:2218; Westbrook 2005b:715; Westbrook 2006:322.

22 Farley 2004:195; Nicols 2003:www.aar.com.au (besoek 4 September 2010); Baxter *et al.* 2004:60.

23 Farley 2004:195. Sien Pottow 2006:1927 vir 'n bespreking van die *sovereign pride*-beginsel. Daar word geag dat 'n staat verloor het wanneer die staat se howe hul eie insolvensiereg onderdruk uit eerbied vir dié van die *home country*, terwyl daar geag word dat 'n staat gewen het indien die betrokke staat se howe die prosedures beheer.

24 Baxter *et al.* 2004:60; Adam en Fincke 2008-2009:55; Howell 2008:2; Wessels 2008:71.

25 Stander 1999:509; LoPucki 2000:2218.

26 Baxter *et al.* 2004:60; Meskin *et al.* 2010:17-1 en Stroebel 2006:4.

27 Nicols 2003:www.aar.com.au (besoek 4 September 2010).

Kenmerkend van territorialisme is dat die state nie beginsels erken wat nié deel van hul eie insolvensiereg vorm nie.<sup>28</sup> Indien 'n skuldeiser 'n eis teen die insolvente boedel wil instel, moet hy dit volgens die juridiksiereëls, insolvensiereg, prosedurereëls en prosesreg van die plaaslike howe doen.<sup>29</sup>

Die voordele van die territoriale benadering is dat dit sekerheid onder die skuldeisers met betrekking tot die prosedure, bewys van eise, rangorde en die verdeling van die opbrengs van die bates bring.<sup>30</sup> Daarbenewens word plaaslike skuldeisers beskerm. Die nadeel van die territoriale benadering is dat dit nie samewerking tussen die howe en insolvensie-vertegenwoordigers in verskillende juridiksies aanmoedig of bevorder nie. Hoewel dit poog om die beste resultate vir die plaaslike skuldeisers te bewerkstellig, is daar geen intensie om die beste moontlike terugbetaling aan skuldeisers as 'n groep in geheel te bewerkstellig nie.<sup>31</sup> 'n Verdere nadeel is dat die bates van 'n besigheid waarskynlik vir 'n hoër waarde verkoop kan word indien grense nie in ag geneem word nie en die besigheid byvoorbeeld as 'n geheel verkoop kan word.<sup>32</sup> Nog 'n nadeel is dat die bepaling van voorkeur aan skuldeisers en die daarstelling van sekuriteit van staat tot staat verskil en dat die skuldeisers op hierdie wyse benadeel kan word.<sup>33</sup> Dit is ook so dat meeste van die "kleiner" skuldeisers nie soos die gesofistikeerde internasionale skuldeisers iets in elke prosedure kan eis nie en dan op dié manier verloor.<sup>34</sup> Nicols verduidelik dat dit die territoriale benadering arbitrêr en onvoorspelbaar maak. 'n Ander probleem is dat meeste van die skuldeisers in oorgrens insolvensieprosedures nie vroegtydig in verband met die buitelandse prosedure ingelig word nie. Alhoewel daar weliswaar nie direk teen die buitelandse skuldeisers gediskrimineer word nie, kom dit volgens Nicols op *de facto*-diskriminasie neer.<sup>35</sup> Boonop bevorder die teenwoordigheid van twee primêre insolvensieprosedures wat parallel funksioneer, kompetisie tussen die regstelsels en dra by tot groter onsekerheid, risiko's en verliese.<sup>36</sup>

Voorstanders het vervolgens aanpassings ten opsigte van die klassieke territoriale benadering gemaak wat tot die moderne territorialisme gelei het.

---

28 Farley 1996:220; Stroebel 2006:4.

29 Stroebel 2006:4. Die plaaslike reg is slegs van toepassing op die bates wat binne die plaaslike juridiksie val. 'n Buitelandse verteenwoordiger kan wel plaaslik erkenning vra, maar dit is dikwels 'n baie langsame proses waarin die beginsel van comity between nations 'n groot rol speel.

30 Stroebel 2006:4.

31 Farley 2004:196; Stroebel 2006:5.

32 Nicols 2003:www.aar.com.au (besoek 4 September 2010); Farley 2004:196.

33 Sommige juridiksies bevoordeel hul eie skuldeisers (sien die teks by voetnota 11; Baxter *et al.* 2004:60, en die gesag daar aangehaal). Buitelandse skuldeisers is dikwels vry om aan die proses deel te neem, maar dit waarborg niks nie. Nie alle tipe eise word noodwendig in elke land as verseker, preferent of selfs konkurrent erken of beskou nie. Dit kan ook gebeur dat al die konkurrente eise in staat B volledig betaal word, terwyl die konkurrente skuldeisers in staat A weinig of niks kry nie (Stroebel 2006:5).

34 Nicols 2003:www.aar.com.au (besoek 4 September 2010).

35 Nicols 2003:www.aar.com.au (besoek 4 September 2010).

36 Morris *et al.* 1994:45.

## 2.3 Moderne territorialisme<sup>37</sup>

Ondersteuners van moderne territorialisme beweer dat dit nie op die teorie van territoriale soewereiniteit gebaseer is nie en verteenwoordig territorialisme net ten opsigte van enkele aspekte. Hierdie nuwe benadering verwelkom samewerking. LoPucki noem dit *cooperative territoriality*.<sup>38</sup> Elke hof in wie se regsgebied bates van die insolvent geleë is, administreer en verdeel daardie bates kragtens die plaaslike reg. Elke hof waar insolvensieprosedures geliasseer word, het gelyke status.<sup>39</sup> Hierdie hof stel 'n insolvensieverteenwoordiger aan wat met die verteenwoordiger van die ander jurisdiksie moet saamwerk. Die verskeie verteenwoordigers vergader en bepaal of samewerking tot 'n groter bedrag ten opsigte van die opbrengs van die bates vir die hele groep sal lei. Elkeen van die verteenwoordigers is ook vry om die koers of rigting te bepaal wat tot die grootste opbrengs vir die skuldeisers van die jurisdiksie wat hy verteenwoordig, sal lei. As samewerking die optimale roete is, sal hy aan die gemeenskaplike verkoop van die bates deelneem en as dit nie die optimale roete is nie, sal die verteenwoordiger die bates binne sy jurisdiksie afsonderlik verkoop. Die benadering behels met ander woorde oorgrens samewerking in die insolvensieprosedure; harmonisering van die keuse-van-reg-reëls<sup>40</sup> en die erkenning van buitelandse sekuriteite. Veel meer word nie oor hierdie benadering verduidelik nie. Baxter<sup>41</sup> beweer dat ook die moderne territorialisme gebaseer is op verskeie beleidsvrese en -ongemaklikhede wat uniek is aan finansiële instellings. Sy kritiek word soos volg verwoord: "It (die moderne benadering) is very local on the claims side of the insolvency, but less so on the asset side". Ten opsigte van die eise-kant kan slegs skuldeisers van die plaaslike tak van die insolvente besigheid eise instel. Die nasionaliteit van hierdie skuldeisers is irrelevant. Aan die bate-kant neem die insolvensieverteenwoordiger jurisdiksie oor al die plaaslike bates asóók bates buite die jurisdiksie wat vir die jurisdiksie gereserveer of "geboek" is. Baxter<sup>42</sup> verklaar:

Modern territoriality appears to be an American speciality, limited to the insolvency of foreign financial firms with United States branches ...

Hoe dit ook al sy, dit wil voorkom of hierdie *cooperative territoriality* begin met die veronderstelling van territorialiteit, maar daarvan afstand doen die oomblik wanneer dit ongewens of onvanpas blyk te wees, en dit hang af van geval tot geval.

Al volg die meeste state tans nog die territoriale benadering in oorgrens insolvensieprosedures, het die ontwikkeling van internasionale handel en

---

37 LoPucki 1999:696 ev; Baxter *et al.* 2004:61; LoPucki 2000:2216; LoPucki 2005:96.

38 LoPucki 2000:2219; LoPucki 2005:97.

39 Adams en Fincke 2008-2009:56.

40 Die keuse-van-reg-beginsel duik ook by die moderne universalisme op. Niemand kan daarom kwalik geneem word indien die vermoede uitgespreek word dat die twee benaderings mekaar begin oorvleuel nie.

41 Baxter *et al.* 2004:61.

42 Baxter *et al.* 2004:61.

transaksies daartoe gelei dat al hoe meer state daaraan begin dink om die universele benadering te heroorweeg.<sup>43</sup> Met die aanvaarding van die *Wet op Insolvensie oor Landsgrense* het die wetgewer, wat die Suid-Afrikaanse insolvensiereg betref, volgens ons onomkeerbaar ingestem tot 'n wegbeweeg van die territoriale benadering. Desnieteenstaande moet in gedagte gehou word dat hierdie wet nog nie effektief is nie en wanneer dit wel prakties in werking tree, dit nie in alle gevalle van toepassing sal wees nie.<sup>44</sup> Die submissie is dat territorialisme en moderne territorialisme in sekere omstandighede dan nog steeds 'n rol kan speel. Dit sal afhang van geval tot geval, en spesifiek sekerlik ook afhange van watter jurisdiksies betrokke is. Dit behoort egter die uitsondering te wees.

## 2.4 Die universele benadering<sup>45</sup>

Met universalisme is gepoog om samewerking tussen verskillende state te bewerkstellig.<sup>46</sup> Volgens hierdie benadering sal al die verskillende insolvensie-prosedures as een enkele prosedure hanteer word, al bestaan daar skuldeisers van verskillende jurisdiksies en al is die bates en die besighede in verskillende jurisdiksies geleë. Alle skuldeisers, plaaslik of buitelands, moet dan hul eise in daardie spesifieke jurisdiksie instel en bewys. Laasgenoemde jurisdiksie (forum) sal in beheer van die insolvensieprosedure wees, wat ook meebring dat sy eie regstelsel van toepassing is.<sup>47</sup> Die doel is om seker te maak dat al die skuldeisers gelyk behandel word en om 'n voordeliger administrasie van die hele groep te bewerkstellig.<sup>48</sup> Al die ander betrokke jurisdiksies sal bloot die hoof-jurisdiksie bystaan met aanvullende of ondergeskikte prosedures om die bates bymekaar te maak "and to give effect to the orders of the governing court".<sup>49</sup> Baxter wys daarop dat hierdie benadering aansienlike self-negativering vereis, veral as die hoofprosedure se idee van insolvensie in stryd is met daardie van die aanvullende prosedure se jurisdiksie.<sup>50</sup>

---

43 Baxter *et al.* 2004:57.

44 Sien paragraaf 1 hierbo.

45 Westbrook 2000:2276; Westbrook 2005a:625; Westbrook 2006:322; Adams & Fincke 2008-2009:49; Wessels 2008:3.

46 Farley 1996:220; Stroebel 2006:5. Alle bates en alle verpligtinge vd insolvent of die groep oor die hele wêreld word tesame in hierdie een prosedure in aanmerking geneem (Stander 1999:509).

47 Stroebel 2006:7. Daar word gewoonlik na hierdie forum as die *home country* verwys. Sien in dié verband Westbrook 2005a:626.

48 Bufford 2007:354. Die *European Union Insolvency Regulation*, 31 Mei 2002 (hierna "die EC Regulاسie"), het ook die universele benadering as uitgangspunt deurdat daar op die skuldenaar se wêreldwye bates beslag gelê word in een prosedure tot voordeel van alle skuldeisers. Sien ook Meskin 2010:17-1; Nicols 2003:www.aar.com.au (besoek 4 September 2010.)

49 Stroebel 2006:7. Adams en Fincke 2008-2009:48-53

50 Vanselfsprekend is baie state gewillig om hul insolvensieprosedures in die geval van 'n oorgrens insolvensie toe te pas, maar daar is min state geneë om hul soewereiniteit op te gee as hulle in die ondergeskikte posisie is (Farley 2004:202).



Die beginsel van *comity between nations* figureer baie sterk by dié benadering. Hierdie beginsel vereis dat hoewe die beslissings van die hoewe van ander jurisdiksies met dieselfde status sal erken en sal toesien dat die beslissings van daardie hoewe uitgevoer word.<sup>51</sup> Dit berus op die beginsels van hoflikheid, billikheid en geregtigheid tussen state. Die punt is egter dat skuldeisers en insolvensieverteenwoordigers nooit met 100% sekerheid kan weet of *comity between nations* inderdaad deur 'n jurisdiksie betoon sal word nie. Hoe hoflik 'n sekere jurisdiksie gaan wees om 'n buitelandse skuldeiser se regte in 'n sekere geval te beskerm of vir hom tot hulp te wees, is ook nie seker nie. Die presiese betekenis en inhoud van hierdie begrip in die gegewe konteks is ons insiens baie onduidelik en in sommige gevalle selfs lukraak. Die Hoë Hof van die Verenigde State van Amerika (VSA) het in *In re Culmer*<sup>52</sup> beslis dat *comity* as 'n aspek van die reg nie 'n absolute verpligting is nie, maar aan die ander kant is dit ook nie bloot hoflikheid teenoor 'n ander nie.<sup>53</sup> Barret meen weer *comity* is die erkenning van een staat binne sy eie grense van 'n ander staat se wetgewende, uitvoerende en regterlike magte, maar met inagneming van internasionale verpligtinge en die regte van die staat se eie burgers of persone wat onder beskerming van sy wette is.<sup>54</sup> Hoe sterk die inagneming van die regte van die staat se eie burgers of persone is, is nie baie duidelik nie en sal waarskynlik van staat tot staat verskil. Is die inagneming ten koste van, of ingelyke mate met, ander skuldeisers? Hoe ver strek *comity between nations*?

Vervolgens is die *home country*-beginsel geformuleer, waarvolgens bepaal is watter jurisdiksie die prosedure sal beheer.<sup>55</sup> Die *home country* is die plek waar, in die geval van 'n natuurlike persoon, hy gedomisilieerd is, en in die geval van 'n maatskappy, waar sy COMI is.<sup>56</sup>

LoPucki, 'n groot kritikus van die universele benadering, stel drie vrae wat hy glo nie deur die universaliste beantwoord kan word nie.<sup>57</sup> Die eerste vraag is waar die *home country* is wanneer die vernaamste bates, hoofkantoor, handeling en die plek waar die maatskappy geïnkorporeer is, in verskillende state geleë is. Die tweede vraag is of die *home country* na die staat van die maatskappy as 'n groep verwys, en, indien nie, of elke entiteit sy eie *home country* het. Die derde vraag is watter reëls die onafwendbare verandering in die *home country* sal reguleer nadat buitelandse krediet toegestaan is.<sup>58</sup> Hierdie vrae is uiters relevant, want dit bring die voorspelbaarheid van die insolvensieprosedure

---

51 Omar 2002:262.

52 *In re Culmer* 25 BR 629.

53 Sien ook Barret 1996:209; Farley 1996:220.

54 Barret 1996:209; Farley 1996:220.

55 Voorstanders van die benadering meen dat as die skuldeisers met sekerheid weet watter regstelsel die insolvensieprosedure sal reguleer, hulle hul finansiële aktiwiteite daar rondom kan beplan en die risiko betrokke makliker bepaal sal kan word (Morris *et al.* 1994:46).

56 Pottow 2006:1909. Sien ook Howell 2008:115-116.

57 LoPucki 2000:2217. Sien ook Adams en Fincke 2008-2009:49-54; Howell 2008:116.

58 LoPucki 2000:2223-2239.

in gedrang. Volgens LoPucki sal universalisme slegs in 'n wêreld kan werk waar essensieel gelykvormige regte die insolvensieprosedures en rangorde van skuldeisers beheer.<sup>59</sup> Volgens hom (heeltemal tereg) bestaan daar nog nie so 'n wêreld nie.<sup>60</sup> Die meeste akademiese skrywers, veral skrywers van die VSA, ondersteun egter die universalisme-benadering.<sup>61</sup>

As gevolg van die feit dat daar geen akkurate riglyne ontwikkel is om in elke geval te kan bepaal waar die COMI geleë is nie, is dit die faktor waar groot probleme met die universele benadering ontstaan het. In die proses om die maatskappy of die maatskappygroep se COMI vas te stel, is die algemeen aanvaarde standpunt dat universalisme aanleiding gegee het tot die ontstaan van die sogenaamde *forum shopping* met die onbillikheid en onduidelikheid wat daarmee gepaard gaan.<sup>62</sup>

## 2.5 Forum shopping<sup>63</sup>

Oorgrens insolvensies betrek gewoonlik heelwat partye en hulle belange. Wanneer die saak oor 'n internasionale of multinasionale korporasie handel, sal verskeie state daarom meeding dat die prosedure binne hul jurisdiksie afgehandel word.<sup>64</sup> Uit die aard van die saak hou die universele benadering dan bykans sonder uitsondering in dat daar keuse-van-reg-geskille ontstaan omdat elke party probeer om die mees voordelige stelsel ten opsigte van sy eie situasie te kies.<sup>65</sup> Omdat die forum gasheer sal speel vir die hofprosedures,

---

59 LoPucki 2000:2216.

60 Morris *et al.* 1994:44 is aanhangers van die universele benadering. Volgens hulle is dit ook belangrik om eensgesindheid van al die skuldeisers te probeer bewerkstellig, sodat daar 'n gemeenskaplike boedel, stemreg en gemeenskaplike verdeling van die bates kan wees. Nietemin identifiseer hierdie skrywers drie faktore wat die internasionale besigheidsredding van maatskappye in oorgrens insolvensies bemoelijk. Elke staat het sy eie siening van openbare belang in die geval van insolvensie-aangeleenthede en besigheidsredding en het diensgevolge ook sy eie, dikwels uiteenlopende nasionale wetgewing gepromulgeer om die openbare belang in die lig van sy eie kommersiële en finansiële praktyke te stel. Daarbenewens is die teenstrydige benaderings, tsv erkenning van buitelandse verteenwoordigers, sowel as die bestaan van jurisdiksies wie se uitgesproke doel is om rykdom en eienskap in te palm en te bevorder, ook 'n probleem.

61 Sien veral Barret 1996:208; Farley 1996:220; Morris *et al.* 1994:44; Baxter *et al.* 2004:61 en Westbrook 2000: 2276 en die gesag aangehaal.

62 Sien Stroebel 2006:13; LoPucki 2005:81; Westbrook 2006:326-327.

63 Alhoewel die algemene standpunt is dat universalisme tot 'forum shopping' aanleiding gegee het (in territoriale jurisdiksies is daar nie 'n moontlikheid van *forum shopping* nie want daar is nie 'n gesentraliseerde forum waarvoor ge-'shop' moet word nie), argumenteer Pottow 2007:785-817 dat die territoriale benadering ook ruimte laat vir strategiese 'forum shopping'.

64 Westbrook 2005a:625; Stroebel 2006:9.

65 McKnight 1993:1093. McKnight verwys na *Laurens NO v Von Höhne* 1993 (2) SA 104 as 'n goeie voorbeeld van waar die partye die insolvensieprosedure eerder in Suid-Afrika as in Duitsland wou instel. Die bewyslas volgens Suid-Afrikaanse reg in siviele sake vereis slegs dat die oorsaak op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys moet word. Hierdie bewyslas is ligter as die bewyslas in Duitsland (McKnight

kan dit veroorsaak dat een of baie skuldeisers ver sal moet reis en baie onkoste aangaan om die hofsitting by te woon of daar verteenwoordig te word. Dit is dan dikwels uiters duur. Verder kan die forum die uitkoms van die hofbeslissing beïnvloed as gevolg van die tipe benadering wat daardie forum volg.<sup>66</sup> Soos gesien, verskil die territoriale en universele benadering heelwat ten opsigte van die beskerming van die belange van die plaaslike skuldeisers teenoor die belange van die buitelandse skuldeisers.

Die aangeleentheid handel nie net oor die belange van die skuldeisers en skuldenaars nie. Die situasie raak ook die howe en regsverteenwoordigers. Regskoste in so 'n prosedure is hoog en moet gewoonlik aan regsverteenwoordigers betaal word wat in die stede werk waar die hofsitting plaasvind. Dit is dus verstaanbaar dat meeste state (en selfs stede) ernstig kompeteer om die insolvensieprosedure in hul jurisdiksie te hou, aangesien dit finansiële voordele vir daardie jurisdiksie inhou. Jurisdiksies kan selfs hul reëls ten opsigte van die insolvensiereg so "ontwerp" dat dit insolvensiebesigheid lok.<sup>67</sup> Hierdie benadering is egter ongewens, omdat dit nie die belange van al die skuldeisers, skuldenaar en betrokke besigheid as sy hoofdoel het nie.<sup>68</sup> Vervolgens moes die aanhangers van hierdie teorie die moderne universalisme geformuleer hoofsaaklik om *forum shopping* uit te skakel.

## 2.6 Moderne universalisme

Die grootste faktor in oorgrens insolvensies is waarskynlik die behoefte aan voorspelbaarheid. Die voorspelbaarheid gaan saam met die erkenning van die verwagtings van die skuldeisers. Selfs Westbrook moet egter erken dat universalisme te kort skiet om 'n perfekte voorspelling te maak.<sup>69</sup> Hy erken ook dat die poging aan die een kant om die billikste oplossing te bewerkstellig, teenoor 'n staat se natuurlike drang van *sovereign pride* aan die ander kant, dit onmoontlik maak om sonder meer 'n suiwer vorm van universalisme toe te

---

1993:1094). Sien verder Pottow 2006:1908. The Harvard Law Review Association 1990:1677 definieer *forum shopping* as "a litigant's attempt to have his action tried in a particular court or jurisdiction where he feels he will receive the most favorable judgment or verdict". LoPucki definieer *forum shopping* ook as "attempting to have one's case heard in the forum where it has the greatest chance of success".

66 LoPucki 2000:2216; Stroebel 2006:9.

67 Deur die moontlikheid en toeganklikheid van appél of hersiening en deur die plaaslike prosedurereëls van daardie jurisdiksie (The Harvard Law Review Association 1990:1678; Baxter *et al.* 2004:87).

68 Stroebel 2006:15. McKnight 1993:1094 meen dat 'n eenvoudige wyse om die probleem op te los, is om 'n klousule in 'n kontrak aan te bring wat die jurisdiksie bepaal waarin geskille opgelos sal word. Of so 'n kontraksklousule weliswaar die jurisdiksie vir een sentrale prosedure effektief sal kan bepaal by die omvattende sekwestrasie- of likwidasieprosedure word egter betwyfel, veral waar groot maatskappygroepe met ingewikkelde strukture bestaan.

69 Westbrook 2005a:630; Westbrook 2006:323.

pas.<sup>70</sup> Dit is dan juis die rede waarom meeste universaliste 'n moderne vorm van universalisme aangeneem het.<sup>71</sup>

Westbrook<sup>72</sup> erken die behoefte vir 'n meer gesofistikeerde begrip van die sogenaamde *choice-of-law* geskilpunte.<sup>73</sup> Sy weergawe van die moderne universalisme hou in dat indien enige twispunt in 'n oorgrens insolvensie-prosedure ontstaan, die hof 'n keuse-van-reg-analise moet doen om die geldigheid van die verdeling van die bate-opbrengs ten opsigte van die verskillende skuldeisers se eise vas te stel.<sup>74</sup> Moderne universalisme gee nie soewereiniteit op nie en juis daarom is dit 'n meer aanvaarbare vorm as suiwer universalisme. Die howe van elke staat besluit op 'n geval-tot-geval-basis of 'n volledige<sup>75</sup> of aanvullende (ancillary) prosedure<sup>76</sup> uitgevoer moet word.<sup>77</sup>

Moderne universalisme beveel howe dientengevolge om elke staat se insolvensiereg só te interpreteer en toe te pas dat 'n resultaat bereik kan word wat so na as moontlik sal wees aan dié van 'n universele prosedure as wat prakties en regtens in 'n spesifieke geval moontlik is.<sup>78</sup>

Die UNCITRAL *Model Law* is 'n uitstekende voorbeeld van die toepassing van hierdie benadering.<sup>79</sup> Die *Model Law* bepaal dat 'n jurisdiksie 'n buitelandse prosedure moet erken in die geval waar die COMI die jurisdiksie van die buitelandse verteenwoordiger is. Dit is egter net die geval indien die kontrolemeganisme van 'openbare beleid' nie inskop nie.<sup>80</sup> Met erkenning kan 'n opskorting van die plaaslike prosedures gevra word.<sup>81</sup> Die aansoek vir en toestaan van 'n opskorting vereis nie 'n aanvullende prosedure nie en daarbenewens sluit dit ook nie 'n plaaslike onbeperkte prosedure uit nie. 'n Sekondêre prosedure is 'n prosedure wat nóg 'n hoof- nóg 'n aanvullende prosedure is. 'n Aanvullende prosedure verdeel plaaslike bates na die hoofprosedure, en poog om met beide die hoof- en sekondêre prosedures saam te werk. As die hof besluit om 'n aanvullende prosedure te begin, kan dit gekonfronteer word met 'n aantal buitelandse volledige prosedures.<sup>82</sup> Die hof moet dan oordeel welke van hierdie buitelandse jurisdiksies met

---

70 Westbrook 2005a:626.

71 So erken hulle dus dat daar probleme en nadele met die universele benadering is.

72 Westbrook 2005a:630.

73 Westbrook 2005a:626.

74 Westbrook 2005a:626.

75 Met ander woorde 'n onbeperkte, hoofprosedure. Sien ook Adams en Fincke 2008-2009:48-52.

76 Wat 'n ander volledige of hoofprosedure ondersteun.

77 Baxter *et al.* 2004:62 wys daarop dat sommige jurisdiksies, soos die VSA, comity vir hierdie doeleindes gebruik, met 'n volledige of onbeperkte prosedure as 'n moontlike deurstop, sou *comity* nie aangebied word nie.

78 Westbrook 2005a:629. Sien ook Adams en Fincke 2008-2009:48-52.

79 Hou egter ingedagte dat nie alle state die *Model Law* in wetgewing omskep het nie.

80 Sien ook artikel 6 van die *WIL* wat die beskermingsmaatreeël bevat dat niks in die wet die hof verhoed om te weier om daarvolgens op te tree nie, indien die optrede inderdaad teen die openbare beleid in Suid-Afrika sal wees

81 Sien byvoorbeeld artikels 19 en 21 van die *WIL*.

82 Sien byvoorbeeld artikel 20 van die *WIL*.

'n hoofprosedure besig is, en watter jurisdiksie(s) 'n sekondêre prosedure uitvoer.<sup>83</sup> Dit is in hierdie stadium van die verrigtinge dat die begrip 'sentrum van hoofbelange' 'n belangrike rol speel omdat dit die toetssteen vir die hof se vasstelling van die prosedures is.<sup>84</sup>

Westbrook meen dat die moderne universalisme ook sy beperkinge het, maar dit het wel definitiewe voordele. Volgens hom sal daar 'n groter vlak van voorspelbaarheid in die verlening van krediet wees, asook 'n baie groter moontlikheid om die maatskappy te red.<sup>85</sup> LoPucki kritiseer dat 'n moderne universalisme sonder 'n internasionale verdrag alreeds nadelige gevolge in die uitvoering daarvan toon.<sup>86</sup> Hy meen ook dat enkelregters se hantering van die oorhandiging van bates aan ander jurisdiksies wat die bates dan op verskillende wyses verdeel die voorspelbaarheid van 'n stelsel verminder.<sup>87</sup>

Voorspelbaarheid beteken dat 'n skuldeiser wat met 'n maatskappy besigheid doen reeds vóór die tyd self kan oordeel, met verwysing na sekere vasstaande faktore, welke jurisdiksie die sentrum van die besigheid se hoofbelange is. Die skuldeiser moet sekerheid hê oor die relevante faktore en die gewig (belang) wat aan elkeen gekoppel is. Baxter verklaar:

Even more difficult, states must agree in advance on a rule that selects the main jurisdiction. A good jurisdictional rule would be both *ex ante* predictable (to defeat forum-shopping or subsequent jurisdictional squabbling) and sensible in application (to discourage name-plate incorporations or prevent unseemly jurisdictional choices). Such rules are not simple to devise.<sup>88</sup>

Voorts aan die orde is 'n ondersoek na die wyse waarop die skuldeisers en derde partye kan bepaal waar 'n besigheid se sentrum van hoofbelange geleë is.

### 3. Sentrum van besigheid se hoofbelange<sup>89</sup>

Die ideaal sal wees as samewerking en die voordeel van alle skuldeisers die prioriteit in elke jurisdiksie is. Daarom behoort jurisdiksies die beginsel van

---

83 In die woorde van die *W/L* is dit is 'n nie-hoof buitelandse verrigting.

84 Baxter *et al.* 2004:62 merk op dat moderne universalisme, soos dit hierbo beskryf is, waarskynlik net soveel samewerking bewerkstellig soos suiwer universalisme, met 'n kontrole-meganisme vir onaanvaarbare hoofprosedures. Dit kan egter volgens hom ook as moderne territorialisme gesien word. In paragraaf 2.2.2 hierbo het ons reeds die vermoede uitgespreek dat moderne universalisme en moderne territorialisme mekaar begin oorvleuel.

85 Westbrook 2005a:626.

86 LoPucki 2000:2222.

87 LoPucki 2000:2222-2223.

88 Baxter *et al.* 2004:61.

89 Forsyth 2003:2-4 wys daarop dat met geleenthede 'n plaaslike hof nie sy eie reg ten opsigte van 'n geskil toepas nie, maar die reg van 'n vreemde land. Gevalle kan voor 'n Suid-Afrikaanse hof kom waarin die toepassing van die Suid-Afrikaanse reg (die *lex fori*) onvanpas en onbillik sal wees. Die reëls wat plaaslike howe

COMI te erken en te aanvaar. Maar daarvoor is dit nodig dat hierdie beginsel en die gevolge wat die toepassing daarvan inhou, duidelik en aanvaarbaar is. As vertrekpunt moet die COMI 'n duidelike verband toon tussen die groep van maatskappye en die jurisdiksie waar die hoof insolvensieprosedures ingestel gaan word om *forum shopping* te kan vermy.<sup>90</sup> Die sentrum moet duidelik identifiseerbaar wees, sodat dit maklik deur 'n derde party vasgestel kan word en sodat skuldeisers geen probleem sal hê met die instel van insolvensieprosedures of met die vrymoedigheid om besigheid met 'n entiteit te doen nie.<sup>91</sup> 'n Intensiewe ontleding van hierdie begrip is derhalwe noodsaaklik.

### 3.1 UNCITRAL Model Law

Volgens die *UNCITRAL Model Law* kan daar slegs een COMI en een hoofprosedure wees.<sup>92</sup> Kragtens klousule 2(b) van die *Model Law* word daar na die COMI verwys slegs as die maatstaf wat gebruik moet word om te bepaal waar die buitelandse hoofprosedure gehou moet word. Daar is egter geen omvattende en duidelike definisie in die *Model Law* van hierdie begrip nie. Dit laat die begrip weliswaar vir willekeurige en selfs wispelturige interpretasie.<sup>93</sup>

### 3.2 Die Wet op Insolvensie oor Landsgrense

Artikel 16(3) van die *Wet op Insolvensie oor Landsgrense* bepaal dat by ontstentenis van bewys tot die teendeel, die skuldenaar se geregistreerde

---

gebruik om die gepaste regstelsel vir die spesifieke geskil te selekteer, vorm die sentrale onderwerp van die Internasionale Privaatreg. Die 'keuse van reg'-leerstuk voorveronderstel ook die 'keuse van hof'-leerstuk van die Internasionale Privaatreg, wat nou met 'n land se jurisdiksiereëls verband hou. Dit is verder in belang van die internasionale gemeenskap dat hofbevele erken en afgedwing word, selfs in die geval waar vreemde jurisdiksies betrokke is. Dit is gevolglik die oogmerk van die Internasionale Privaatreg om spesifieke reëls en voorwaardes te formuleer om sodanige seleksie, erkenning en uitvoering te bewerkstellig, ook wat oorgrens-insolvensies betref. Sien veral Forsyth 2003:384 ev. Forsyth verduidelik op 386 dat die WIL (en volgens ons ook *UNCITRAL se Model Law on Cross-Border Insolvency, Chapter 15* van die *United States Bankruptcy Code* en die *European Council Regulation on Insolvency Proceedings*) "does not replace, the common law provisions; it clarifies and eases many procedural issues surrounding recognition." Derhalwe kan gekonstateer word dat die uitgangspunte in die oorgrens insolvensiereg voldoen aan die oogmerk en doelwitte van die internasionale privaatreëls. Tov die COMI verklaar hy wel: "This term of art is clearly a wider ground of recognition than the grounds provided for under the common law." Geen onderskeid word tussen roerendes en onroerende goed getref nie.

90 Mevorach 2006:480-481.

91 Mevorach 2006:481.

92 Bufford 2007:358; Nicols 2003:www.aar.com.au (besoek 4 September 2010); Stander 2002:78 en Stroebel 2006:14.

93 Sien *UNCITRAL Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, Vienna 1997. Daarin word geen spesifieke definisie van die begrip gegee nie. Daar word bloot na die bepaling daarvan verwys.

kantoor, of gewone blyplek in die geval van 'n individu, vermoed word die sentrum van die skuldenaar se hoofbelange te wees. Aan die ander kant is die buitelandse nie-hoofprosedures daardie wat plaasvind in 'n buitelandse staat waar die skuldenaar 'n bedryf<sup>94</sup> het. Die *Wet op Insolvensie oor Landsgrense* verleen dus nie veel hulp vir die bepaling van die COMI in ingewikkelde praktiese gevalle nie. Gevolglik sal daar swaar op internasionale hofbeslissings gesteun moet word.

### 3.3 Europese Unie Regulاسie<sup>95</sup>

Volgens die EC Regulاسie word die COMI op twee wyses bepaal.<sup>96</sup> Eerstens word die COMI geag daar te wees waar die skuldenaar die administrاسie van sy belange op 'n gereelde basis hanteer, met spesifieke verwysing na die plek waar hy sy kommersiële, industriële, professionele en ekonomiese aktiwiteite afhandel.<sup>97</sup> Let wel dat daar nie gesê word *al* sy kommersiële, industriële, professionele en ekonomiese aktiwiteite nie. Die regulاسie stel ook 'n vermoede vas dat, tensy anders bewys word, hierdie sentrum by die plek van die maatskappy se geregistreerde kantoor is. Die EC Regulاسie gee geen aanduiding wat moet gebeur indien elkeen van hierdie bedrywighede in 'n ander land plaasvind nie.

'n Tweede maatstaf is hoe die beeld van die maatskappy se bedrywighede na buite voorgelê word. Die EC Regulاسie maak dit duidelik dat die maatstaf van hoe die situاسie vir 'n derde party vertoon, objektief beoordeel moet word – wat die boodskap is wat 'n derde party sal kry as hy van buite na die maatskappy kyk. Dit moet veral vanuit die oogpunt van die skuldeisers se posisie beoordeel word.<sup>98</sup> Hierdie definisie kan steeds baie onsekerheid in die hand werk en die toepassing daarvan as beginsel in die praktyk is problematies. Dit los nie die probleem heeltemal op nie, maar skep steeds verwarring in ingewikkelde gevalle waar sekerheid juis broodnodig is.

### 3.4 Enkele ander standpunte

Rajak identifiseer die volgende as faktore wat 'n goeie aanduiding is van waar dié sentrum geleë is, naamlik die rol wat die entiteit in die koördinerings en beheer van aktiwiteite van die besigheid as 'n geheel speel, die uitvoer van die 'funksies van hoofkantoor' en die verteenwoordiging daarvan teenoor die publiek.<sup>99</sup> Die punt is dat daar 'n hele aantal verskillende funksies van 'n hoofkantoor is en verskillende aktiwiteite is wat op verskillende plekke

---

94 Artikel 17(2)(b) van die *WIL*. 'n Bedryf word in artikel 1(a) beskryf as 'n plek van werksaamhede waar die skuldenaar 'n nie-tydelike ekonomiese aktiwiteit met menslike bronne en goedere of dienste bedryf.

95 *European Union Council Regulation 1346/2000*.

96 Artikel 3(1) van die EC-Regulasie.

97 Bufford 2006:437; Bufford 2007:357 en Rajak 2006:1.

98 Bufford 2006:437; Bufford 2007:358; Mevorach 2006:480.

99 Rajak 2006:11.

gekoördineer kan word. Watter is nou die vernaamste funksies en aktiwiteite van 'n hoofkantoor? Volgens Mevorach moet die sentrum uit die aard van die saak daar geleë wees waar 'n hoë vlak van besluitneming gemaak word rondom die prestasie van die groep maatskappye.<sup>100</sup> Hierdie toets kan aangewend word, mits dit verder uitgebrei word.

Vervolgens sal na twee baie bekende sake verwys word in 'n poging om helderheid te bring. Die eerste saak word gebruik om kortliks die bestaan van die probleem in die praktyk te illustreer. 'n Bespreking van die tweede saak word gedoen ten einde 'n gemotiveerde standpunt te kan inneem. Met die risiko van herhaling word beklemtoon dat die vasstelling van die COMI in die onderhawige ondersoek betrekking het op individuele maatskappye, onverbonde of as deel van 'n groep, en nie as deel van maatskappye wat inderdaad 'n ekonomiese eenheid vorm nie. Dit gaan hier nie oor die vasstelling van die COMI van maatskappye wat 'n ekonomiese eenheid vorm nie.

### 3.5 *Re Daisytek-ISA Ltd and Ors*<sup>101</sup>

In *Daisytek* was daar die algehele internasionale houermaatskappy, Daisytek International Inc in die VSA wat in Dallas, Texas geleë was. Die hele maatskappygroep was hoofsaaklik in twee hoofgroepe gestruktureer. Die Amerikaanse groep van maatskappye het bestaan uit die genoemde houermaatskappy en agt VSA filiale (ook van Kanada en Mexiko). Dan was daar die Europese groep met 'n Europese houermaatskappy, Daisytek-ISA aan die bopunt van die struktuur. Hierdie maatskappygroep het bestaan uit 16 filiale in Engeland, Skotland, Noord-Ierland, drie in Duitsland en een in Frankryk.<sup>102</sup> Dié groep handelsmaatskappye in Europa het elektroniese kantoortoerusting en sagteware verkoop. Hulle was direkte verkopers en groothandel-verspreiders van die elektroniese kantoortoerusting aan groot- en kleinhandelaars dwarsoor Europa. Daisytek-ISA se enigste en onmiddellike filiaal was ISA International Plc, wat in Bradford, Engeland gebaseer was. ISA International Plc was die onmiddellike houermaatskappy van ISA International Holdings wat weer die houermaatskappy vir die nie-Engelse maatskappye was. Laasgenoemde was die houermaatskappy van die Franse maatskappy en 'n Duitse houermaatskappy. Hierdie Duitse maatskappy was op sy beurt weer die houer vir die ander twee Duitse maatskappye. ISA International Plc was verantwoordelik vir die funksies van die hoofkantoor vir die groep maatskappye.<sup>103</sup> Bygevolg was die handelsmaatskappye van die groep hoofsaaklik vanaf Bradford, Engeland bestuur.

Daisytek International Inc het vroeg in 2003 versuim om van sy finansiële verpligtinge na te kom. Dit het uiteindelik gelei tot die aansoeke vir likwidasie in die VSA, Engeland, Duitsland en Frankryk. Die *Chapter 11* aansoek vir die Amerikaanse deel van die *Daisytek*-struktuur het geen van die Europese filiale

---

100 Mevorach 2006:481.

101 *Re Daisytek-ISA LTD and Ors* [2003] BCC 562. Hierna '*Daisytek*'.

102 Die filiaal in Frankryk het as ISA Daisytek SAS bekend gestaan.

103 *Daisytek*:564 paragraaf 4.



betrek nie. Daisytek International Inc het 'n aparte gesamentlike administrasie-aansoek<sup>104</sup> in Leeds, Engeland vir die Europese entiteite gemaak. Die doel van die aansoek vir die Europese filiale was om 'n meer voordelige realisering van hul bates te verkry as wat hulle sou kon kry met likwidasië of die voortgesette oorlewing van sommige van die entiteite van die groep. Vir die Franse filiaal van Daisytek is hoofprosedures in beide Engeland sowel as Frankryk begin. Kontroversie het gevolglik ontstaan. 'n Soortgelyke geskil het ten opsigte van die houermaatskappy van die Duitse filiale tussen die Engelse en Duitse howe ontstaan.

Die Leeds-hof het beslis dat, as die skuldenaar se COMI in Engeland of Wallis is, dit wel jurisdiksie het om die aansoek vir likwidasië aan te hoor en likwidasië toe te staan.<sup>105</sup> In paragraaf 3.3 is daarop gewys dat artikel 3(1) van EC-Regulasie bepaal dat die COMI daar sal wees waar die skuldenaar sy belange op 'n gereelde basis administreer en dit daardeur vir 'n derde party moontlik is om vas te stel waar die hoofkantoor is.<sup>106</sup> Dit bepaal ook dat daar in die geval van maatskappye 'n vermoede is dat die plek waar die geregistreerde kantoor is die sentrum van die maatskappy se hoofbelange is, tensy anders bewys kan word. In Leeds is bewys dat alhoewel die geregistreerde kantore van die Duitse filiale in Neuss, Duitsland was, die sentrum van hul hoofbelange steeds Bradford was omdat ISA International Plc die hoofkantoorfunksies vir die Europese groep behartig het.<sup>107</sup> Belangrike faktore<sup>108</sup> in hierdie geval was dat alle inligtingstegnologie en -ondersteuning in Bradford bestuur is; al die senior werknemers van die Duitse maatskappye in konsultasie met ISA International Plc gewerk is; enige aankope hoër as 'n sekere bedrag moes deur ISA International Plc goedgekeur word; die besigheid van die Duitse filiale indirek deur Engelse banke befonds is; hul boekhoustelsel was volgens die Engelse formaat en is deur ISA International Plc nagesien en goedgekeur; verskaffingskontrakte met groot verskaffers is deur ISA International Plc gefasiliteer; al die Europese kliënte van die Duitse maatskappye is deur ISA International Plc onderhandel en gediens; ISA International Plc het waarborg aan groot verskaffers gegee wat die waarborg van uitstaande bedrae aan die kant van die Duitse en Franse maatskappye ingesluit het; die hoofuitvoerende beampte van Daisytek ISA het die strategiese bestuursplan van die Duitse filiale opgestel, daardie maatskappye twee dae per maand besoek en 30% van sy tyd aan die bestuur daarvan bestee; en ook die feit dat alles in verband met die korporatiewe identiteit en '*branding*' deur ISA International Plc geadministreer is. Al hierdie faktore was voldoende om die vermoede dat die COMI in Duitsland was, te weerlê.<sup>109</sup>

---

104 Vir doeleindes van 'corporate reorganisation'.

105 Sodat die hof jurisdiksie kragtens die EC-Regulasie het (*Daisytek*:565 paragraaf 12). Die hof het met ander woorde aanspraak gemaak op jurisdiksie oor die Engelse sowel as die Franse besighede.

106 Mevorach 2006:14.

107 *Daisytek*:565 paragraaf 13.

108 *Daisytek*:565 paragraaf 12-14.

109 *Daisytek*:565 paragraaf 14.

Toe die situasie rondom ISA Daisytek SAS, die Franse filiaal, bekyk is, is bevind dat hierdie filiaal op enkele uitsonderings na, op dieselfde wyse as die Duitse filiale geadministreer was en dat die COMI in daardie geval ook in Bradford was.<sup>110</sup>

Soos reeds genoem is 'n aansoek om 'n hoof insolvensieprosedure te open ook in Frankryk gemaak. Die Franse hof van appèl (in Versailles) het bevestig dat die hof wat 'n hoof insolvensieprosedure wil open geleë moet wees in die gebied waar die maatskappy se COMI is; dat geen hof in enige ander gebied sodanige jurisdiksie het nie; vir die maatskappy word sy COMI geag te wees in die land waar sy geregistreerde kantoor is; as sy COMI nie daar is nie, is die enigste hof met jurisdiksie om 'n hoof insolvensieprosedure te open daardie hof waar die COMI geleë is. Die bewys van 'n 'establishment'<sup>111</sup> in Frankryk is irrelevant vir die bepaling van die COMI. Dit is interessant om daarop te let dat die hof ook bevind het dat die bewys van die bestaan van 'n maatskappygroep irrelevant is vir die bepaling van die COMI. Na analisering van die Leeds-hof se bevinding het die hof in Frankryk tot die gevolgtrekking gekom dat daardie hof die Engelse (Leeds-hof se) jurisdiksie akkuraat bepaal het. Volgens die Franse hof het die hof in Engeland die regte aangeleenthede en vrae oorweeg en die korrekte standaard toegepas. Daardie hofbevel moet dientengevolge deur al die EU-lidlande erken word.

Artikel 3(1) van die EC-Regulasie beklemtoon dat die COMI deur 'n derde party vasstelbaar moet wees sodat die skuldeisers, sou 'n insolvensieprosedure ter sprake kom, sal weet waar om die skuldenaar in die hande te kry en waar hulle wát moet doen. Die Leeds-hof was van mening dat die meerderheid Duitse skuldeisers geweet het dat die belangrikste funksies van die Duitse maatskappy in Bradford uitgevoer word.<sup>112</sup> Ook ten opsigte van hierdie faktor het die hof jurisdiksie gehad om die aansoeke aan te hoor en toe te staan. Die gewig van die funksies wat in Bradford uitgevoer was, was aansienlik. Daarteenoor was die funksies wat in Duitsland uitgevoer was, beperk. Hoewel die maatskappy Duitse bankrekenings in Duitsland gehad het en die meeste kliënte Duitsers was, het die hof hierdie elemente nie baie belangrik geag nie – kliënte is gewoonlik skuldenare en nie skuldeisers nie en skuldeisers is die belangrike komponent. Nadat die hof ook die Franse situasie ontleed het, het die hof tot die gevolgtrekking gekom dat dieselfde vir die Franse maatskappy geld.

Die hof gebruik in *Re Daisytek-ISA LTD and Ors* weliswaar 'n 'hoofkantoor-funksie-afwegingstoets'. Eerstens het die hof na die operasionele struktuur van die groep gaan kyk en hoe hulle bestuur was.<sup>113</sup> Die hof het die skaal of gewig sowel as die belangrikheid van die belange wat op die besondere plek

---

110 *Daisytek*:566 paragraaf 17.

111 Volgens die EC-Regulasie is dit enige plek van werksaamhede waar die skuldenaar 'n nie-tydelike ekonomiese aktiwiteit met menslike bronne en goedere bedryf, met ander woorde 'n plek waar hy gewoonlik handeldryf of besigheid bedryf (Bufford 2007:356).

112 *Daisytek*:566 paragraaf 15.

113 Sien ook Mevorach 2006:479; Bufford 2006:457.

geadministreer is, oorweeg en daarna die skaal/gewig en belangrikheid van die maatskappy se belange op enige ander plek wat as die COMI geag kan word, oorweeg. Die hof het ook bepaal waar die skuldeisers sou ag dat die COMI van 'n groep maatskappye geleë was.

Wat 'bestuur' presies uitmaak, verdien egter verdere ondersoek. Dit is veral belangrik om te weet of 'n spesifieke faktor in die bestuur van 'n besigheid die vasstelling van die COMI moet domineer en of 'n hof al die relevante faktore op 'n gelyke skaal moet evalueer.

Opvallend van hierdie saak is dat die hof in Frankryk met die hof in Engeland saamgestem het. Dit is nie altyd die geval nie en dit is nie altyd so maklik nie. Die volgende saak illustreer die situasie waar daar 'n werklike toutrekkery tussen die verskillende jurisdiksies is.

### 3.6 *In re Eurofood IFSC Ltd*<sup>114</sup>

#### 3.6.1 Inleiding

Een van die beste illustrasies van die gevegte tussen houe in verskillende jurisdiksies in die geval van oorgrens insolvensies is die *Parmalat*-saak. Hierdie saak word meer breedvoerig ontleed met die oog daarop om 'n paar van die toepaslike beginsels van oorgrens insolvensies te verduidelik, met verwysing na een van die grootste besigheidsmislukkings tot dusver in die internasionale sakewêreld.

#### 3.6.2 Feite<sup>115</sup>

Eurofood was in Dublin geregistreer as 'n maatskappy met beperkte aandele. Sy geregistreerde kantoor was in Dublin geleë. Parmalat SpA het hierdie filiaal in geheel besit. Parmalat was 'n geweldige groot korporatiewe groep wat in Italië geïnkorporeer en geregistreer was en in ten minste 32 lande besigheid bedryf het. Dit het meer as 30 000 werknemers in diens gehad en 'n bruto inkomste van bykans €8 biljoen gegenereer. Die doel van Eurofood was uitsluitlik om finansiering vir sekere maatskappye in die Parmalat-groep te verkry. Die hoofkantoor was in Dublin in 'n spesifieke finansieringshuis (IFSC) geleë. Om hierdie rede moes die Ierse Minister van Finansies se toestemming verkry word indien Eurofood sy kantoor na 'n ander gebou of plek wou skuif, van bestuur (ingesluit die direkteure) wou verander en was dit

---

114 *In re Eurofood IFSC Ltd* Court of Justice of the European Communities, May 2, 2006:508. Die hele aangeleentheid sal ook na verwys word as "*Parmalat*".

115 Die feite van hierdie saak word herhaal, hoofsaaklik uit die hofverslae van *Re The Insolvency of Eurofood IFSC Limited* Parma Civil and Criminal Court, February 2004:273; *In the Matter of Eurofoods IFSC Limited* Irish Supreme Court, July 2004:20; *In the Matter of Eurofoods IFSC Limited* Irish Supreme Court, July 2004:37 en *In re Eurofoods IFSC Ltd* Court of Justice of the European Communities, May 2006:508.

aan die regulasies van die Ierse belastingsoewerehede en die Central Bank of Ireland onderworpe. Eurofood self het geen werknemers gehad nie. Die *Bank of America* in Ierland het, ingevolge 'n administrasie-ooreenkoms, Eurofood se dag-tot-dag-administrasie waargeneem. Die ooreenkoms was uitdruklik aan die Ierse reg onderworpe gestel en het daarbenewens 'n Ierse jurisdiksieklausule bevat. Eurofood moes aan die Ierse rekenkundige vereistes voldoen. Die maatskappy se boeke en rekords is in Dublin gedoen en gehou.<sup>116</sup> Van Eurofood se vier direkteure was twee van Dublin en twee van Italië. Slegs een van die dertien direksievergaderings was deur middel van 'n telefoonkonferensie gehou, terwyl die res in Dublin gehou was. Een van die twee Italiaanse direkteure het teen die einde van November 2003, net voor alles ineengestort het, bedank en die ander een teen einde Januarie 2004.<sup>117</sup>

Eurofood het sekere verpligtinge gehad om na te kom (Eurofood het lenings vir die Venezuela en Brasilië inisiatiewe voorgeskiet wat deur Parmalat SpA geborg is), maar in hierdie stadium was Eurofood insolvent en daar was ernstige twyfel dat Parmalat sy borgverpligting sou kon nakom. Parmalat SpA in Parma, Italië het gedurende Desember 2003 aangekondig dat die groep weens likiditeitsprobleme 'n baie groot finansiële verpligting nie kon nakom nie. Die maatskappy is onder buitengewone administrasie geplaas en ene Bondi is as buitengewone administrateur aangestel.<sup>118</sup> Hierdie situasie het gelei tot die aansoek in Dublin, Ierland vir verpligte likwidasie van 'n Eurofood.<sup>119</sup>

### 3.6.3 Die verpligte likwidasie-aansoek in Ierland<sup>120</sup>

Die *Bank of America* het vervolgens 'n likwidasie-aansoek ten opsigte van Eurofood op 27 Januarie 2004 voor die Hoë Hof in Dublin gebring. 'n Versoek is ook voor die hof gebring dat 'n voorlopige likwidateur aangestel moet word.<sup>121</sup> Ene Farrell is aangestel.<sup>122</sup> Die hof het 'n keurdatum bepaal (2 Maart 2004)<sup>123</sup> vir die oorweging van 'n likwidasiebevel en ander faktore ná kennisgewing aan alle belanghebbende partye.<sup>124</sup>

---

116 *Eurofood* (Irish):24-25; *Eurofood* (CJEC):516.

117 *Eurofood* (Irish):24-25; *Eurofood* (CJEC):516.

118 *Eurofood* (CJEC):516.

119 *Eurofood* (Parma):274; *Eurofood* (Irish):23-25; *Eurofood* (CJEC):516.

120 Skrywers volg die uiteensetting en struktuur soos in *Eurofood* (CJEC):516 ev. Die feite word aangevul uit die ander verslae.

121 *Bank of America* het die kommer uitgespreek dat 'n poging gemaak sou word om die COMI van Eurofood vanaf Ierland na Italië te skuif. Die bank het beweer dat die COMI in Ierland was (*Eurofood* (Irish):25).

122 *Eurofood* (Irish):25.

123 Volgens *Eurofood* (Parma):278 was die keurdatum 23 Februarie 2004, maar volgens *Eurofood* (Irish):26 en *Eurofood* (CJEC):516 is die saak vanaf 2 – 4 Maart 2004 aangehoor.

124 *Eurofood* (Irish):26.

### 3.6.4 Die Parma-prosedure in Italië

Op 30 Januarie 2004 het Farrell kennis van die Dublin-prosedure aan die likwidateur van Parmalat SpA,<sup>125</sup> Bondi, gegee.<sup>126</sup> Ten spyte hiervan het Bondi op 10 Februarie 2004 'n likwidasië-aansoek ten opsigte van Eurofood by die hof in Parma geliëseer.<sup>127</sup> Die hof het die hofdatum vir 17 Februarie 2004 vasgestel en Bondi opdrag gegee om al die belanghebbende partye kennis te gee.<sup>128</sup> Op 12 Februarie 2004 het Bondi sy verslag by die hof geliëseer. Hy het egter nie 'n kopie daarvan aan Farrell beskikbaar gestel nie. Op 16 Februarie 2004 het Farrell by die hof in Dublin aansoek gedoen vir toestemming om aan die Parma-proses deel te neem, welke versoek goedgekeur is. Hy het die hof ingelig dat ten spyte van herhaaldelike versoeke Bondi geen dokumente aan hom gelewer het nie. Nietemin het die Parma-hof op 20 Februarie bevind dat Eurofood insolvent was.

Die hof het beslis dat dit wel jurisdiksie oor 'n buitelandse korporasie het indien die spesifieke korporasie se administratiewe hoofkantoor of sy hoofdoelwitte in Italië geleë is. Die hof het ook bevind dat die bestuursaktiwiteite van Eurofood, asook die sentrum van aandrywing of stukrag van die hele onderneming, in Parma was.<sup>129</sup> Die hof het op die volgende faktore gewys en het as relevant aangedui dat daar uitvoerende administrateurs (die Italiaanse direkteure) sowel as nie-uitvoerende administrateurs (die Ierse direkteure) by Eurofood was. Die werklike bestuur van Eurofood het volgens die hof daarom in Parma plaasgevind en die *effective seat* vir die onderneming was in Parma geleë.<sup>130</sup> Die enigste werklike bate van Eurofood was die korporatiewe waarborg van sy Italiaanse houermaatskappy Parmalat SpA.

Die hof het voorts beslis dat Eurofood 'n leë blik<sup>131</sup> was: "Eurofood's object does not leave any doubt about its ancillary and supporting function in relation to the pursuit of the economic interests of Parmalat SpA and of the other companies in the group, such that it is possible to speak of a branch of Parmalat." Die hof het Farrell se argument dat Eurofood in Ierland geïnkorporeer was en dat die korporasie aldaar bestuur is, onderworpe aan die bestuursooreenkoms met die *Bank of America*, onoortuigend gevind. Die hof het gemeen dat dit bloot 'n logistiese ooreenkoms was en dat die hof eerder na die substansie van die administrasie moes kyk en nie die vorm nie.<sup>132</sup> Eurofood was bloot die geleibuis vir die finansiële beleid van Parmalat SpA. Sy uitsluitlike doel was om die vloeï van geld in die groep te fasiliteer met die oog op 'n belastingvoordeel, maar sy uitsluitlike verwysingspunt was die belang van die houermaatskappy wat in Italië geleë was.<sup>133</sup>

---

125 *Eurofood* (Parma):273.

126 *In re Eurofoods* (Irish):40.

127 *In re Eurofoods* (Irish):40; *Eurofood* (CJEC):516.

128 *In re Eurofoods* (Irish):41.

129 *Sien Eurofood* (Parma):275-277.

130 *Eurofood* (Parma):275.

131 'Empty box' (*Eurofood* (Parma):276).

132 *Eurofood* (Parma):277.

133 *Eurofood* (Parma):277.

Daarbenewens het die hof bevind dat die prosedures in Ierland nie ver genoeg gevorder het om 'n ander hoofprosedure te begin of te verhoed nie. Die hof was van opinie dat die blote liassering van die Ierse prosedure en die aanstelling van 'n voorlopige likwidateur nie die aanvang van 'n prosedure daargestel het wat erkenning moes geniet nie. Dit wil dus voorkom dat die tyd van die aanvang 'n prosedure in die EU jurisdiksies beslissend ten opsigte van hierdie aangeleentheid kan wees.

### 3.6.5 Die daaropvolgende Ierse prosedures<sup>134</sup>

Ongeag hierdie bevinding in Parma het die Ierse hof op die gemelde keerdatum met die insolvensieverrigtinge voortgegaan. Op 23 Maart het die Ierse Hoë Hof die volgende twee relevante aspekte beslis,<sup>135</sup> naamlik (a) dat insolvensieverrigtinge inderdaad eerste in Ierland geopen is<sup>136</sup> en (b) dat Eurofood se COMI weliswaar in Ierland (Dublin) geleë was. Gevolglik was dit hoof-insolvensieprosedures kragtens die EC Regulasie. Vervolgens het die Ierse hof 'n likwidasiëbevel toegestaan ten opsigte van Eurofood en Farrell as likwidateur aangestel. Die hof het nie die beslissing van die bogenoemde Parma-hof erken nie.

### 3.6.6 Appèl na die Hof van Appèl in Dublin

Bondi het in Dublin teen hierdie bevinding geappelleer en die beslissing van die hof van appèl is op 27 Julie 2004 geneem.<sup>137</sup> Ten opsigte van die feite het Bondi hoofsaaklik twee aspekte (relevant vir hierdie ondersoek) in geskil geplaas. Dit is dat slegs 5 van die 13 direksievergaderings in Dublin plaasgevind het en dat die uitvoerende direkteure van Parma afkomstig was en die nie-uitvoerende direkteure van Dublin. Die hof was egter van mening dat (a) die direksievergaderings volgens die feite behoorlik en gereeld in Dublin plaasgevind het en (b) daar ook geen meriete (regtens of in die maatskappy se akte en statute) in die onderskeiding tussen uitvoerende direkteure en nie-uitvoerende direkteure was nie.<sup>138</sup>

Die aspekte wat spesifiek vir hierdie soeke na die COMI relevant is, was die volgende: Bondi het geargumenteer dat die vermoede wat op die ligging van die geregistreerde kantoor gebaseer is, weêrlê is "as is evident from the affidavits filed the Company was a vehicle for other companies in the group".<sup>139</sup>

---

134 *Eurofood* (CJEC):516-517. Sien ook Bufford 2007:369.

135 Relevant vir hierdie ondersoek. Weens die beperking van die omvang van hierdie artikel kan daar nie volledig op al die aspekte van die beslissing ingegaan word nie.

136 Die hof het gemeen dat die aanstelling vd voorlopige likwidateur in werklikheid 'n 'vonnis' was en dat die beslissing om 'n hoofprosedure te begin effektief was vanaf 27 Januarie 2004.

137 *Eurofood* (CJEC):517-518.

138 *Eurofood* (Irish):30.

139 *In re Eurofoods* (Irish):28. In Italië het hy sukses met hierdie argumente gehad. Sien ook 34 van die verslag.

Eurofood was 'n filiaal wat geheel en al deur Parmalat besit was. Eurofood se hele doel was om finansiering vir die maatskappy binne die Parmalat-groep te voorsien. Die maatskappybeleid is deur die Parmalat-hoofkwartier in Italië deur Parmalat se uitvoerende amptenare uitgevoer en Eurofood het geen onafhanklike besluitneming uitgeoefen nie. Daarbenewens het Eurofood geen werknemers in Ierland gehad nie. Bondi het beklemtoon dat Eurofood se verpligtinge teenoor sy skuldeisers deur Parmalat gewaarborg was.<sup>140</sup>

Hierdie genoemde punte het die hof van appèl uiters ongemaklik gelaat.<sup>141</sup> Volgens die hof is só 'n werkswyse in stryd met grondliggende beginsels van korporatiewe identiteit. Dit toon geen respek vir die essensiële kenmerke van afsonderlikheid van korporatiewe identiteit nie. Daarbenewens is daar 'n afwesigheid van respek vir die regsreëls met betrekking tot 'n maatskappy, soveel so dat die afsonderlikheid geïgnoreer kon word. Die hof van appèl was van mening dat die COMI in Dublin was, omdat Eurofood op gereelde basis die administrasie van sy belange vanaf Dublin behartig het.<sup>142</sup> Die COMI was daarom vasstelbaar deur derde partye, veral die skuldeisers.<sup>143</sup> Nietemin het die hof van appèl dit nodig geag dat, voor beslegting van die geskil, die prosedure uitgestel word en die vraag na die COMI na die *Court of Justice of the European Communities* verwys word.<sup>144</sup>

### 3.6.7 Die bevinding van die *Court of Justice of the European Communities*<sup>145</sup>

Slegs die bevinding oor die 'sentrum van hoofbelange' is vir die onderwerp van die navorsing van belang.<sup>146</sup> Vervolgens sal daarop gekonsentreer word. Die CJEC het bevind dat om te bepaal waar die sentrum van 'n filiaal se hoofbelange is, moet eers gevra word waar, volgens die oordeel van derde partye, die filiaal gereeld sy eie belange geadminestreer het. Hoe sal derde partye oordeel waar die COMI vasgestel is? Hiermee saam moet gevra word in watter land die filiaal geïnkorporeer is, omdat daar 'n vermoede is dat die

---

140 *In re Eurofoods* (Irish):34.

141 *In re Eurofoods* (Irish):34-35.

142 *In re Eurofoods* (Irish):33-35.

143 *In re Eurofoods* (Irish):34.

144 Daar was ander punte ook in die argument, naamlik die vraag wanneer die Eurofood likwidasiëproses begin is, of die Parma-hof se beslissing om 'n hoofprosedure te open gerespekteer moes word of nie, en of die proses in Parma voldoen het aan die beginsel in die Ierse reg van 'n billike verhoor in alle regs- en administratiewe prosedures (*In re Eurofoods IFSC Limited* (Irish):34). Die hof het gevoel dat die Parma-hof se beslissing om 'n hoofprosedure te begin nie gerespekteer moes word nie, want dit sou teen die openbare beleid in Ierland wees. Hierdie is die tipiese kontrolemechanisme van 'openbare beleid' soos wat ook in artikel 6 van die *WIL* bepaal word. Interessant genoeg het die hof van appèl gevoel het dat Ierse 'openbare beleid' nie beslissend was ten opsigte van sy verpligting om die beslissing van 'n Italiaanse hof te erken nie.

145 *Eurofood* (CJEC):508. Sien ook Wessels 2008:81-81 waar hierdie beslissing net baie kortliks en in breë trekke bespreek word.

146 Sien *Eurofood* (CJEC):528 ev.

COMI geleë is in die land waar die maatskappy se geregistreerde kantoor is. Die tweede been van die navraag is om vas te stel waar die ligging van die houermaatskappy is wat, op grond van sy aandeelhouding en bevoegdheid om direkteure aan te stel, in staat is om beleidsbeslissings van die filiaal te beheer. Baie insiggewend is dat die hof bevind het dat waar hierdie faktore op verskillende state dui vir die ligging van die COMI, die vermoede nie sonder meer weerlê word net omdat die houermaatskappy beheer oor die filiaal uitoefen nie. Die hof moet al hierdie faktore teen mekaar opweeg en in elke afsonderlike geval op die spesifieke feite beoordeel.<sup>147</sup> Die CJEC is van mening dat daar 'n eenvoudige reël moet wees om die jurisdiksionele toets vir die COMI te interpreteer en toe te pas. Daar is nie ruimte vir uiteenlopende nasionale sienings op hierdie punt nie. Ons stem saam en so 'n standpunt is juis die rede vir hierdie navorsing.

Die toets van die CJEC kan soos volg verduidelik word:<sup>148</sup> Waar 'n houermaatskappy en sy filiaal geregistreerde kantore in verskillende jurisdiksies het, kan die vermoede dat die filiaal se geregistreerde kantoor sy COMI is, weerlê word. Die weerlegging kan slegs plaasvind deur objektiewe en deur derdepartyvasstelbare faktore wat daarop dui dat 'n werklike situasie bestaan wat verskillend is van dít wat die ligging van die geregistreerde kantoor as vermoede reflekteer. Die blote feit dat die ekonomiese besluite deur 'n houermaatskappy in 'n ander lidland beheer word, is nie genoeg wees om die vermoede te weerlê nie. So 'n weerlegging kan wel gemaak word as die filiaal geen besigheid doen in die staat waar die geregistreerde kantoor is nie.

Die COMI moet mitsdien geïdentifiseer word met verwysing na kriteria wat (1) objektief en (2) deur derde partye voorspelbaar is. Objektiviteit en voorspelbaarheid is so belangrik omdat die vasstelling van die hof wat hivolgens jurisdiksie het om 'n hoofprosedure te begin ook sal bepaal watter staat se reg die prosedure beheers.

Wie is hierdie derde partye? Hulle is byvoorbeeld die skuldenaar se grootste skuldeisers. Uit *Parmalat* wil dit voorkom dat werknemers nie 'n belangrike rol in die bepaling van COMI speel nie. Dit kan nie waar wees nie en is dit moontlik net die geval omdat daar geen werknemers by Eurofood in Dublin betrokke was nie. Die derde partye moet voortydig kan voorspel waar die hoof-insolvensieprosedures gaan plaasvind, watter staat se regstelsel van toepassing sal wees en of daar 'n moontlikheid is dat die filiaal se insolvensieprosedure verstrik sal raak in die groter prosedure van die korporatiewe groep.

In die geval onder bespreking het die CJEC bevind dat die vermoede inderwaarheid tot stand gekom het. Die vermoede was dat Eurofood se COMI in Ierland was, omdat die geregistreerde kantoor daar geleë was. Dit is verder baie duidelik ondersteun deur bewyse dat die vernaamste skuldeisers, in hierdie geval beslis die *Bank of America*, dieselfde verwagting gehad het. In die lig van hierdie bewyse was die feit dat die houermaatskappy Parmalat SpA in Italië geleë was, onvoldoende om die vermoede te weerlê. Daarom was dit

---

147 *Eurofood* (CJEC):517-537.

148 Sien ook Bufford 2007:379 ev.



die hof se mening dat die bevinding van die Italiaanse hof dat die COMI in Italië was, nie behoorlik gegrond nie. Die hof verklaar dat die standpunt van die Italiaanse hof dat Parmalat in Italië al die belangrike ekonomiese besluite geneem het, nie behoorlik gegrond was nie.

'n Opvallende leemte in die beslissing is dat dit nie duidelik is hoeveel bewyse nodig of voldoende is om die vermoede te weerlê nie. Die hof sê ook niks oor wat presies behoorlike bewyse in hierdie opsig sal wees nie. Die vraag wat die gewig van die vermoede sal wees as teenstrydige getuienis wel gelewer word en wanneer dit 'n skuif in die bewyslas sal bewerkstellig of andersom, die gewig van die teenstrydige getuienis om die vermoede te weerlê, word nie aangeraak nie.<sup>149</sup> In hierdie stadium is dit uit die beslissing van *Parmalat* net duidelik dat daar 'n vermoede bestaan, gegrond op werklike, bestaande feite.<sup>150</sup> Hierdie vermoede het 'n bepalende effek wat nie sonder meer weerlê kan word nie – dit dra definitief swaar gewig, maar by die bewys van die bestaan van werklike, wesenlike en rigtinggewende omstandighede of feite<sup>151</sup> kan die vermoede weerlê word.

#### 4. Gevolgtrekking

Ons beskouing is dat 'n beweging in die rigting van die moderne universalisme die ideaal is. Dan is die begrip 'sentrum van hoofbelange' kardinaal vir die hantering van oorgrens insolvensies. Meer so omdat die *Wet op Insolvensie oor Landsgrense*, wat op die *Model Law* gebaseer is, die universele benadering voorstaan. Gesien in die lig van die kritiek in paragraaf 2.4 hierbo ten opsigte van *comity between nations* wat deur 'n territoriale benadering in gedrang gebring word, en 'n strewe na die billikste moontlike oplossing, is hierdie rigting verkieslik. Tans is die begrip 'sentrum van hoofbelange' baie wyd en daarom onduidelik. Nié die *Model Law*, die *EC Regulasie* óf die *Wet op Insolvensie oor Landsgrense* gee 'n omvattende en presiese definisie van hierdie begrip nie en verleen dus nie veel hulp vir die bepaling van die COMI in ingewikkelde praktiese gevalle nie. Daarbenewens moet in ag geneem word dat daar 'n verskil in die vasstelling van die COMI is in die geval van, aan die een kant, individuele maatskappye (hetsy onverbode of as lid van 'n groep) en, aan die ander kant, maatskappye wat 'n sogenaamde ekonomiese eenheid vorm. Daarmee in gedagte sal die behoorlike omskrywing en definiëring van COMI 'n sinvolle, billike en regverdige oplossing vir die hele aangeleentheid onder bespreking te bied. Om dit te kan doen moet swaar op internasionale hofbeslissings gesteun word. Die submitisie is vervolgens dat indien al die relevante faktore wat uit die beslissings gekristaliseer het en die belang van elke faktor teenoor, of in vergelyking met, die ander geïdentifiseer word, dit 'n genoegsame instrument sal daarstel vir 'n suksesvolle toepassing van die begrip. Geen ander ingewikkelde benaderings is dan meer nodig nie.

---

149 Sien ook Bufford 2007:386.

150 Die registrasie van die maatskappye se kantoor op 'n bepaalde plek en daarmee saam die opvatting van derde partye oor die administrasie van die maatskappye se belange op 'n bepaalde plek.

151 Die faktore hierbo genoem.

Soos die *Model Law* en die *EC Regulasie* bevat die *Wet op Insolvensie oor Landsgrense* 'n sekere vermoede naamlik dat by ontstentenis van bewys tot die teendeel, die skuldenaar se geregistreerde kantoor, of gewone blyplek in die geval van 'n individu, vermoed word die sentrum van die skuldenaar se hoofbelange te wees. In *Parmalat* speel hierdie vermoede 'n groot rol. Skrywers se interpretasie is dat die vermoede gegrond is op twee faktore. Dit is die fisiese faktor (van daadwerklike ligging van die geregistreerde kantoor) en die psigiese faktor (die sentrum van hoofbelange moet ooreenstem met die plek wat derde partye – wat buitelanders insluit – meen die plek is waar die skuldenaar die administrasie van sy besigheid en vernaamste belange op 'n gereelde basis waarneem). Op hierdie wyse kan veral potensiële skuldeisers vasstel waar die ligging van die COMI is. Hierdie toets voldoen aan die essensiële voorspelbaarheidskriterium.

Die maatstaf is dat die derde partye bloot met behoorlike ywer 'n poging moet aanwend om te bepaal waar die maatskappy se vernaamste belange geadminestreer word. Die derde partye is die skuldenaar se grootste skuldeisers. Dit wil uit *Parmalat* voorkom dat werknemers nie 'n belangrike rol in die bepaling van COMI speel nie. Dit is waarskynlik net die geval omdat daar geen werknemers by Eurofood in Dublin betrokke was nie. Die submissie is dat sou daar werknemers betrokke wees, hul posisie definitief ter sprake sou kom en 'n relevante rol sou speel.

Die 'administrasie van besigheid' en 'op 'n gereelde basis' beteken in die eerste plek nie ál die administrasie-handelinge nie, maar die gewig van die funksies wat op daardie plek uitgevoer word, moet aansienlik wees. Dit beteken ook nie dat as daar nou en dan administratiewe handelinge vanaf 'n ander plek verrig word, die sentrum verskuif nie, solank eersgenoemde sentrum die plek is waar 'n hoë vlak van besluitneming gemaak word rondom die prestasie van die groep maatskappye. Die bestaan van die groep as sodanig is egter irrelevant. Dit is ook irrelevant dat die filiaal se ekonomiese doel in geheel aan die korporatiewe groep verbind is wat sy basis in 'n ander jurisdiksie het. Dit is irrelevant dat die filiaal se hoofdoelwit die bevordering van die houër of die groep se finansiële stabiliteit is. 'n Maatskappy kan sulke doelwitte hê en dit veroorsaak nie dat die ander betrokke entiteit(e) die of alle administratiewe besluite daarvan en daarvoor gaan neem nie. 'n Essensiële kenmerk van die maatskappy is juis die afsonderlikheid van korporatiewe identiteit.

'Hoë vlak van besluitneming' kan vereenselwig word met 'hoofkantoorfunksies'. Hiervoor is die rang van die direkteure en waar hulle vandaan kom, irrelevant. Belangrike hoofkantoorfunksies is die bestuur van inligtingstegnologie en -ondersteuning; die werwing van die senior werknemers van die maatskappye; die goedkeuring van aankope hoër as 'n sekere bedrag; die befondsing van die besigheid; die bepaling van die formaat van die boekhoudstelsel asook die nasien en goedkeuring daarvan; die fasilitering van verskaffingskontrakte met groot verskaffers; die waarborg van uitstaande bedrae; die opstel van die strategiese bestuursplan; die bepaling en uitvoer van die maatskappybeleid; die onafhanklike neem van ekonomiese besluite; die administrasie van alle 'corporate identity' en 'branding'. Die enigste voorwaarde vir die bepaling van hoofkantoorfunksies is dat gekyk moet word

na die substansie van die administrasie in hierdie verband en nie na die vorm nie. Hierdie punt is wel deur die hof in Parma gemaak, maar die CJEC het niks van die argument gemaak nie. Dit is ons mening dat die 'substansie' van die administrasie verwys na of te doen het met die prestasie van die groep.

Die volgende submissie is dat nie al die genoemde funksies op een plek gesentreerd hoef te wees alvorens derde partye sal oordeel dat die COMI aldaar is nie – derde partye word ook beïnvloed deur wat hulle sien en ervaar en nie noodwendig oor wat net in die raadskamer gebeur nie.

Benewens hierdie faktore word aangebied dat die 'plek van effektiewe bestuur' ook relevant is en die skaal kan tip indien die hoofkantoorfunksies by 'n spesifieke plek beperk is. Dit voldoen ook aan die voorspelbaarheidskriterium of 'opvatting van derde partye'-vereiste. Hier word verwys na aspekte soos wie of wat die dryfveer agter die generering van die stukrag of aandrywing van die besigheid is; die ligging van die bates van die maatskappy; en ook die aantal werknemers. Die feit dat 'n filiaal geheel en al deur die houermaatskappy besit word, is nie relevant nie omdat, weer eens, die grondliggende beginsel van korporatiewe identiteit, naamlik die afsonderlikheid daarvan, gerespekteer moet word.

Die ligging van die houermaatskappy wat moontlik die hoofkantoorfunksies soos hierbo uiteengesit, verrig, kan dus wel 'n faktor in die hele aangeleentheid wees. Die COMI moet derhalwe geïdentifiseer word met verwysing na kriteria wat beide objektief en deur derde partye voorsienbaar is. Dan volg 'n uiters belangrike en sensitiewe afweging van al die relevante faktore. Die vermoede word nie sonder meer weerlê of opgehef nie.

Die volgende vraag is hoeveel bewyse in elke geval nodig of voldoende is. Dit is ons submissie dat geen vaste reël oor die gewig van die teenstrydige getuienis of die gewig van die vermoede geformuleer kan word nie. Van belang is die feit dat daar 'n vermoede bestaan, gegrond op werklike, bestaande feite. Hierdie vermoede het 'n bepalende effek wat nie sonder meer weerlê kan word nie – dit dra definitief swaar gewig. Maar by die bewys van die bestaan van werklike, wesenlike en rigtinggewende omstandighede of *feite*, kan die vermoede weerlê word. Die aangeleentheid moet in elke geval, weens die verskillende omstandighede, aan die ervaring, kennis en kundigheid van die regterlike amptenaar oorgelaat word. Dit is 'n fyn opweging wat moet plaasvind en 'n fyn balans wat met groot verantwoordelikheid gehandhaaf moet word deur 'n voorsittende beampte(s) met jarelange ervaring.

Wat wel met sekerheid gesê kan word, is die volgende: As die geregistreerde kantoor op een plek geleë is en die oordeel van derde partye ten opsigte van die COMI op 'n ander plek is, die vermoede nie in werking sal tree nie en rus die gewone bewyslas op die partye. As die filiaal se geregistreerde kantoor en die opvatting van derde partye op dieselfde plek dui (sodat die vermoede in werking tree), moet die houermaatskappy meer, beter en swaarder getuienis aanvoer om die vermoede te weerlê. Die blote feit dat die houermaatskappy beheer oor die filiaal uitoefen, is nie noodwendig voldoende nie. Die afwegingsproses moet dan plaasvind.

Daar word ten slotte aangevoer dat, sodra die betrokke entiteit se COMI op hierdie wyse bepaal is, samewerking tussen die verskillende partye noodsaaklik is. Geen oorgrens insolvensieprosedure kan suksesvol en regverdig geskied sonder hierdie uiters essensiële samewerking nie. Die oogmerk van die samewerking moet dan wees om na die belange van elke skuldeiser, van watter staat ook al, om te sien en dit te beskerm. Dit kan geskied by wyse van 'n bilaterale verdrag of multinasionale verdrae, protokolle of hof-tot-hof kommunikasie. Op hierdie wyse, veral deur middel van die laasgenoemde vorm van samewerking, kan elke geval op eie meriete beoordeel en hanteer word. Op hierdie wyse kan elke skuldeiser se belang na ons mening 'n behoorlike, billike en regverdige kans in die hele prosedure gegun word.

## Bibliografie

- ADAMS ES AND FINCKE JK  
2008-2009. Coordinating Cross-Border Bankruptcy: How Territorialism Saves Universalism. *Columbian Journal of European Law* 15(43):43-87.
- BARRET JA  
1996. Cross-Border Insolvency: Developments, Realities and Solutions. *International Business Lawyer* (May 1996):208-211.
- BAXTER TC, HANSEN JM AND SOMMER JH  
2004. Two cheers for Territoriality: An Essay on International Bank Insolvency Law. *American Bankruptcy Law Journal* 78(1):57-91.
- BUFFORD SL  
2005-2006. International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytek Controversies. *The Columbian Journal of European Law* 12:429-486.  
2007. Centre of Main Interest, International Insolvency Case Venue and Equity of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice. *Northwestern Journal of International Law and Business* 27:351-419.
- FARLEY C  
1996. A Juridical Perspective on Cross-Border Insolvencies and Restructurings. *International Business Lawyer* (May 1996):220-222.  
2004. An Overview, Survey and Critique of Administrating Cross-Border Insolvencies. *Houston Journal of International Law* 27:181-216.
- FORSYTH CF  
2003. *Private International Law*. Cape Town: Juta.
- HOWELL LJ  
2008. International Insolvency Law. *International Lawyer* 42(1):113-151.
- LO PUCKI LM  
1998-1999. Cooperation in international bankruptcy: A post-universalist approach. *Cornell Law Review* 84:696-762.
2000. The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy. *Michigan Law Review* 98(2216):2216-2251.  
2005. Universalism Unravels. *American Bankruptcy Law Journal* 79:143-168.
- McKNIGHT J  
1993. Forum-shopping. *De Rebus* 56(312):1093-1096.
- MESKIN PM, KUNST JA AND KING JC  
Soos opgedateer in 2010. *Insolvency Law and its Operation in Winding-up*. Durban: Butterworths.
- MORRIS C AND KIRCHNER M  
1994. Cross-Border Rescues and Asset Recovery. *Insolvency Law and Practice* 10:42-43.
- MEVORACH I  
2006. Centralising Insolvencies of Pan-European Corporate Groups: a Creditor's Dream or Nightmare. *Journal for Business Law*:468-486.
- NICOLS P  
2003. Developments in International Recognition of Insolvency Administrations and Cross-Border Insolvency. <http://www.aar.com.au/pubs/pdf/in-sol/cirapr16s.pdf> (besoek 4 September 2010).
- OMAR PJ  
2002. Developments in Cross-Border Insolvency Practice in the United Kingdom. *Bond Law Review* 14(2):347-371.
- POTTOW JAE  
2006. Greed and Pride in International Bankruptcy: The Problems of and Proposed Solutions to "Local Interest". *Michigan Law Review* 104:1899-1949.  
2007. The Myth (and Realities) of Forum Shopping in Transnational Insolvency. *Brooklyn Journal of International Law* 32(2):785-817.
- RAJAK H  
2006. Company Groups, Cross-Border Bankruptcy and the EU Regulation on

Insolvency Proceedings. *INSOL Academic Group Conference, May 20-21, 2006, Scottsdale, Arizona.*

SMITH AD AND AILOLA DA

1999. Cross-Border Insolvencies: An overview of some recent Legal Developments. *SA Mercantile Law Journal* 192(11):202-207.

SMITH A AND BORAINÉ A

2002. Crossing Borders into South African Insolvency Law: From the Roman-Dutch Jurists to the UNCITRAL Model Law. *American Bankruptcy Institute Law Review* 10(135):135-215.

STANDER L

1999. 'n Oplissing vir die Hantering van Transnasionale Insolvensies? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 62(4):508-529.

2002. Cross-Border Insolvencies as a Global Economic Problem. *Tydskrif vir Regswetenskap* 27(2):72-87.

STROEBEL LDM

2006. *Protocols as a possible solution to jurisdiction problems in cross-border*

*der insolvensies.* LLM-dissertation. Potchefstroom: NWU.

WESSELS B

2008. Cross-Border Insolvency Law in Europe: Present Status and Future Prospects. *Potchefstroom Electronic Law Journal* 11(1):68-102.

WESTBROOK JL

2000. A Global Solution to Multinational Default. *Michigan Law Review* 98: 2276-2328.

2005a. Universalism and Choice of Law. *Penn State International Law Review* 23(3):625-637.

2005b. Chapter 15 at Last. *American Bankruptcy Law Journal* 79(3):713-728.

2006. Multinational Financial Distress: The Last Hurrah of Territorialism. *Texas International Law Journal* 41(2):321-337.