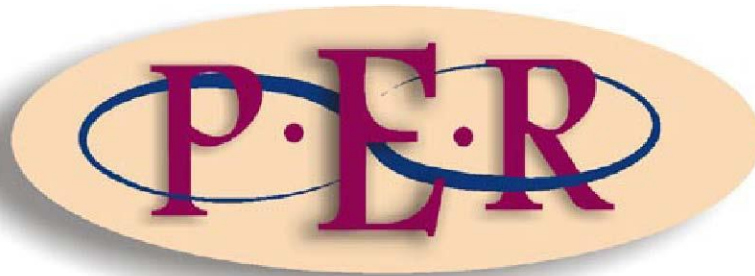


Author: AL Stander

ENKELE OPMERKINGS OOR BANKROT MUNISIPALITEITE

eISSN 1727-3781



2015 VOLUME 18 No 5

<http://dx.doi.org/10.4314/pej.v18i5.05>

ENKELE OPMERKINGS OOR BANKROT MUNISIPALITEITE

AL Stander*

1 Inleiding

Die insolvensie van munisipaliteite is nie meer 'n seldsame verskynsel nie; dit is 'n realiteit. Dit is interessant dat daar tans net so 'n groot bekommernis selfs in die Verenigde State van Amerika¹ is oor die insolvensie van munisipaliteite. Die wêreldwye resessie van 2008 het die Amerikaanse samelewing ernstig geruk. Groot stede soos Detroit, Miami, Orange County, Harrisburg, San Bernadino en Vallejo het in ernstige finansiële verknorsings beland.²

Daar bestaan in Suid-Afrika nie 'n formele sekwestrasie- of likwidasieprosedure vir 'n insolvente munisipaliteit nie – soos die geval is vir individue, besighede, vennootskappe, trusts, maatskappye en beslote korporasies – waarin daardie verpligtinge van die munisipaliteit wat dit eenvoudig net nie meer kan nakom nie, volgens vasgestelde reëls aangepas of afgelos kan word en waar die regsposisie en die rol van die skuldeisers van die munisipaliteit prominent staan. Die posisie in Suid-Afrika word beheer deur Deel 3 van Hoofstuk 13 van die *Local Government: Municipal Finance Management Act*³ waarin voorsiening gemaak word vir skuldverligting vir die betrokke munisipaliteit en die herstrukturering van sy skulde.⁴ Hierdie bepaling bied weliswaar verligting aan munisipaliteite⁵ maar die regte van skuldeisers, inwoners en dienslewering in die algemeen trek aan die kortste end.

Gestel 'n munisipaliteit gaan 'n groot lening aan. Daardie skuldeiser kan nie, om die een of ander optrede van die munisipaliteit af te dwing, die munisipaliteit "dreig" met

* Leonie Stander. B Iur LLB (PU vir CHO) LLM (Unisa) LLD (PU vir CHO). Professor in die Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Potchefstroomkampus. E-pos: Leonie.Stander@nwu.ac.za.

¹ Hierna "die VSA" en "Amerikaanse".

² Sien bv Sherwood 2014 *U Pa L Rev* 123-145; Kordana 1997 *Va L Rev* 1035-1107; Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 403-485. Kleiner stede soos Pleasant View, Wellston, Green County, Bridgeport, Shenango en Carrol het ook in die verlede deurgeloop. Sien Spitz 1992 *Bankr Dev J* 621-642.

³ *Local Government: Municipal Finance Management Act* 56 van 2003, hierna "die MFMA". Hierdie deel van die wet het op 1 Julie 2005 in werking getree.

⁴ Vir 'n uitgebreide uiteensetting van die Suid-Afrikaanse posisie soos vervat in hfst 13 van die MFMA, sien Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 166-189.

⁵ Sien Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 174 ev.

sekwestrasie en die gevolglike likwidasië van die munisipaliteit se bates nie. Die "voordeel van skuldeisers"-faktor speel hier geen rol nie. Hierdie aspekte kan lei tot ernstige belemmering van dienslewering, want kontrakteurs kan weens die risiko wat hulle loop om nie betaal te word nie, onwillig wees om dienste te lewer. Stander en Roos⁶ wys ook op die benadelende posisie waarin kleiner maatskappye, wat met die munisipaliteit sake doen, hulle in die hele proses bevind.

In Suid-Afrika word wyd gegis oor die oorsake van die insolvensie van munisipaliteite en heelwat gepraat oor moontlike oplossings. Hierdie ondersoek is dan ook 'n poging om 'n stuiwer of twee in die armbeurs te gooi. Wat egter belangrik is, is dat konstruktiewe bydraes nou nodig is om die probleem van die insolvensie van munisipaliteite *te begin* ondervang. Maar om 'n probleem te ondervang of op te los beteken noodwendig dat ook op die moontlike oorsake ingegaan moet word. In paragraaf 2 hieronder sal dan kortliks verder oor moontlike oorsake gespekuleer word. In paragraaf 3 sal die werkswyse in die VSA ten opsigte van die "sekwestrasie"⁷ van munisipaliteite en die vereistes wat gestel word, kortliks verduidelik word, omdat dit belangrik is om vas te stel wat die effek en uitwerking van hierdie tipe "sekwestrasie" in die Amerikaanse reg is (paragraaf 4) en wat die rol van die insolvensiehewe (paragraaf 5) met betrekking tot die hantering van die hele prosedure is.⁸ Daarna, in

⁶ Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 177.

⁷ In die Amerikaanse insolvensiereg is die begrippe wat gebruik word "bankruptcy", "bankruptcy petition", "filing for bankruptcy", en die verskillende *aansoeke vir 'n reorganisasie van verpligtinge* (soos *Chapters 9, 11, 12* en *13*) word na verwys as "filing for bankruptcy". Geriefshalwe sal "aansoek vir sekwestrasie" gebruik word en dan moet dit verstaan word in die sin wat die betrokke *Chapter* bedoel. Die *Bankruptcy Code*, soos gevind in 11 USC 1978, maak voorsiening vir die verskillende tipes van "sekwestrasie-aansoeke" wat in die Amerikaanse insolvensiereg gebring kan word, en wel in Hoofstukke 7, 9, 11, 12, 13 en 15. *Chapter 7* is vir die likwidasië van 'n insolvente boedel in die geval van individue en korporasies. Is 'n munisipaliteit insolvent, word *Chapter 9* aangewend. Waar 'n korporasie (en slegs in sekere gevalle ook 'n individu) wil reorganiseer, word *Chapter 11* gebruik. *Chapter 12* is spesifiek vir "familie vissermanne" maar veral vir "familie boere". *Chapter 13* is vir die rehabilitasië van individue en *Chapter 15* hanteer oorgrens-insolvensies. Vir 'n volledige bespreking hiervan, sien in die algemeen Blum *Bankruptcy and Debtor/Creditor*; Feeney, Williamson en Stephan *Bankruptcy Law Manual*; Ferriell en Janger *Understanding Bankruptcy*; Salerno en Kroop *Bankruptcy Litigation and Practice*; Tabb en Brubaker *Bankruptcy Law*.

⁸ Die "sekwestrasie" van munisipaliteite is ook 'n netelige kwessie in die Amerikaanse reg. Dit sal baat om, indien toepaslik, na enkele beginsels van die Amerikaanse reg te verwys, gesien in die lig van die feit dat dit na my mening 'n jurisdiksie is wat op die voerpunt staan van ontwikkeling op hierdie gebied en die reorganisasie van bankrot munisipaliteite baie suksesvol plaasvind. Moontlik kan aanbevelings vir die hantering van die spesifieke situasie in Suid-Afrika gedoen word.

paragraaf 6, sal kortliks aangedui word hoe *Chapter 9* in die praktyk funksioneer en wat die rol van die state in hierdie konteks is. Enkele probleme sal uitgelig word. In paragraaf 7 sal aangedui word welke oplossings moontlik in Suid-Afrika aangewend kan word om 'n effektiewe prosedure te verseker. Slotopmerkings volg in paragraaf 8.

2 Moontlike oorsake van 'n oorbelaste munisipaliteit en die probleme wat dit meebring⁹

Een van die primêre redes waarom munisipaliteite in finansiële verknorsings beland, is uitstaande verbruikersrekenings.¹⁰ Daarbenewens noem Stander en Roos dat roekelose en ongemagtige besteding 'n groot probleem is.¹¹ Hierby kan myns insiens gevoeg word dat beleidskeuses deur die munisipale bestuur of 'n munisipale bestuurder 'n munisipaliteit ook in baie warm finansiële waterkan laat beland. Dan is daar die kwessie van salarisse. 'n Relevante vraag is: watter persentasie van die openbare sektor, soos 'n munisipaliteit, se inkomste word deur die koste aan salarisse opgeslurp?¹² Is dit 'n groter persentasie as wat in die privaatsektor voorkom? Word hierdie salarisse betaal vir werklike arbeidintensiewe dienste, soos in die private sektor? Hierdie aspek hang ook baie nou saam met die grootte van die werkersmag. Daarmee saam is dit nodig om in ag te neem hoe of in welke mate hierdie arbeidskoste jaarliks verhoog. Nog 'n vraag wat geopper kan word, is: word munisipale werknemers – of 'n deel van 'n munisipaliteit se werknemers, gewoonlik in die topposte van die administrasie – meer betaal as privaatwerknemers, want sou dit die geval wees, is dit teenstrydig met die internasionale tendens.¹³

Die nalatenskap van 'n oor-groot werknemersmag en daarmee saam 'n oor-groot salarisstruktuur vir hierdie oor-groot werknemersmag, gaan gewoonlik gepaard met 'n

⁹ Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 41-84 gee drie redes as hoofoorsake vir insolvensie van munisipaliteite in die VSA nl (i) huidige arbeidskoste, (2) pensioenverpligtinge en (iii) obligasieskulde.

¹⁰ Sien Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 166-167.

¹¹ Sien Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 167.

¹² Hier word spesifiek verwys na die salarisse van die bestuur en die top administratiewe beamptes. Die ervaring is dat die gewone werknemers van 'n munisipaliteit nie onder hierdie kategorie van top salarisverdieners ressorteer nie.

¹³ Sien Fisk en Olney "Labor and the States' Fiscal Problems" 264.

uitgebreide en uiters voordelige (vir die werknemer) pensioenskema.¹⁴ Dit kan selfs wees dat hierdie werknemers ook vroeër aftree as private werknemers in die privaatsektor.¹⁵ Dit is inderdaad so dat instansies soveel as moontlik bydraers moet hê om voldoende toekomstige verpligtinge te dek, soos die betaling van pensioen.¹⁶ Wat natuurlik ook nie onwaarskynlik is nie, is dat sekere munisipale besture hul pensioenplanne onderbefonds. Die taak om inkomste te genereer om die beloofde pensioenbeloftes te befonds word gevolglik effektief op toekomstige munisipale besture oorgeplaas.¹⁷ Dit is dan hierdie munisipale bestuur wat met die finansiële probleme belas word.

Nog 'n paar oorsake van 'n munisipaliteit se finansiële agteruitgang, kan die volgende wees: Die aanvaarding van hoërisiko-projekte. Dit moet ook nie ontken word nie dat korrupsie en omkoperij 'n rol speel.¹⁸ 'n Argument wat 'n mens nie geredelik sal hoor nie, maar wat na my mening nie vergesog is nie, is dat provinsies graag substansiële beheer en kontrole oor 'n munisipaliteit se fiskale sake wil behou. 'n Ander argument wat met huiwering genoem word, is traak-my-nie-agtigheid aan die kant van die provinsiale regering en die persepsie wat bestaan dat as 'n munisipaliteit nie sy skuld kan betaal nie, dit nie noodwendig die provinsie negatief sal raak nie; dat die gevaar wat met insolvensie gepaard gaan, nie regtig die provinsie sal affekteer nie.

¹⁴ Sien Fisk en Olney "Labour and the States' Fiscal Problems" 264. Onmiddellik moet erken word dat die aftreevoordele van die gemiddelde munisipale werknemer (wat gewoonlik 'n beskeie aftreevoordeel na 'n lewenslange diensydperk ontvang) nie in verhouding is tot die voordele van sekere hoogsbetaalde munisipale werknemers nie.

¹⁵ Sommige publieke veiligheidsdienste vereis dat die werknemer vroeër aftree. Dit is te verstane. Dit sal interessant wees om te ondersoek of van die munisipale pensioenskemas nie moontlik ook vroeë aftrede beloon nie.

¹⁶ In die privaatsektor werk die meeste van die pensioenskemas so dat werknemers vereis word om pensioenplanne op 'n spesifieke vlak te befonds.

¹⁷ Fisk en Olney "Labor and the States' Fiscal Problems" 273 verskaf 'n maatstaf om die finansiële gesondheid van 'n pensioenfonds te beoordeel. Dit is die "befondsde ratio". Hierdie ratio vergelyk die aktuariële toegevalle voordeelverpligting met die aktuariële waarde van 'n pensioenplan se bates op 'n spesifieke tydstop. Die befondsde ratio behoort vir publieke pensioenfondse so 80% te wees.

¹⁸ Die enigste manier om hierdie te bekamp, is deur behoorlike, volgehoue en streng monitering van die munisipaliteit se besigheid. Dit is egter so dat die inwoners van 'n munisipale distrik nie die beste kandidate daarvoor is nie. Met die risiko van kritiek is dit my mening dat die hedendaagse samelewing al so met negatieweiteit gelaai is, dat die meerderheid in hierdie opsig apaties is. Nietemin steun die skuldeisers van die munisipaliteit grootliks op die inwoners se moniteringspogings om die munisipaliteit se spandabelrigtheid of swak dienste hok te slaan. Kordana voer tereg aan dat die skuldeisers self die rol van intensiewe en substantiewe moniteerders behoort te speel (Kordana 1997 *Va L Rev* 1093).

Daar is 'n ander faset wat uiters teenproduktief werk. Die oomblik wanneer 'n munisipaliteit in finansiële moeilikheid beland, is die werkswyse gewoonlik om belastinge te verhoog tot die absolute maksimum wat haalbaar is. Dit veroorsaak 'n algehele negatiewe atmosfeer en ingesteldheid by die inwoners van 'n munisipaliteit (en dus ook die werknemers). Inkomste-generering by wyse van belastingverhogings alleen is myns insiens 'n swak opsie.¹⁹ Dit is ook nie 'n waarborg dat genoeg inkomste sodoende gegenereer sal word om die munisipaliteit se verpligtinge te delg nie.

In die volgende paragraaf word kortliks verduidelik hoedat die reorganisasie van insolvente munisipaliteite in die Amerikaanse insolvensiereg hanteer word.²⁰

3 Die prosedure soos in 11 USC 1978 Chapter 9²¹

3.1 Inleiding

Chapter 9 maak voorsiening vir 'n tipe reorganisasie-styl sekwestrasieprosedure soos dié wat in *Chapter 11* van die *Bankruptcy Code* voorkom, maar spesifiek vir munisipaliteite.²² Dit is inderdaad 'n magtiging vir die aanpassing van die skuld van 'n munisipaliteit. Dit is ook insiggewend dat die prosedure vir 'n *Chapter 9* geensins voorsiening maak vir die likwidasie van die munisipaliteit se bates om aan die eise van skuldeisers te voldoen nie.²³ Dit maak ook geensins voorsiening vir die heraanpassing van 'n munisipaliteit se munisipale grense nie, ongeag hoe daardie feit kan bydra tot

¹⁹ En dan word dit boonop nog judisieel afgedwing. Kordana 1997 *Va L Rev* 1040 skroom nie om te sê nie dat 'n munisipaliteit wat so optree, slegs sy eie belang en die belange van munisipale beamptes bevorder. Sodoende belemmer dit die munisipale finansiële mark en daarbenewens sal dit nie noodwendig suksesvol wees om die beleggers terug te betaal nie. Dié standpunt verdien instemming.

²⁰ Vir 'n uitgebreide uiteensetting van die Suid-Afrikaanse posisie soos vervat in hfst 13 van die MFMA, sien Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 166-189. Van belang vir huidige doeleindes is dat a 152 van die MFMA vereis dat die applikant moet bewys dat daar persone of instansies is wat geld eis en dat die munisipaliteit nie in staat is om dit te betaal nie. By a 153 word sekere aanduidings gegee om te bepaal wanneer die munisipaliteit "nie in staat" sal wees nie, maar dit is nie noodwendig gegrond op werklike insolvensie nie.

²¹ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 403-485.

²² Tabb *Law of Bankruptcy* 6, 107 ev; Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 99; Baird *Elements of Bankruptcy* 8. Baie prominent is die Orange County, California munisipaliteit se liassering vir 'n *Chapter 9* in 1994 (sien Kordana 1997 *Va L Rev* 1036) en die Detroit, Michigan (2013) wat volgens Baird 'n nuwe era van munisipale insolvensies ingelei het as gevolg van enorme pensioen- en ander verpligtinge aan munisipale werkers verskuldig.

²³ Spitz 1992 *Bankr Dev J* 625.

die fiskale gesondheid van die betrokke munisipaliteit. Die "sekwestrasie" in hierdie geval hou in dat 'n outomatiese opskorting ("automatic stay")²⁴ van aksies en optredes teen die skuldenaar onmiddellik in werking tree. Vervolgens word 'n stelsel so gou as moontlik in plek gestel vir die vermindering van munisipale skulde, die verwerping van onuitgevoerde kontrakte²⁵ en die uitreik van nuwe skuld om die kapitaal te voorsien wat finansiële herstel kan fasiliteer.²⁶ In Suid-Afrikaanse terme is dit dus 'n akkoordprosedure, behalwe dat die betrokke munisipaliteit 'n groot deel van die proses self bestuur.²⁷

Die doel van hierdie munisipale sekwestrasies is om munisipaliteite wat finansiële probleme ervaar, toe te laat om, terwyl dit 'n reorganisasieplan onderhandel en formuleer, teen sy skuldeisers beskerm word.²⁸ Dit kan gedoen word deur óf die uitstel van vervaldatums, die vermindering van rente of selfs van die hoofskuld, herfinansiering van sy skuld deur 'n nuwe lening by 'n ander plek te kry om sy bestaande skulde geheel of gedeeltelik af te betaal, om voorsiening te maak vir 'n plan wat vir die meerderheid skuldeisers aanvaarbaar is, en selfs bindend gemaak kan word op die minderheid wat die plan afgekeur het.²⁹ Die uiteindelijke effek is dat munisipale sekwestrasies soortgelyk is aan korporatiewe reorganisasies kragtens *Chapter 11* van die *Bankruptcy Code*.

Volgens Kordana³⁰ gee *Chapter 9* die munisipaliteit sterk onderhandelingsmag. Hy verwys na 'n "first-mover advantage" waar die skuldeisers een van twee keuses het: Gaan self onder as gevolg van die munisipaliteit se bankrotskap of keur die munisipaliteit se plan goed. Hy meen dat dit die skuldeisers sal baat om die plan goed

²⁴ Kordana 1997 *Va L Rev* 1041. Daar is ook bykomstige beskerming, bv in 11 USC § 922 wat bepaal dat aksies teen munisipale beamptes, gebaseer op eise teen die munisipaliteit, opgeskort word.

²⁵ Veral natuurlik daardie wat beswarend is. Sien para 3.8 hieronder.

²⁶ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 104.

²⁷ Dit is ook die geval met die prosedure in Suid-Afrika. Sien a 146 MFMA, waaruit dit blyk dat die bestuur van die munisipaliteit in beheer bly en die munisipaliteit met slegs 'n nodige of kern personeelkorps en bates funksioneer terwyl alle finansiële verpligtinge beëindig word (kyk deel 3 van hfst 13 van die MFMA).

²⁸ Spitz 1992 *Bankr Dev J* 625-626.

²⁹ Sien para 5 hieronder. Hierdie verskil van die prosedure in Suid-Afrika waar die LUK ("MEC") van Finansies óf van Plaaslike Bestuur die plan vir finansiële herstel goedkeur en die hof die uiteindelijke verdelingsplan goedkeur. Sien aa 141(4), 143 en 155 van die MFMA.

³⁰ Kordana 1997 *Va L Rev* 1041.

te keur. Die plan hou in dat die munisipaliteit die surplus wat deur die goedkeuring van 'n reorganisasieplan geskep word, kan aanwend om sy skuld te delg deur die skuldeisers 'n uitbetaling van net effens bo die reserweprys aan te bied.³¹

Besondere reëls beheer hierdie tipe sekwestrasies, terwyl sommige van die *Bankruptcy Code* se algemene bepalings nie vir munisipaliteite geld nie.³² Een voorbeeld is die preferente eise. Die voorkeurorde ten opsigte van preferente eise word in § 507 van die *Bankruptcy Code* bepaal. Hierdie artikel is egter nie in die geval van *Chapter 9*-sekwestrasies van toepassing nie.³³ Die bepalings wat wel toepassing vind, kom in *Chapter 1*³⁴ en *Chapter 9*³⁵ van die *Bankruptcy Code* voor. Die voordele wat 'n *Chapter 9* bied, word in § 901 uitgespel en sluit die outomatiese opskorting, nutdienste-beskerming, asook die bepalings oor die tersydestellings van sekere regshandelinge, onuitgevoerde kontrakte en nie-afgelope huurkontrakte.³⁶

Die aanvanklike besluit om *Chapter 9* te benut moet vrywillig deur die munisipaliteit geneem word. Soos in Suid-Afrika kan die skuldeisers van die munisipaliteit nie die munisipaliteit in die proses indwing nie.³⁷

3.2 11 USC § 109(c)

Die aanspraak op die bystand en beskerming van *Chapter 9*, word baie eng omskryf.³⁸

11 USC § 109(c) bepaal:

- (c) An entity may be a debtor under chapter 9 of this title if and only if such entity—
1. is a municipality;
 2. is specifically authorized, in its capacity as a municipality or by name, to be a debtor under such chapter by State law, or by a governmental officer or

³¹ Die implikasie is dat skuldeisers dus die bekragtiging kan weier as die plan 'n uitbetaling voorstel onder die reserwe prys. Dit is nie in Suid-Afrika moontlik nie.

³² Sien Baird *Elements of Bankruptcy* 17. Dit is dus nie vreemd dat sekere beginsels van die insolvensiereg nie hier van toepassing is nie. Die doel heilig die middele. Sien egter die kritiek van Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 167, 177, 188 dat die "voordeel vir skuldeisers" en die belange van die skuldeisers van die insolvente boedel nie voldoende aandag in die Suid-Afrikaanse proses kry nie.

³³ Sien Tabb *Law of Bankruptcy* 664.

³⁴ § 103(a), (f) en § 1113.

³⁵ Sien bv § 901.

³⁶ Sien ook Spitz 1992 *Bankr Dev J* 627; Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 411.

³⁷ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 104; Spitz 1992 *Bankr Dev J* 626.

³⁸ Tabb *Law of Bankruptcy* 109, 123.

- organization empowered by State law to authorize such entity to be a debtor under such chapter;
3. is insolvent;
 4. desires to effect a plan to adjust such debts; and
 5. (A) has obtained the agreement of creditors holding at least a majority in amount of the claims of each class that such entity intends to impair under a plan in a case under such chapter;
 - (B) has negotiated in good faith with creditors and has failed to obtain the agreement of creditors holding at least a majority in amount of the claims of each class that such entity intends to impair under a plan in a case under such chapter;
 - (C) is unable to negotiate with creditors because such negotiation is impracticable; or
 - (D) reasonably believes that a creditor may attempt to obtain a transfer that is avoidable under section 547 of this title.

3.3 Die omskrywing van "munisipaliteit"³⁹

"Munisipaliteit" word in § 101(40) omskryf as 'n "political subdivision or public agency or instrumentality of a State".⁴⁰ Tabb wys egter daarop dat hierdie definisie nie bystand tot dorpe of stede beperk nie, maar dat entiteite soos skooldistrikte en sanitasiedistrikte ook al suksesvol ingevolge *Chapter 9* vir sekwestrasie aansoek gedoen het.⁴¹ Baird⁴² noem water- en elektrisiteitsdistrikte. Gillette noem sekere relevante faktore om as 'n munisipaliteit te kwalifiseer en dit sluit in die bestaan van 'n reg om belasting te hef of die reg van die entiteit om private eiendom vir openbare gebruik te onteien (met natuurlik betaling van vergoeding), die verlening van soewereine immunititeit deur die staat, die doel van die entiteit, vatbaarheid vir staatsbeheer en die omvang waarin dit magte uitoefen wat tipies met regerings geassosieer word.⁴³

3.4 Insolvensie

Dit is baie interessant dat *Chapter 9* die enigste hoofstuk in die *Bankruptcy Code* is wat insolvensie as vereiste stel.⁴⁴ Op sigself is hierdie feit na my mening

³⁹ Spitz 1992 *Bankr Dev J* 627.

⁴⁰ Sien ook Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 46.

⁴¹ Sien ook Ferriell en Janger *Understanding Bankruptcy* 166. Die state self kan nie 'n *Chapter 9* gebruik wanneer hulle in 'n finansiële verknorsing is nie.

⁴² Baird *Elements of Bankruptcy* 16.

⁴³ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 105.

⁴⁴ Tabb *Law of Bankruptcy* 109, 123. Tov a 152 vd MFMA word vereis dat die applikant slegs moet bewys dat daar persone of instansies is wat geld eis en dat die munisipaliteit nie in staat is om dit

betekenisvol.⁴⁵ Vir doeleindes van *Chapter 9* beteken "insolvent" dat die munisipaliteit "nie in staat is om sy skulde te betaal namate dit verskuldig raak nie".⁴⁶ Hierdie bewoording is volgens regspraak nie beperk tot skulde wat alreeds verskuldig is nie.⁴⁷ Dit omvat ook die gevalle waar die munisipaliteit "waarskynlik ook nie in die toekoms sy skulde kan betaal soos dit verskuldig word nie".⁴⁸ Gillette meen tereg dat hierdie laaste gedeelte probleme oplewer, want hoe waarskynlik moet waarskynlik wees? En watter stappe moet 'n munisipaliteit volg om die nie-betaling van sy skuld te vermy voor dit as insolvent geag word? Volgens Gillette kan 'n mens argumenteer dat 'n munisipaliteit as insolvent geag kan word eers as dit die maksimum belas wat noodsaaklik is ("tax to the top of its revenue hill").⁴⁹ Aan die ander kant kan 'n mens redeneer dat die "waarskynlik nie in staat wees nie" eintlik net kort voor daardie punt is.⁵⁰ Insolvensie is met ander woorde reeds teenwoordig waar belastingverhogings en dienste-opskortings die plaaslike dienste sal verminder tot op 'n vlak wat vir 'n arbiter

te betaal nie. Sien ook Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 168 ev. Die omskrywing is weliswaar baie vaag. By a 153 word wel sekere aanduidings gegee (sien ook Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 170) om te bepaal wanneer die munisipaliteit "nie in staat" sal wees nie, maar dit is nie noodwendig gegrond op werklike insolvensie nie. Dit kan ook wees agv swak bestuursaktiwiteite en oningeligte bedryf van die munisipale besigheid.

⁴⁵ Dit dui beslis op die ingesteldheid dat munisipaliteite nie sonder meer 'n *Chapter 9* aansoek moet bring sodra dit finansiële ongemak ervaar nie. Die ingesteldheid is oënskynlik dat die munisipaliteit eers pogings moet aanwend om ander oplossings te kry.

⁴⁶ "Unable to pay its debts as they become due" (let wel "debts" word in die meervoud gebruik) of "generally (let wel) not paying its debts as they become due" (11 USC § 101(32)(c)). Sien Kordana 1997 *Va L Rev* 1040; Spitz 1992 *Bankr Dev J* 628; Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 105; Jacoby 2014 *Fordham Urb LJ* 852; Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 46. Dit verskil van die omskrywing soos in deel 3 van hfst 13 van die MFMA.

⁴⁷ *In re City of Bridgeport* 129 BR 332, 336 (Bankr D Conn 1991).

⁴⁸ In die konteks van die munisipale omgewing en munisipale besigheid, beteken dit weliswaar "nie in staat in die huidige belastingjaar nie" of "nie in staat in die volgende belasting jaar nie". Spitz verduidelik dat dit voldoende is as die munisipaliteit redelikerwys 'n toekomstige onbevoegdheid om skulde te betaal soos dit verskuldig sal word, voorspel het, maar dat hierdie voorspelling betroubaar moet wees (Spitz 1992 *Bankr Dev J* 628). Weer is hierdie 'n aanduiding dat 'n munisipaliteit nie *Chapter 9* behoort te gebruik wanneer dit 'n ongemak van finansiële druk begin ervaar nie.

⁴⁹ Dit is daardie punt net voor belastinginkomste begin verminder omdat mense die distrik verlaat. Sien Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 105-106. Hierdie is blykbaar 'n verskynsel wat gereeld in die VSA gebeur. Mens verlaat die distrik as die munisipale belasting te hoog is en kies 'n distrik waar dit meer voordelig is.

⁵⁰ Dit is net logies dat daar 'n natuurlike plafon is op die bedrag wat deur 'n munisipaliteit bvw belasting geïen kan word om skulde te betaal, bo en behalwe of bykomstig tot wat nodig is om die basiese munisipale dienste te voorsien. Dit sal goed wees as daar ook in Suid-Afrika 'n plafon in hierdie opsig gestel word. Sien ook Baird *Elements of Bankruptcy* 16.

onaanvaarbaar is, selfs al is dit fisikaal haalbaar.⁵¹ Die punt wat egter hier duidelik deurkom, is dat dit *aan die hof gelaat word* om volgens die diskresie van die hof die munisipale begroting te beoordeel. Myns insiens is dit 'n besonder positiewe aspek.⁵²

3.5 Begerig om sy skulde aan te pas

Spitz beklemtoon dat die vereiste dat die munisipaliteit "begerig is om 'n reorganisasieplan te implementeer", dit nodig maak dat 'n *Chapter 9*-aansoek so gestruktureer moet wees om daadwerklik op 'n reorganisasieplan uit te loop waardeur die skuldeisers betaal sal word of die skulde van die munisipaliteit vrygestel sal word.⁵³ Dit is nie 'n vereiste in die Suid-Afrikaanse reg nie.

3.6 Bona fides

Wat verder van belang is, is dat die munisipaliteit die vooraansoek-onderhandelinge met die skuldeisers in goeie geloof moet aanpak⁵⁴ – die munisipaliteit moet dus werklik bedoel om sy skulde aan te pas en dan op daardie veronderstelling met die skuldeisers onderhandel. Die aansoek kan selfs geweier word indien, na beswaar deur die skuldeisers, die hof bevind dat die munisipaliteit nie die aansoek in goeie trou gebring het nie.⁵⁵ Sou die munisipaliteit dus bloot die aansoek bring om tyd te koop of sy skuldeisers te ontduik is daar nie goeie trou nie.⁵⁶ *Bona fides* word myns insiens ongelukkig nie as vereiste in die Suid-Afrikaanse reg gestel nie.

⁵¹ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 106. Ook Spitz wys daarop dat 'n munisipaliteit nie sy bevoegdheid om belastinge te verhoog tot op die maksimum wat regtens moontlik is, hoef uit te oefen voor dit as insolvent gereken kan word nie. Die blote moontlikheid dat die munisipaliteit sy finansiële posisie kan verbeter deur belastinge nog verder te verhoog, verander nie die feit dat dit op die relevante oomblik nie verskuldigde verpligtinge kan nakom nie (Spitz 1992 *Bankr Dev J* 628). Die munisipaliteit hoef bloot *bona fide* nie-betaling te bewys. Nie-betaling as gevolg van 'n *bona fide* geskil en die munisipaliteit kan sy verpligtinge nakom, dui nie insolvensie aan nie.

⁵² Ek meen dat dit beter is as die Suid-Afrikaanse posisie waar die provinsiale uitvoerende bestuur die diskresie uitoefen. Sien aa 141(4) en 143 van die MFMA.

⁵³ Spitz 1992 *Bankr Dev J* 629.

⁵⁴ Sien ook Spitz 1992 *Bankr Dev J* 629.

⁵⁵ § 921(c). Sien ook Tabb *Law of Bankruptcy* 109, 123.

⁵⁶ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 416.

3.7 Toestemming

Omdat die VSA-state soewerein is, en munisipaliteite onder staatsbeheer funksioneer, is *Chapter 9* so opgestel dat die federale reg (onder andere die insolvensiereg) nie inbreuk maak op die state se soewereiniteit nie.⁵⁷ Soos hierbo genoem,⁵⁸ kan 'n "verpligte sekwestrasie" nie ten opsigte van munisipaliteite plaasvind nie.⁵⁹ Die rede hiervoor sal nie in Suid-Afrika geldig wees nie omdat provinsies ter sprake is en nie state met die gepaardgaande federale stelsel nie. In die VSA is die bekommernis dat 'n verpligte *Chapter 9* inbreuk kan maak op die staat se soewereiniteit in stryd met die *Tenth Amendment* van die *Constitution of the United States of America*.⁶⁰ Die bestuur van 'n insolvente munisipaliteit word ook aan die munisipaliteit en die staat waarin dit geleë is, oorgelaat.⁶¹ Verder van belang in hierdie opsig is dat die staat daarom ook die munisipaliteit-skuldenaar *spesifieke* toestemming moet gee om as skuldenaar te kan kwalifiseer sodat dit aansoek kan doen vir sekwestrasie.⁶²

Die *spesifieketoestemming*-vereiste wat deur *Chapter 9* bepaal word, dui volgens Moringiello⁶³ op die bedoeling van die wetgewer dat state die eerste geleentheid het om die finansiële probleme van hul munisipaliteite op te los en die federale regering uit te nooi om hulle by te staan indien nodig.

When states accept this invitation by making Chapter 9 a component of a comprehensive state oversight program, they provide governance that best furthers Chapter 9's primary goal of restoring municipalities to financial viability by bringing together the state and the federal government to do something that neither one

⁵⁷ Tabb *Law of Bankruptcy* 109; Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 412; Spitz 1992 *Bankr Dev J* 631.

⁵⁸ Para 3.1.

⁵⁹ Sien Tabb *Law of Bankruptcy* 149; Kordana 1997 *Va L Rev* 1041; Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 414, 437; Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 46 vn 21. Sien ook Stander en Roos 2007 *SAPR/PL* 167.

⁶⁰ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 101 gee nog een moontlike rede waarom state nie toestemming sal verleen nie. Hulle verklaar dat state se onwilligheid iets aandui van hul gewilligheid om 'n soortgelyke prosedure vir hulself te aanvaar. Die staat se weiering om sy munisipaliteite toe te laat om die voordeel van 'n *Chapter 9* te neem, kan hul ingesteldheid aandui dat die federale regering nie met die staat se finansiële sake moet inmeng nie en dit sluit die staat se insolvensie in.

⁶¹ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 414. So ook in Suid-Afrika.

⁶² § 109(c)(2). Hierdie toestemming kan uitdruklik of geïmpliseerd wees. In die praktyk is die toestemming merendeels geïmpliseerd. Sien Tabb *Law of Bankruptcy* 109; Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 101. Sien ook Kordana 1997 *Va L Rev* 1040, 1043.

⁶³ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 416.

could accomplish alone. When states do not accept that invitation, Chapter 9 may provide the debtor with only a fresh financial start. In those states, the eligibility requirements allow the court to assess whether the debtor should use Chapter 9 to obtain that fresh start.⁶⁴

Al wat *Chapter 9* onafhanklik kan doen, is om skuldverligting te verskaf. Gepaard met staatsingryping, kan *Chapter 9* nie net skuldverligting gee nie maar ook munisipale rehabilitasie fasiliteer.⁶⁵

’n Nuwe rigting wat aandag verdien, word aangedui deur die *Assembly Bill No 506* deur die Staat van Kalifornië.⁶⁶ Hierdeur word vereis dat as voorvereiste vir die staat se toestemming om dit na 'n *Chapter 9*-sekwestrasië te wend, moet (1) die plaaslike owerheid deelneem aan 'n "neutral evaluation process"⁶⁷ of (2) die bestuur van die plaaslike owerheid moet 'n fiskale nood verklaar en 'n meerderheidsbesluit aanvaar wat die liassering vir 'n *Chapter 9* magtig, na 'n geadverteerde openbare verhoor. Dit is my mening dat so 'n werkswyse ook in die Suid-Afrikaanse konteks effektief kan wees.

3.8 Laaste vereiste

Daar is 'n finale vereiste in § 109(c) en dit is dat een van die volgende vier alternatiewe vereistes nagekom moet word, naamlik (1) dat die munisipaliteit die instemming van skuldeisers gekry het wat die meerderheid in waarde verteenwoordig van die eise in elke klas skuldeisers wat deur die reorganisasieplan benadeel sal word; (2) dat die betrokke munisipaliteit in goeie trou met die skuldeisers onderhandel het en nie daarin geslaag het om die instemming van skuldeisers te kry met die meerderheid in waarde van elke klas skuldeisers wat deur die plan benadeel sal word nie; (3) dat die betrokke

⁶⁴ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 416.

⁶⁵ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 458.

⁶⁶ Sien Costello and Hainline 2011 http://www.goodwinprocter.com/Publications/Newsletters/Client-Alert/2011/1024_New-Law-Will-Restrict-Cities-Access-to-Bankruptcy-under-Chapter-9.aspx?article=1.

⁶⁷ Hierdie proses is soortgelyk aan mediasie tussen die plaaslike owerheid en die belanghebbende partye. "Interested parties" word in hierdie wetsontwerp gedefinieer as "a trustee, a committee of creditors, an affected creditor, an indenture trustee, a pension fund, a bondholder, a union that, under its collective bargaining agreements, has standing to initiate contract or debt restructuring negotiations with the municipality, or a representative selected by an association of retired employees of the public entity who receive income from the public entity convening the neutral evaluation".

munisipaliteit nie in staat is daartoe om met die skudeisers te onderhandel nie omdat sulke onderhandelinge onprakties/nie haalbaar nie/nie lewensvatbaar is nie; of (4) dat die betrokke munisipaliteit redelikerwys glo dat 'n skuldeiser kan poog om 'n oordrag van bates te bewerkstellig wat vernietigbaar is kragtens § 547 van die *Bankruptcy Code*.⁶⁸ Nie een van hierdie vereistes speel 'n beduidende rol in die Suid-Afrikaanse prosedure nie. Dit is so omdat die aard van die prosedures uiteenlopend verskil. Ek meen egter dat elemente hier voorkom wat nuttig aangewend kan word, soos *bona fides* en skuldeisersdeelname.

4 Belangrikste gevolge en onuitgevoerde kontrakte⁶⁹

Die liassing van die aansoek by die hof vir die *Chapter 9*-prosedure skort enige skuldeiser-aksie teen die munisipaliteit op. Skuldeisers kan ook nie self 'n plan vir die aanpassing van die munisipaliteit se verpligtinge voorstel nie. Slegs die munisipaliteit kan so 'n voorstel maak.⁷⁰

Soos vlugtig hierbo genoem, kan die munisipale skuldenaar onuitgevoerde kontrakte verwerp.⁷¹ Een kontroversiële aspek in die Amerikaanse insolvensiereg is die vraag of hierdie bevoegdheid die verwerping van bestaande kollektiewe arbeidsooreenkomste insluit. Dit is 'n belangrike aspek in die onderhawige tema. In paragraaf 2 hierbo is genoem dat 'n munisipaliteit se uitgebreide pensioenskema en ander voordele in gevalle kan lei tot finansiële druk.

Tans in die VSA figureer *Chapter 9* as 'n strategie om kollektiewe arbeidsooreenkomste te wysig of om vrystelling ("discharge") daarvan te bekom.⁷² Sodoende kan 'n insolvensiehof se goedkeuring verkry word vir eensydige wysiging van die ooreenkoms. Gegrond op die gewysde van *NLRB v Bildisco & Bildisco*⁷³ kan 'n insolvensiehof die verwerping van 'n kollektiewe arbeidsooreenkoms wat beswarend

⁶⁸ 11 USC § 109(c). Sien ook Spitz 1992 *Bankr Dev J* 629; Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 46.

⁶⁹ Sien in die algemeen Ferriell en Janger *Understanding Bankruptcy* 371 ev; Blum *Bankruptcy and Debtor/Creditor* 423 ev.

⁷⁰ 11 US § 1113; Baird *Elements of Bankruptcy* 17.

⁷¹ Sien 11 US § 365(a), § 901. Sien ook Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 83.

⁷² Sien ook Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 82-83.

⁷³ *NLRB v Bildisco & Bildisco* 465 US 513 (1084).

is, goedkeur as "the equities balance in favor of rejection".⁷⁴ Die hof het in hierdie saak beslis dat die werkgewer (soos 'n munisipaliteit) die ooreenkoms ná die liassing van 'n sekwestrasie-aansoek ("petition for a Chapter 9 bankruptcy") eensydig mag verander, selfs voordat die hof formeel die verwerping van die ooreenkoms beveel het. So 'n optrede sal natuurlik 'n (onversekerde) eis op grond van kontrakbreuk teen die munisipaliteit skep. Dit sal vervolgens deel uitmaak van die konkurrente eise teen die munisipaliteit.⁷⁵

Sherwood⁷⁶ meen egter dat die hof in die VSA hierdie aspek nie korrek hanteer het nie. Hy verduidelik dat die *Bankruptcy Code* nie bepaal watter standaard die *Bankruptcy Court* moet toepas wanneer dit die verwerping van kollektiewe arbeidsooreenkomste goedkeur nie. Die hof het die *Bildisco*-standaard aanvaar. Dit is 'n "drie-gaffel" verwerpingstoets: (1) die arbeidsooreenkoms moet die munisipaliteit belas; (2) 'n balansering van die beginsels van billikheid en gelykheid moet in die guns van verwerping wees; (3) redelike pogings is aangewend om 'n vrywillige verandering te onderhandel, maar sal nie 'n spoedige en bevredigende oplossing meebring nie.⁷⁷ Sherwood wys daarop dat hierdie saak ('n 1984 *Supreme Court*-opinie) oor die verwerping van 'n privatektor-arbeidskontrak in *Chapter 11*-gevalle handel.⁷⁸ Hy erken dat die meeste skrywers hiermee saamstem. Dié wat nie saamstem nie, argumenteer dat die staatlike reg die standaard vir verwerping van arbeidskontrakte moet bepaal. Sherwood stem nie met een van hierdie groepe saam nie en argumenteer dat die tradisionele standaard van "gesonde besigheidsoordeel" toepassing moet vind. Die skuldenaar se besluit om die kontrak te verwerp, moet deur die hof aanvaar word "unless it is shown that the bankrupt's decision was one taken in bad faith or in gross abuse of the bankrupt's retained business discretion",⁷⁹ of "in

⁷⁴ Sien ook Fisk en Olney "Labor and the States' Fiscal Problems" 294.

⁷⁵ As die munisipaliteit kan bewys dat die skuldherstruktureringsplan billik en redelik is en aan die ander standarde van *Chapter 9* vir die bekragtiging daarvan voldoen, sal die konkurrente skuldeisers 'n *pro rata* deel van hul eise betaal word en die onbetaalde deel kan ingevolge die goedgekeurde plan vrygestel word (Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 47).

⁷⁶ Sherwood 2014 *U Pa L Rev* 123-145. Hierdie skrywer beveel aan dat die gewone "business judgment standard" toepassing moet vind by die beoordeling van die verwerping van sulke kollektiewe ooreenkomste by 'n *Chapter 9* geval.

⁷⁷ *NLRB v Bildisco & Bildisco* 465 US 513 (1084) 526.

⁷⁸ Sherwood 2014 *U Pa L Rev* 124.

⁷⁹ Sherwood 2014 *U Pa L Rev* 125.

doing so benefits the debtor's bankruptcy, unless the debtor's decision is the product of bad faith, whim, or caprice".⁸⁰

Watter een van hierdie toetse die meer gewenste is om in die geval van munisipaliteite met finansiële probleme te gebruik is na my mening 'n beleidskwestie en 'n beleidskeuse. Die besigheidsoordeel-toets blyk die makliker toets te wees om aan te voldoen, wat beteken dat kollektiewe arbeidsooreenkomste makliker herbeding kan word. Dit is noodsaaklik dat sulke ooreenkomste heroorweeg moet kan word, sodat die geleentheid geskep kan word vir beter en selfs billiker terme. Herbeding kan ook die geleentheid skep dat ongelyke voordele wat aan sekere van die munisipale werknemers toegestaan is en aan hulle meer voorkeurende behandeling besorg, reggestel word.

Die volgende paragraaf het ten doel om lig te werp op die rol van die *Bankruptcy Court* in die hele proses. Die oogmerk is om te bepaal of daar aspekte is wat die Suid-Afrikaanse proses kan benut en dusdoende die proses kan verbeter.

5 Rol van die howe en die staat

5.1 Inleiding⁸¹

'n Baie belangrike punt is dat daar met 'n *Chapter 9*-aansoek nie, soos in die geval van die ander sekwestrasie-prosedures ingevolge die *Bankruptcy Code*, 'n "insolvente boedel" gevorm word nie. Die afwesigheid van 'n boedel in die geval van 'n munisipaliteit onder "sekwestrasie", gepaard met die verbod op die inmenging van die howe met die munisipaliteit se bates of inkomste,⁸² bring mee dat daar nie werklik 'n manier is waarop die hof of 'n skuldeiser kan voorskryf of kan bepaal hoe die munisipaliteit met sy bates moet omgaan nie of hoe dit gebruik moet word nie. Geen belanghebbende party kan teen die munisipaliteit se gebruik of vervreemding van daardie bates beswaar aanteken nie. Die munisipale skuldenaar kan die bates gebruik, verhuur en selfs verkoop sonder om die hof se toestemming te bekom.⁸³ Dat so 'n

⁸⁰ Sherwood 2014 *U Pa L Rev* 137.

⁸¹ Sien veral Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 403-485.

⁸² Hierdie verbod word hierna verduidelik.

⁸³ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 414.

situasie die gevaarligte kan laat flikker, is waar. Dit is egter hier waar die staat⁸⁴ 'n rol speel. In die woorde van Moringiello:

A more accurate approach to Chapter 9's structure is to view Chapter 9 as a sometimes-necessary component of a state or local plan for municipal financial recovery. Chapter 9 does not require a municipality to exit bankruptcy in the same form as it entered the process. Instead, Chapter 9 leaves governance decisions to entities other than the creditors and the bankruptcy judge and invites the state to provide such governance. The real governance vacuum in Chapter 9 emerges *when the state fails to provide any direction for the financial rehabilitation of its cities*.⁸⁵

5.2 Die hof se taak

Die hof se primêre insette in 'n *Chapter 9*-aangeleentheid is tweërlei: eerstens speel dit 'n rigtinggewende rol by die besluit om die liassering toe te laat sodat met die sekwestrasie-aansoek voortgegaan kan word, en tweedens 'n bepalende rol by die besluit of die plan bekragtig moet word al dan nie.⁸⁶ Verder as dít gee *Chapter 9* die howe nie veel bevoegdhede nie.⁸⁷ § 904 verbied die hof uitdruklik om, sonder die munisipale skuldenaar se toestemming, met die munisipaliteit se politieke of regeringsbevoegdhede of enige van sy eiendom of inkomste, of die munisipaliteit se gebruik en genot van enige inkomste-genererende eiendom in te meng. Dit is die sogenaamde "non-intervention principle".⁸⁸

The court is merely authorized to determine insolvency, or inability to meet debts as they mature, and whether the plan proposed is in accordance with the provisions of the statute, and whether it has been accepted by the number of creditors provided, and whether the petitioner is in a position to carry out the terms of the plan, and whether it is equitable, for the best interests of the creditors, and nondiscriminatory.⁸⁹

Daar is egter sekere praktiese beperkings rakende die "non-intervention"-beginsel. Die howe behou 'n substansiële diskresie om vas te stel of die munisipaliteit die onderskeie

⁸⁴ In Suid-Afrikaanse terme: die provinsie.

⁸⁵ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 415 (klem ingevoeg). As 'n mens dan die korrelasie wil trek, beteken dit dat die provinsiale bestuur 'n baie groter rol tov kontrole, bestuur en beheer ("insolvency governance") in die insolvensie van die munisipaliteite onder hulle jurisdiksie moet speel.

⁸⁶ Tabb *Law of Bankruptcy* 110.

⁸⁷ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 413; Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 47.

⁸⁸ Spitz 1992 *Bankr Dev J* 626; Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 106; Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 414.

⁸⁹ *In re Willacy County Water Control & Improvement Districity No 1* 36 F Supp 36 39 (SD Tex 1940). (Hierdie saak kon nie opgespoor word nie en word aangehaal soos verwys na in Spitz 1992 *Bankr Dev J* 626.)

genoemde struikelblokke⁹⁰ wat nodig is om die beskerming ingevolge *Chapter 9* te verkry, oorkom het. Een goeie voorbeeld is die hof se vasstelling of die munisipaliteit waarskynlik nie in staat sal wees om sy toekomstige verpligtinge na te kom nie, as toets vir insolvensie. Volgens Gillette hou hierdie bevoegdheid van die hof tog implisiet 'n mandaat in om belastinge te verhoog of dienste te verminder.⁹¹

Die hof moet verder die plan wat die munisipaliteit voorstel om uit insolvensie te kom, goedkeur.⁹² Dit sal die hof net doen as die plan voldoen aan die beginsel van "beste voordeel vir die skuldeisers".⁹³ Gillette is van mening dat hierdie aspek 'n groot diskresie aan die hof gee om dan die plan goed te keur op die voorwaarde dat belastinge verhoog en dienste verminder word. Dus, ten spyte van formele beperkings op judisiële gesag, het die hof volgens hierdie skrywer die bevoegdheid om met insolvensie indirek te doen wat dit nie direk kan doen nie.⁹⁴ Die hof kan beweer dat die plan (sonder die verhogings) nie in die beste belang van die skuldeisers is nie omdat die maksimum inkomste nie gegeneer word nie.⁹⁵

Jacoby⁹⁶ wys daarop dat skeidsregting in die geval van insolvente munisipaliteite, en veral in die geval van groot munisipaliteite, onvermydelik is. Haar beroep is dat regters meer toesig en beheer moet uitoefen en 'n groter rol by *Chapter 9*-gevalle moet speel. Hulle moet met spoed en vaardigheid die prosedure kontroleer. Sou Suid-Afrika oor

⁹⁰ Sien para 3 hierbo. Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 48 verduidelik dit so: Die hof het wel die bevoegdheid om die *Chapter 9* aansoek te weier as die aansoek nie *bona fide* gebring is nie of as die aansoek nie aan die vereistes van die *Bankruptcy Code* voldoen nie. Verder kan die hof weier om die plan te bekragtig as dit van oordeel is dat die plan nie in goeie geloof geliasseer is nie "or is otherwise not confirmable". Die hof kan ontslag beveel as die plan nie binne die tydperk wat deur die hof vasgestel is, geliasseer of bekragtig is nie.

⁹¹ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 106.

⁹² In Suid-Afrika keur die LUK vir Plaaslike Regering en die LUK vir Finansies die finansiële herstelplan goed (sien aa 141(4) en 143 van die MFMA), terwyl die hof die distribusieplan goedkeur (sien a 155 van die MFMA).

⁹³ Hierdie aspek word nie in die Suid-Afrikaanse praktyk beklemtoon nie. Inteendeel, Stander en Roos 1997 *SAPR/PL* 167, 177, 188 voer aan dat die "voordeel vir skuldeisers" en die belange van die skuldeisers van die insolvente boedel nie voldoende aandag in die Suid-Afrikaanse proses kry nie.

⁹⁴ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 107. Die hof kan maw eenvoudig weier om die plan goed te keur omdat dit nie voorsiening maak vir belastingverhogings nie (alhoewel die hof dit nie direk kan vereis nie).

⁹⁵ Sien ook Kordana 1997 *Va L Rev* 1042-1043. Kyk egter my standpunt oor munisipale belastinge in para 5 hieronder.

⁹⁶ Jacoby 2014 *Fordham Urb LJ* 865.

afsonderlike insolvensiehowe beskik het, sou my standpunt 200% met hierdie beroep ooreengestem het.

5.3 Procedure vir die aanvaarding van die reorganisasieplan

Die *Chapter 9*-procedure vir die bekragtiging van die plan is soortgelyk aan die *Chapter 11*-procedure.⁹⁷ Kortliks hou dit in dat die skuldenaar 'n reorganisasieplan liasseer, 'n openbaarmakingsverklaring word deur die hof goedgekeur en aan die skuldeisers gestuur. Die skuldeisers stem, 'n beswaar teen die plan kan geliasseer word, en die hof hou 'n bekragtigingsverhoor. Voordat hy dit bekragtig, moet die regter seker maak dat die reorganisasieplan aan al die gestelde vereistes van § 943 voldoen.⁹⁸ Een opsig waarin dit van die *Chapter 11*-procedure verskil, is dat slegs die skuldenaar 'n plan mag liasseer.⁹⁹

Die Amerikaanse reg stel in elke en enige plan wat voorgestel word, ongeag hoe die inhoud van die planne van geval tot geval kan verskil, drie algemene vereistes. Eerstens moet die plan in *die beste belang van die skuldeisers* wees. Tweedens moet die plan *haalbaar* wees.¹⁰⁰ Derdens, as die verskillende klasse van skuldeisers van die betrokke munisipaliteit nie eenstemmig was oor aanvaarding van die plan nie, moet die munisipale skuldenaar bewys lewer dat die plan *nie onbillik diskrimineer nie* en dat die munisipaliteit se behandeling van skuldeisers in die verwerpte klasse regverdig en billik is.¹⁰¹

⁹⁷ Sien veral 11 USC § 901(a) en § 1129(a)(2); Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 48; Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 411. Om 'n plan goedgekeur te kry, moet die hof gevolglik van oordeel wees dat die plan voldoen aan baie van dieselfde standarde wat in *Chapter 11* gestel word. Anders as in Suid-Afrika figureer die reorganisasie van 'n munisipaliteit in die VSA dus nie heeltemal in isolasie, sonder ag op enige algemene beginsel van die Amerikaanse insolvensiereg nie. Wat dus opvallend is, is dat sekere algemene beginsels van die insolvensiereg hier steeds geld.

⁹⁸ Met die risiko van herhaling word weer genoem welke vereistes in die Amerikaanse reg beklemtoon word. Dit is: (i) die vereiste om 'n openbaringsverklaring te liasseer en die nakoming van die spesifieke reëls rakende die werwing van stemme vir die plan; (ii) die vereiste dat die plan in goeie geloof voorgestel word; (iii) die vereiste dat enige toepaslike regulatoriese toestemmings verkry word; en (iv) die vereiste dat die plan deur ten minste een kategorie van benadeelde groep of klas van skuldeisers wat nie deur persone van die binnekring gekontroleer word nie, aanvaar word (sien 11 USC § 901(a) en § 1129(a)(2); Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 48).

⁹⁹ § 941. Sien ook Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 48; Kordana 1997 *Va L Rev* 1041.

¹⁰⁰ § 943(b)(7).

¹⁰¹ Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 48 ev.

Die haalbaarheid van die plan word getoets aan die realiteit dat die munisipaliteit genoegsame kontantvloei het om betalings aan die skuldeisers te maak soos in die plan voorgestel word en steeds voldoende inkomste oor het om te kan funksioneer; en die munisipaliteit steeds in staat moet wees daartoe om die inwoners te dien op 'n vlak wat die hof voldoende ag. In die saak van *In re Mount Carbon Metro District*¹⁰² beslis die hof dan ook dat die "primary purpose of debt restructure for a municipality is not future profit but rather continued provision of public services".¹⁰³

Die toets vir die "beste belang" van die skuldeisers word nie beoordeel met verwysing na of in vergelyking met die geprojekteerde diwidend in 'n likwidasië nie,¹⁰⁴ maar met verwysing na die uitslag van 'n *algehele redelikheidsondersoek* wat baie faktore in aanmerking neem, insluitend die omvang waarin die munisipaliteit sy belastingbevoegdheid gebruik. In die lig van die feit dat die skuldenaar 'n munisipaliteit is, beteken dit "that a plan of adjustment meets the best interests standard when the plan is better than all alternatives".¹⁰⁵ Dit is sekerlik wanneer die skuldeisers kry wat hulle *redelikerwys onder die omstandighede kan verwag*; hoeveel 'n munisipaliteit redelikerwys kan betaal terwyl en aangesien dit in bedryf bly en voortgaan om die inwoners te dien.¹⁰⁶ Dit is die korrekte benadering, want 'n munisipaliteit kan tog nie soos 'n gewone skuldenaar gelikwideer word nie.

Bekragtiging vind plaas as al die skuldeiserklasse die plan goedkeur.¹⁰⁷ § 1129(b)(1) bepaal daarbenewens dat 'n plan wat aan al die ander toepaslike vereistes van § 1129(a) voldoen, goedgekeur mag word ten spyte van die verwerping van die plan deur 'n klas of groep skuldeisers. Dit is die sogenaamde "cramdown".¹⁰⁸ Dit is die verpligte oplegging deur die hof van 'n reorganisasieplan¹⁰⁹ ten spyte van die besware

¹⁰² *In re Mount Carbon Metro District* 242 BR 18 (Bankr D Colo 1999) 34.

¹⁰³ Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 49.

¹⁰⁴ Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 49.

¹⁰⁵ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 482.

¹⁰⁶ Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 52.

¹⁰⁷ § 1129(a)(8).

¹⁰⁸ As die "cramdown" vereistes nagekom is en ten minste een klas skuldeisers ten gunste van die plan stem, is dit voldoende (§ 1129(a)(10); § 1129(b)(1) en (2)). Sien ook Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 412. (Soms word dit as een woord en soms as twee woorde geskryf.)

¹⁰⁹ Dit maak voorsiening vir die vermindering van die hoofsom wat verskuldig is, verandering van rentekoerse of ander terme, maw die herstrukturering van die skuldenaar se finansiële verpligtinge.

van sommige klasse skuldeisers.¹¹⁰ Vir 'n plan om kragtens § 1129(b) goedgekeur te kan word,¹¹¹ moet dit aan twee kriteria voldoen. Die plan moet (1) billik en redelik wees, en (2) nie onredelik teen 'n klas skuldeisers diskrimineer nie.¹¹²

Gegronde egter op die verskillende regte wat skuldeisers teen munisipaliteite het buite die insolvensiereg om, is daar 'n belangrike variasie. Die vereiste dat die plan redelik en billik moet wees, vereis vir *Chapter 11* die nakoming van die "absolute priority rule". Ten opsigte van munisipale insolvensies (*Chapter 9* dus) vereis "redelik en billik" dat die betalings wat in die plan voorgestel word, betalings moet wees wat die munisipaliteit redelikerwys in die omstandighede in staat sal wees om te betaal.¹¹³

Dit is die regter se taak om te verseker dat die plan in goeie trou die beste belang van die skuldeisers sal dien.

In paragraaf 5.4 sal beoordeel word of die *Chapter 9*-proses in die praktyk slaag.

5.4 Chapter 9 in die praktyk en die rol van die staat

Moringiello¹¹⁴ interpreteer *Chapter 9* so: dit gee nie aan munisipaliteite die bevoegdheid om aansoek te doen vir sekwestrasie nie. *Dit gee aan die staat die keuse om aan hul munisipaliteite die bevoegdheid te gee om aansoek te doen vir insolvensiebeskerming. So gee Chapter 9 eintlik aan die staat die rol van poortwagter¹¹⁵ en 'n meganisme om aan die insolvensieproses deel te neem. Al wat Chapter 9 onafhanklik kan doen, is om skuldverligting te verskaf. Gepaard met staatsingryping kan Chapter 9 nie alleen skuldverligting gee nie maar ook munisipale rehabilitasie fasiliteer.¹¹⁶ Die staat het derhalwe 'n groot toesighoudende rol om te vervul.¹¹⁷*

¹¹⁰ Sien ook Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 52 ev.

¹¹¹ Of goedkeuring van 'n "cramdown".

¹¹² Kordana 1997 *Va L Rev* 1041. Die uitgangspunt is dat wanneer skuldeisers met soortgelyke eise - skuldeisers van 'n spesifieke of bepaalde klas - dieselfde in die plan behandel word, die plan nie onbillik diskrimineer nie. Sien bv Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 53.

¹¹³ Baird *Elements of Bankruptcy* 16-17. Dit moet dus aan die skuldeisers 'n beter herstel bied as wat hulle buite-om hierdie prosedure sou kry (sien Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ* 81).

¹¹⁴ Sien Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 458.

¹¹⁵ "Gatekeeper".

¹¹⁶ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 458.

¹¹⁷ Dit is wat mi ook met die prosedure in deel 3 van hfst 13 van die MFMA beoog word.

Dit is egter so dat *Chapter 9* bitter selde benut word.¹¹⁸ Terwyl daar in die Amerikaanse reg letterlik honderde boeke oor die ander vorme van sekwestrasies¹¹⁹ is, word *Chapter 9* in omtrent geeneen van daardie boeke intensief bespreek nie, sekerlik juis omdat dit so min voorkom. Een rede wat hiervoor aangevoer word, is dat munisipaliteite van mening is dat die tyd en koste wat die *Chapter 9*-prosedure vereis "is a game not worth the candle".¹²⁰ Volgens Gillette is dit inderdaad 'n geldige punt. Die munisipaliteit se rekening vir prokureursvergoeding as gevolg van onderhandelinge en hofverskynings kan besonder hoog wees vanweë die skuldeisers en skuldeisersgroepe wat betrokke kan wees. Wat die koste verder opjaag, is die ontwerp van die skuldherstruktureringsplanne wat substansiële uitgawes kan laat ooploop of meer probleme kan meebring as wat dit oplos.

Die *Chapter 9*-doelwit maak dus nie voorsiening vir insolvensiebeheer en -bestuur ("governance") ten opsigte van 'n skuldenaar wat baie dringend toepaslike herstruktureringsbestuur nodig het nie. Dit is inderdaad so dat die insolvensiehowe in die VSA se bevoegdheid oor die munisipale skuldenaar en die bates daarvan beperk is, maar daar is nie beperkings geplaas op die state se magte oor hul munisipaliteite nie. Dit is waarom Moringiello¹²¹ meen dat die staat soveel kontrole wenslik oor sy munisipaliteite moet uitoefen. Dit kan gedoen word deur voorwaardes te stel vir die toestemming wat dit verleen om 'n *Chapter 9*-aansoek in te dien.¹²²

In die Amerikaanse reg verklaar die skrywer Moringiello dat die uiteindelige vraag is: Hoe effektief is die *Chapter 9*-prosedure? Volgens haar is daar net drie vrae wat hiervoor oorweeg moet word.¹²³ Die eerste vraag gaan oor elke staat se aanneem van die *Chapter 9*-uitnodiging om insolvensiebestuur en -beheer ("insolvency governance") oor die insolvente munisipaliteit uit te oefen. Die tweede vraag gaan oor wat die staat aanvaar wanneer dit 'n munisipaliteit toelaat om aansoek te doen vir 'n

¹¹⁸ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 405-406; Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 99; Martin *Glannon Guide to Bankruptcy* 29; Martin en Tama *Inside Bankruptcy Law* 29; Fisk en Olney "Labor and the States' Fiscal Problems" 294.

¹¹⁹ Soos wat die kontekstuele inhoud van elkeen van daardie prosedures bepaal en beteken.

¹²⁰ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 102.

¹²¹ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 424.

¹²² Sien ook Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 439.

¹²³ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 479-480.

Chapter 9, en laastens in watter omvang die howe insolvensiebestuur en -beheer kan toepas as die staat die munisipaliteit toelaat om op hierdie wyse aansoek te doen, maar dit glad nie deel het aan die munisipaliteit se rehabilitasie nie.¹²⁴ Wanneer die staat geen rol in die sekwestrasieprosedure vervul nie, kan die hof 'n groter rol verkry om onderhandelinge te bevorder, soos deur die aanstel van 'n mediator.¹²⁵ Moringiello¹²⁶ se konklusie is dat gefokus moet word op die rol van elke staat in die ontwikkeling van 'n doeltreffende meganisme om nie alleen die finansiële nood van sy munisipaliteite op te los nie, maar ook sinvolle strukture te ontwikkel vir munisipaliteite om vorentoe te gaan. Hierdie meganisme moet volgens haar weliswaar "robuuste" staatstoestig insluit.

In die volgende paragraaf word ander "negatiewe" aspekte wat waarskynlik aanleiding gee tot 'n huiwering om die gegewe prosedures in die geval van munisipaliteite met finansiële probleme te gebruik, vervolgens kortliks genoem.

6 Enkele probleme

'n Munisipaliteit is nie 'n entiteit vir winsbejag wat stuk vir stuk verkoop en verdeel kan word as dit nie meer suksesvol is nie. Dit bestaan om wesenlike regeringsdienste te verskaf. Dit het nie, soos maatskappye, aandeelhouers wat die risiko van mislukking dra nie. Die munisipaliteit hou die munisipale eiendom in trust vir die inwoners. Daarom kan skuldeisers nie beslag lê op daardie bates van 'n munisipaliteit nie.¹²⁷ Skuldeisers kan byvoorbeeld nie eksekusie loods en die stadsaal of die brandweerwaens verkoop nie. Die munisipaliteit kan moontlik onderworpe wees aan 'n *mandamus* om belastings te verhoog of dienste te verminder om die skuldeisers te betaal. Volgens Gillette is die *mandamus*-aksie en inbeslagneming van belastings baie min troos vir skuldeisers want howe oefen gewoonlik hul diskresie uit om billike remedies aan skuldeisers te weier, om sodoende munisipale dienste te beskerm.¹²⁸ In

¹²⁴ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 482.

¹²⁵ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 484.

¹²⁶ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 485.

¹²⁷ Sien Baird *Elements of Bankruptcy* 16 waar die skrywer wys op die feit dat die regte van skuldeisers in die *Chapter 9* insolvensies opmerklik afwyk van hul regte teen gewone skuldenare. Die skuldeisers het net verhaal op die ingevorderde belastings. Sien verder Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 438.

¹²⁸ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 103.

die dikwels aangehaalde saak van *Faitoute Iron and Steel Co v City of Ashbury Park*¹²⁹ verklaar die hof:

The principal asset of a municipality is its taxing power and that, unlike an asset of a private corporation, cannot be available for distribution. An unsecured municipal security is therefore merely a draft on the good faith of a municipality in exercising its taxing power.

Heeltemal tereg is Baird van mening dat die blote verhoging van belasting nie noodwendig die oplossing vir die probleem is nie, want dit kan 'n negatiewe effek op inwoners hê.¹³⁰ Ook Gillette wys daarop dat dit in elk geval onseker is of die verhoging van belasting 'n netto-verhoging van inkomte tot gevolg sal hê. Weer word verwys na hierdie interessante verskynsel in die VSA: "mobiele" belastingbetalende besighede kan die munisipale distrik verlaat eerder as om die verhoogde belasting te betaal, as dit ten doel het om skuldeisers te betaal, in plaas daarvan om dienste aan inwoners te verskaf.¹³¹ Die ingesteldheid in die VSA is derhalwe om met *Chapter 9* en in die geval van munisipale insolvensies te fokus op die *aanpassing* van bestaande verpligtinge eerder as die afdwinging daarvan.¹³²

Omdat munisipaliteite politieke werktuie is, bestuur verkose beamptes die funksies daarvan. Skuldeisers het nie die bevoegdheid, buite of binne insolvensie, om die munisipale bestuur te vervang nie. Om die howe toe te laat om die bestuur van die munisipaliteit te vervang met dié van 'n administrateur of kurator ("trustee") sal die skuldeisers van die munisipaliteit veel meer regte gee in sekwestrasie as wat hulle buite sekwestrasie sou gehad het.¹³³ Om 'n munisipaliteit onder administrasie te plaas bly 'n kontroversiële punt in die Amerikaanse reg en volgens Moringiello¹³⁴ moet dit as 'n kontroversiële onderwerp beskou word, juis omdat dit die verkose leiers van die inwoners van die dorp vervreem. In elk geval bestaan die moontlikheid dat die munisipaliteit die administrateur se reorganisasieplan kan verwerp.

¹²⁹ *Faitoute Iron and Steel Co v City of Ashbury Park* 316 US 502 (1942) 509.

¹³⁰ Sien ook Baird *Elements of Bankruptcy* 16.

¹³¹ Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 103.

¹³² Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency" 104.

¹³³ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 438.

¹³⁴ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 477.

Moringiello voer aan dat die beste oplossing dít is om die burgermeester en die ander lede van die munisipale bestuur met volle bevoegdheids in alle gevalle in hulle rolle te behou. Dit respekteer die demokratiese proses om diegene wat deur die munisipaliteit se inwoners verkies is, toe te laat om die munisipaliteit te bestuur. Dit veronderstel egter 'n funksionerende stadsraad wat gelei word deur leiers wat toegestem het tot samewerking met staatsingryping.¹³⁵

Met verwysing na wat hierbo ontleed is, sal 'n poging vervolgens aangewend word om 'n aantal aanbevelings te maak wat die hantering van insolvente munisipaliteite moontlik sal verbeter.

7 Werklike oplossings

Dit is my mening dat 'n reorganisasieplan die ideale oplossing is. Die waarde wat 'n reorganisasieplan toevoeg is daarin geleë dat skuldeisers aan wie 'n munisipaliteit bedrae skuld terwyl laasgenoemde ernstige finansiële probleme ondervind, nie betrokke hoef te raak by 'n duur poging om ten volle betaal te word nie. 'n Reorganisasieplan waarvolgens skulde verminder of vrygestel word ("discharge") sonder buitensporige belastingverhogings behoort goed te vergelyk met die hantering van enige ander insolvente skuldenaar, besigheid of vennootskap onder sekwestrasie of korporasie/maatskappy onder likwidasie.¹³⁶ Insolvente persone, besighede, vennootskappe, korporasies en maatskappye verkry deur die sekwestrasie- of likwidasieproses 'n vrystelling – miskien kan dit ook 'n "beperkte aanspreeklikheid deur/op grond van sekwestrasie" genoem word – omdat diwidendbetalings oplaas geskied, sonder dat die tekort elders verkry word. Dit is nie nodig dat munisipaliteite anders behandel word nie. Daarom is ek nie ten gunste van 'n plan wat grootliks geskoei is op belastingverhogings nie, waar die grootste deel van die inkomste om uitvoering aan die betalingsplan te gee, vanaf die belasting van die munisipaliteit se inwoners kom. Ek is van mening dat die risiko van verlies in die geval van 'n insolvente munisipaliteit verplaas moet word van die inwoners (belastingbetalers) af na die skuldeisers. Hulle is immers beter risiko-draers. Verliese behoort op daardie partye

¹³⁵ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 477.

¹³⁶ Kordana 1997 *Va L Rev* 1039.

gelê te word wat 'n kontraktuele verhouding met die munisipaliteit het. Hierdie persone kan in hul ooreenkoms met die munisipaliteit hul eie posisie verstewig. Enige persoon wat met 'n munisipaliteit besigheid bedryf, weet dat risiko's daaraan verbonde is, soos die geval ook is met skuldeisers van 'n besigheid, vennootskap, korporasie of maatskappy.¹³⁷ Skuldeisers kan hulle hierteen verseker. Aan die ander kant is versekering teen belastingverhogings seer sekerlik nie op enige inwoner se agenda nie.

Ek is oortuig daarvan dat slegs 'n reorganisasieplan wat belastings in 'n klein mate verhoog, *indien enigsins werklik nodig*, of glad nie verhoog nie en 'n deel van die verliese teen die munisipaliteit se skuldeisers afspeel, goedgekeur behoort te word.¹³⁸ Dit kan weliswaar nie daar stop nie. My standpunt is dat die munisipaliteit se reorganisasieplan 'n redelike verskeidenheid oplossings moet bevat vir die totale herstrukturering van die munisipale verpligtinge en finansies – dit moet voldoen aan 'n standaard van eweredigheid.

Minder drastiese metodes om begroting te laat klop is byvoorbeeld die daadwerklike verhoging van produktiwiteit en die uitkontraktering van sommige werk, indien dit goedkoper deur buitelanders gedoen kan word. Aan die ander kant kan werknemers wat jare lank reeds by 'n munisipaliteit werk, se ervaring en waarnemings goed aangewend word om uitgawes te besnoei, byvoorbeeld om daardie gevalle te identifiseer waar uitkontraktering weer verminder kan word omdat munisipale werknemers die dienste kan lewer teen laer koste as van buite.¹³⁹ Die moontlikheid bestaan ook om munisipale programme wat reeds bewys het dat dit uitgawes verminder of inkomste verhoog, aan te wend. Fisk en Olney noem 'n hele aantal ander moontlikhede soos die aflegging van of verpligte verlof vir sommige werknemers, vermindering van salarisse, vermindering van gesondheidsorg, vermindering van pensioenvoordele, verhoging van werknemers se bydraes tot voordele-skemas en

¹³⁷ Kordana se standpunt is dat hulle inderwaarheid instem om te deel in die risiko van toekomstige finansiële terugslae. Sien Kordana 1997 *Va L Rev* 1106-1107.

¹³⁸ Belastingverhogings kan bygevolg wel aangewend word, maar hierdie werkswyse moet beperk word.

¹³⁹ Soms is daar in die munisipaliteit hoogsopgeleide werkers wat baie goedkoper ingespan kan word om bepaalde werk te doen eerder as om die werk uit te kontrakkeer na eweknieë in die private sektor wat duurder betaal moet word.

veral belangrik, die belegging van pensioenfondse.¹⁴⁰ Al hierdie kan volgens laasgenoemde outeurs gedoen word deur die *herbedinging van kollektiewe arbeidsooreenkomste*.¹⁴¹ Waarom kan dit nie ook in Suid-Afrika gedoen word nie? Anders as wat die algemeen aanvaarde standpunt in Suid-Afrika is, behoort vakbonde en unies 'n "reddende" rol te speel. Die rede is ooglopend – eerder 'n werk met minder voordele as geen werk nie. Daar is gesag in die VSA vir die standpunt dat as werknemers aan vakbonde en unies aan die onderhandelinge deelneem, die soeke na oplossings vir begrotingsprobleme van munisipaliteite beter gefasiliteer word.¹⁴² Administratiefregtelik en psigologies is dit makliker en beter om salarisse te besnoei en werknemers te laat betaal vir voordele as hul vakbonde en unies deelneem. Samewerking met vakbonde en unies om werknemer-vindingrykheid aan te wend, sal meer geslaagd wees. Dan implementeer die unies en vakbonde die kostebesparende maatreëls en motiveer hulle die werknemers om hul werk meer effektief te bestuur. Daar was ook gevalle in die VSA waar die unies die koste aangegaan het om self kundiges te huur om met die hele proses van besparing en verhoogde effektiwiteit behulpsaam te wees.¹⁴³

'n Belangrike aspek wat nie uit die oog verloor moet word nie, is dat behoorlike, volgehoue en *streng monitering* van die implementering van die reorganisasieplan noodsaaklik is.¹⁴⁴ Die aanstel van 'n administrateur(s), bestuurskomitee of mediator kan na my mening wel 'n oplossing wees.¹⁴⁵ My standpunt is waarskynlik subjektief,

¹⁴⁰ Ek sal die kwalifikasie stel van *kundige* vermindering van gesondheidsorg, *kundige* vermindering van pensioenvoordele, *kundige* verhoging van werknemers se bydraes tot voordele-skemas en *kundige* belegging van pensioenfondse.

¹⁴¹ Fisk en Olney "Labor and the States' Fiscal Problems" 293.

¹⁴² Sien Fisk en Olney "Labor and the States' Fiscal Problems" 297.

¹⁴³ Sien Fisk en Olney "Labor and the States' Fiscal Problems" 298.

¹⁴⁴ Natuurlik is die ideaal dat intensiewe en substantiewe monitering reeds voor die tyd en deurgaans plaasvind en wel deur die skuldeisers van die munisipaliteit. In die VSA word hierdie fase erken en verder gevoer. Volgens Kordana 1997 *Va L Rev* 1045 sal munisipale beleggers (dus ook skuldeisers) beter en goedkoper moniteerders wees. Daarom maak dit volgens hom sin dat inwoners beleggers betaal om te moniteer (hiermee bedoel hy dat inwoners toelaat dat skuldeisers 'n effense hoër rentekoers kan beding) en hulle dan 'n oog hou oor die hoeveelheid spandering en die bedryf van die munisipale besigheid, tot voordeel van beide die beleggers (skuldeisers) en die meeste inwoners. Sy argument is dat as beleggers (en dus skuldeisers) weet dat die *Chapter 9* prosedure nie ingestel is om belastings van inwoners te verhoog nie, sal hulle nie geld aan die munisipaliteite leen nie tensy 'n verhoogde rentekoers gegee word (Kordana 1997 *Va L Rev* 1038).

¹⁴⁵ Die grootste beswaar hierteen in die Amerikaanse reg is dat die lot van 'n munisipaliteit wat deur verkose beampptes bestuur en beheer word, nie deur 'n buitestander(s) of deur die skuldeisers daarvan bepaal behoort te word nie.

omdat ek van mening is dat die persone wat aan bestuur en in beheer van die munisipaliteit was, juis diegene is wat vir die swak kontrole, beheer en bestuur verantwoordelik gehou kan word. Daarom die finansiële verknorsing. Hier bestaan spesiale omstandighede en dit regverdig spesiale maatreëls.

Die uiteinde of resultaat van die reorganisasieprosedure is en moet wees dat 'n insolvente munisipaliteit finansiële sowel as operasioneel geherstrukturer moet word om daarna weer suksesvol te kan funksioneer. Die finansiële herstrukturering word by wyse van die reorganisasie- of herstruktureringsplan bewerkstellig, maar wat van die operasionele herstrukturering? Dit is my mening dat die hoër 'n toesighoudende rol behoort te hê.¹⁴⁶ Hierdie rol moet gekwalifiseer word. Ek stem saam dat 'n provinsie in die eerste instansie verantwoordelikheid moet aanvaar en daardie rol moet vervul. Dit is egter so dat nie alle provinsies in elke geval hierdie rol met ywer, geesdrif en toegewydheid gaan vervul nie. In sulke gevalle moet die hoër genader word.

Hierbo is genoem dat die skrywer Moringiello¹⁴⁷ drie vrae stel om die sukses van die reorganisasieprosedure te toets.¹⁴⁸ Effens aangepas, kan dit ook bepalend vir die effektiwiteit van die prosedure in Suid-Afrika¹⁴⁹ wees. Die eerste vraag handel oor elke provinsie se aanneem van die uitnodiging om insolvensiebestuur en -beheer ("insolvency governance") oor die insolvente munisipaliteit uit te oefen. Die tweede vraag handel oor wat die provinsie aanvaar wanneer dit 'n munisipaliteit toelaat om 'n reorganisasieplan aan te bied, en laastens in watter mate die hoër insolvensiebestuur en -beheer kan toepas as die provinsie die munisipaliteit toelaat om 'n plan aan te bied, maar dit nie doeltreffend aan die munisipaliteit se rehabilitasie deel het nie. Die provinsie moet dus in die eerste instansie 'n doeltreffende meganisme in werking stel om die finansiële nood van sy munisipaliteite op te los sowel as sinvolle strukture ontwikkel vir munisipaliteite om vorentoe te gaan. Hierdie meganisme moet "robuuste" provinsiale toesig insluit. Wanneer die provinsie dan geen rol in die reorganisasieprosedure vervul nie, moet die hof 'n sterker rol speel om

¹⁴⁶ Selfs in die VSA het die hoër byna geen toesighoudingsfunksie of -reg nie. Sien para 5.4 hierbo.

¹⁴⁷ Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev* 479-480.

¹⁴⁸ Sien para 5.4.

¹⁴⁹ Sien die bepalings van die MFMA aa 152-153.

onderhandelinge te bevorder, soos deur die aanstelling van 'n administrateur(s), bestuurskomitee of mediator.

8 Slotopmerkings

In die Amerikaanse reg het die *Chapter 9* "sekwestrasieprosedure", wat 'n reorganisasieprosedure is, ten doel om voorsiening te maak vir 'n plan wat vir die meerderheid skuldeisers aanvaarbaar is, en selfs bindend gemaak kan word op 'n afkeurende minderheid.¹⁵⁰ Hierdie verskil van die prosedure in Suid-Afrika waar die LUK (Plaaslike Bestuur in die geval van 'n diskresionêre ingryping, of LUK Finansies in die geval van verpligte ingryping) die plan vir finansiële herstel goedkeur en die hof die uiteindelijke verdelingsplan goedkeur. Nietemin bepaal artikel 141(3)(b) van die MFMA dat die LUK enige voorstelle van skuldeisers in aanmerking moet neem. In welke mate hierdie voorstelle daadwerklik in die praktyk oorweeg word, is onseker.

In die Amerikaanse reg word skuldeisers aangeraai om 'n plan goed te keur wat aan hulle 'n uitbetaling bied net bo die reserweprys. Dit is daarom 'n goeie aanduiding vir skuldeisers in Suid-Afrika waarna hulle kan kyk wanneer so 'n plan deur 'n munisipaliteit aangebied word. Dit is egter so dat skuldeisers hier te lande nie dieselfde reg het, naamlik om bekragtinging van 'n reorganisasieplan te weier nie.

Dit is baie interessant dat *Chapter 9* die enigste hoofstuk in die *Bankruptcy Code* is wat insolvensie as vereiste stel. Artikel 152 van die MFMA vereis dat die applikant slegs moet bewys dat daar persone of instansies is wat geld eis en dat die munisipaliteit nie in staat is daartoe om dit te betaal nie. By artikel 153 word wel sekere aanduidings gegee om te bepaal wanneer die munisipaliteit "nie in staat" sal wees nie, maar dit is nie noodwendig gegrond op werklike insolvensie nie. In die Amerikaanse reg word insolvensie getoets met verwysing na die maatstaf van "unable to pay its *debts* as they become due". Dit gaan nie net om die "nie in staat wees" van 'n enkele skuld nie, maar meerdere skulde. Die ander maatstaf is "*generally* not paying its *debts* as they become due". Weer gaan dit om meer as een skuld. Hierdie feit is betekenisvol. Dit dui beslis op die ingesteldheid dat munisipaliteite nie sonder meer 'n

¹⁵⁰ Sien para 5 hierbo. Sien vn 20, 29, 52 en 92 hierbo.

Chapter 9-aansoek moet bring sodra dit finansiële ongemak ervaar nie. Soos hierbo genoem, is die ingesteldheid waarskynlik dat die munisipaliteit eers daadwerklike pogings moet aanwend om ander bruikbare oplossings te vind.

Wat hierdie sienswyse steun, is die volgende: in die konteks van die munisipale omgewing en munisipale besigheid, beteken die genoemde maatstaf van *unable to pay* "nie in staat wees in die huidige belastingjaar nie" of "nie in staat wees in die volgende belasting jaar nie". Die munisipaliteit hoef slegs redelikerwys 'n toekomstige onbevoegdheid om skulde te betaal soos dit verskuldig sal word, te voorspel. Hierdie voorspelling moet egter betroubaar wees. Dít is die aanduiding dat 'n munisipaliteit nie *Chapter 9* behoort te gebruik bloot wanneer dit 'n ongemak van finansiële druk begin ervaar nie.

Daar word in die VSA in sommige kringe aanvaar dat 'n munisipaliteit as insolvent geag kan word eers as dit die maksimum belas wat noodsaaklik is ("tax to the top of its revenue hill"). Aan die ander kant is daar diegene wat meen dat die "waarskynlik nie in staat wees nie" eintlik is net kort voor daardie punt bereik word. Die belangrike punt hier is dat daar 'n plafon behoort te wees tot op welke hoogte die inwoners van 'n munisipaliteit belas behoort te word om munisipale spandabelrigheid, roekeloosheid, onverskilligheid en traak-my-nie-agtigheid in te perk.

'n Positiewe aspek vir my is die feit dat dit aan die hof oorgelaat word om volgens die diskresie van die hof die munisipale begroting te beoordeel. Ek meen dat dit 'n beter werkswyse is as dié van Suid-Afrika waar die provinsiale uitvoerende bestuur die diskresie uitoefen. Dit is egter so dat Suid-Afrika nie geseën is met afsonderlike insolvensiehowe wat hierdie tipe kontroles nougeset en kragdadig kan uitoefen nie.

Nog 'n sinvolle verbetering kan wees as die vereiste gestel word dat 'n munisipaliteit "begerig moet wees om 'n reorganisasieplan te implementeer". Die aanbod van 'n reorganisasieplan deur die munisipaliteit moet dus so gestruktureer wees dat dit waarlik op 'n reorganisasieplan uitloop waardeur die skuldeisers betaal sal word of die munisipaliteit van sy skulde vrygestel sal word. Dit is tans nie 'n vereiste in die Suid-Afrikaanse reg nie. So is *bona fides* ook nie 'n vereiste in die Suid-Afrikaanse reg nie, maar dit word ernstig aanbeveel.

As die betrokke munisipaliteit *bona fide* is, sal dit nie beswaar hê om as voorvereiste vir die voorstel van die finansiële herstelplan deel te neem aan 'n neutrale evalueringsproses soortgelyk aan mediasie tussen die plaaslike owerheid en die belanghebbende partye nie. 'n Ander alternatief kan wees om 'n fiskale nood te verklaar en 'n meerderheidsbesluit te aanvaar wat die voorstel van 'n finansiële herstelplan goedkeur ná 'n geadverteerde openbare verhoor. Hierdie stappe sal na my mening die prosedure effektief verbeter.

Ten opsigte van kollektiewe arbeidsooreenkomste moet die standpunt ingeneem word dat hierdie ooreenkomste nie "heilig" is nie en behoort dit in die gegewe omstandighede aan herbedinging onderwerp te kan word. Twee toetse raak dan relevant om die belange van al die betrokke partye te beoordeel, naamlik die driegaffel-toets vir verwerping of die besigheidsoordeel-toets. Watter een van hierdie toetse die meer gewenste toets is om in die omstandighede van munisipaliteite te gebruik is inderdaad 'n beleidsaangeleentheid.

Ek is verder van mening dat skuldeisersdeelname nie heeltemal geïgnoreer kan word nie. Solank hierdie aspek nie in Suid-Afrika voldoende tot sy reg kom nie, moet die provinsie aggressief en ywerig sy toesighoudende rol nastreef. Hierdie rol is om toe te sien dat die reorganisasieplan regverdig en billik is, nie onbillik diskrimineer nie en aan die skuldeisers 'n beter herstel bied as wat hulle buite-om hierdie prosedure sou ontvang het.

BIBLIOGRAFIE**Literatuur**

Baird *Elements of Bankruptcy*

Baird DG *Elements of Bankruptcy* 6^{de} uitg (Foundation Press St Paul 2014)

Blum *Bankruptcy and Debtor/Creditor*

Blum BA *Bankruptcy and Debtor/Creditor* 6^{de} uitg (Wolters Kluwer New York 2014)

Clement en Black 2014 *Am Bankr LJ*

Clement ZA en Black RA "How City Finance can be Restructured: Learning from Both Bankruptcy and Contract Impairment Cases" 2014 *Am Bankr LJ* 41-84

Feeney, Williamson en Stephan *Bankruptcy Law Manual*

Feeney JF, Williamson MG en Stephan MJ *Bankruptcy Law Manual - Vol 2* 5^{de} uitg (Thomson Reuters New York 2014)

Ferriell en Janger *Understanding Bankruptcy*

Ferriell JT en Janger EJ *Understanding Bankruptcy* 3^{de} uitg (LexisNexis San Francisco 2013)

Fisk en Olney "Labor and the States' Fiscal Problems"

Fisk CL en Olney B "Labor and the States' Fiscal Problems" in Conti-Brown P en Skeel DA Jnr *When States Go Broke: The Origins, Context, and Solutions for the American States in Fiscal Crisis* (Cambridge University Press New York 2012) 253-304

Gillette "What States Can Learn From Municipal Insolvency"

Gillette CP "What States Can Learn From Municipal Insolvency" in Conti-Brown P en Skeel DA Jnr *When States Go Broke: The Origins, Context, and Solutions for the American States in Fiscal Crisis* (Cambridge University Press New York 2012) 99-122

Jacoby 2014 *Fordham Urb LJ*

Jacoby MB "The Detroit Bankruptcy, Pre-eligibility" 2014 *Fordham Urb LJ* 849-865

Kordana 1997 *Va L Rev*

Kordana KA "Tax Increases in Municipal Bankruptcies" 1997 *Va L Rev* 1035-1107

Martin *Glannon Guide to Bankruptcy*

Martin N *Glannon Guide to Bankruptcy: Learning Bankruptcy through Multiple-choice Questions and Analysis* 3^{de} uitg (Wolters Kluwer New York 2011)

Martin en Tama *Inside Bankruptcy Law*

Martin N en Tama O *Inside Bankruptcy Law: What Matters and Why* 2^{de} uitg (Aspen New York 2011)

Moringiello 2014 *Wash & Lee L Rev*

Moringiello JM "Goals and Governance in Municipal Bankruptcy" 2014 *Wash & Lee L Rev* 403-485

Salerno en Kroop *Bankruptcy Litigation and Practice*

Salerno TJ en Kroop JA *Bankruptcy Litigation and Practice: A Practitioner's Guide* 4^{de} uitg (Wolters Kluwer New York (Byhouersdiens 2014))

Sherwood 2014 *U Pa L Rev*

Sherwood E "Distinguishing *Bildisco* in Municipal Bankruptcy: Why the Business Judgment Standard should Apply to CBA Rejection in Chapter 9" 2014 *U Pa L Rev* 123-145

Spitz 1992 *Bankr Dev J*

Spitz JJ "Federalism, States, and the Power to Regulate Municipal Bankruptcies: Who May be a Debtor under Section 109(c)?" 1992 *Bankr Dev J* 621-642

Stander en Roos 2007 *SAPR/PL*

Stander AL en Roos R "Insolvent Municipalities? An Analysis of the Debt Relief Mechanisms at the Disposal of Municipalities and the Disappearance of the 'Advantage of Creditors'?" 2007 *SAPR/PL* 166-189

Tabb *Law of Bankruptcy*

Tabb CJ *The Law of Bankruptcy* 3^{de} uitg (West St Paul MN 2014)

Tabb en Brubaker *Bankruptcy Law*

Tabb CJ en Brubaker R *Bankruptcy Law: Principles, Policies, and Practice* 3^{de} uitg (LexisNexis San Francisco 2010)

Regspraak

Faitoute Iron and Steel Co v City of Ashbury Park 316 US 502 (1942)

In re City of Bridgeport 129 BR 332, 336 (Bankr D Conn 1991)

In re Mount Carbon Metro District 242 BR 18 (Bankr D Colo 1999)

In re Willacy County Water Control & Improvement District No 1 36 F Supp 36 39 (SD Tex 1940)

NLRB v Bildisco & Bildisco 465 US 513 (1984)

Wetgewing

Bankruptcy Code (11 USC 1978)

Local Government: Municipal Finance Management Act 56 van 2003

Internet bronne

Costello and Hainline 2011 http://www.goodwinprocter.com/Publications/Newsletters/Client-Alert/2011/1024_New-Law-Will-Restrict-Cities-Access-to-Bankruptcy-under-Chapter-9.aspx?article=1

Costello ME and Hainline FA 2011 *New California Law Will Restrict Cities' Access to Bankruptcy under Chapter 9* http://www.goodwinprocter.com/Publications/Newsletters/Client-Alert/2011/1024_New-Law-Will-Restrict-Cities-Access-to-Bankruptcy-under-Chapter-9.aspx?article=1 besoek 10 April 2015

LYS VAN AFKORTINGS

Am Bankr LJ	American Bankruptcy Law Journal
Bankr Dev J	Bankruptcy Developments Journal
Fordham Urb LJ	Fordham Urban Law Journal
MFMA	Local Government: Municipal Finance Management Act
SAPR/PL	Suid-Afrikaanse Publiekreg / South African Public Law
U Pa L Rev	University of Pennsylvania Law Review
USA	United States of America
Va L Rev	Virginia Law Review
VSA	Verenigde State van Amerika
Wash & Lee L Rev	Washington and Lee Law Review