

Die aanspreeklikheid van kopers van bates uit 'n insolvente boedel vir die omgewingsaanspreeklikheid van die insolvente verkoper: Lesse van die VSA

AL Stander

B Iur LLB LLMLLD

Professor, Noordwes-Universiteit, Potchefstroomkampus

SUMMARY

The liability of buyers of assets in the insolvent estate, for environmental liability of the insolvent seller: Lessons from the USA

Where the environmental law and the insolvency law come up against each other in a given situation, a heated debate still continues over whether and to what extent the debtor can and should be able to fulfil its obligations to clean up, remedy, avoid, limit injury, to pay for the costs thereof or to pay for past harms to the environment. How do the provisions of the insolvency law and the Insolvency Act affect or influence a debtor's environmental obligations? How do the provisions of the environmental laws affect or influence the provisions of the Insolvency Act? The reality is that the mere prospect of possible "survivor" environmental liabilities may frustrate a company's successful business rescue or substantially reduce and delay the creditors' recovery in the event of liquidation or sequestration. Should there be huge environmental obligations linked to the property, the trustee or liquidator would simply not be able to sell it. In this investigation, the liability of purchasers of property (ie successors in property), where expensive environmental obligations exist in respect of the asset concerned, is discussed. In American insolvency law, section 363 of the Bankruptcy Code is applied to block successor liability, including the liability for environmental obligations. After an analysis of some American cases in this area, it is recommended that the same principle be applied in South Africa, but due to the fact that this is about circumstances and injuries that affect and harm the lives and health of people – people that in the present-day conditions of modern industrialisation cannot protect themselves – very strict requirements, as well as possible restrictions, should be built into the process. Finally, factors which in the opinion of the author are essentially non-negotiable for a fair conduct of the legal position are formulated.

1 INLEIDING

Waar die omgewingsreg en die insolvensiereg in 'n gegewe situasie teen mekaar te staan kom, duur 'n vurige debat steeds voort oor die vraag óf en tot watter mate die skuldenaar in staat kan en moet wees om sy verpligtinge om op te ruim, benadeling te vermy of vir gedane benadeling van die omgewing te betaal, veral in 'n uitdagende ekonomiese klimaat waarin die primêre alternatiewe bron van fondse vir opruiming weliswaar die staatskoffers is. Dit is algemene kennis dat die primêre doel van omgewingswette breedweg is om openbare gesondheid en veiligheid te bevorder en om die gevare wat openbare gesondheid en veiligheid bedreig, so vinnig as moontlik te bedwing. Daarbenewens ook om die koste verbonde aan die opruiming, remediëring en beperking van die omgewingskade vas te stel en dit teen diegene wat verantwoordelik geag word, toe te reken.

Kenmerkend van omgewingswette tans is dat dit beoog om jare en jare se onbeperkte en ongeregleerde besoedeling en benadeling te remedieer deur streng opruimingsverpligtinge en laste aan verskeie breë kategorieë van partye op te lê. Selfs diegene wat slegs verlangs met vorige omgewingsbenadeling op 'n spesifieke perseel verbind kan word, loop die risiko van aanspreeklikheid. Die ander kant van die munt is die realiteit dat bloot die vooruitsig van moontlike “oorlewende” of “voortlewende” omgewingsverpligtinge 'n maatskappy se suksesvolle besigheidsredding veryd of die skuldeisers se verhaal in die geval van sekwestrasie of likwidasië substansieel verklein en vertraag.

Behalwe dat die gemenerereg beginsels bevat¹ wat omgewingsverpligtinge oplê op 'n persoon of entiteit wat in die omgewingsmilieu bedrywig is, is daar ook 'n aantal wette wat streng en selfs radikale bepalings bevat rakende remediëring, opruiming, herstel, beperking van skade aan die omgewing en die koste daaraan verbonde.² Wette maak in die besonder dikwels gebruik van die oplegging van boetes en streng bedryfsvereistes, gekoppel aan die toestaan/verlening van omgewingspermitte. Verder is dit moontlik dat wetgewing streng of absolute aanspreeklikheid³ oplê óf duur remediëringskoste daarstel. Die vraag wat onmiddellik na vore kom, is hoe hierdie bepalings van die gemenerereg en omgewingswette geaffekteer of beïnvloed word deur die bepalings van die insolvensiewette?⁴ Andersom gevra, hoe word die bepalings van die insolvensiewette deur die bepalings van die omgewingswette geraak?

Die wyse waarop hierdie tweestryd tussen die omgewingsreg en die insolvensiereg benader word en na oplossings gesoek word, kan 'n groot impak op die verkope van die bates van die insolvente boedel hê asook die strukturering van transaksies ten opsigte van omgewingsgeraakte eiendom. Kopers wil met soveel sekerheid as moontlik weet wat die probleme en verpligtinge is wat hulle aanvaar wanneer hulle omgewingsgeraakte eiendom koop.⁵ Vervolgens aan die

1 Sien bv Kidd *Environmental law* (2008) 7 8 10ev; Glazewski *Environmental law in South Africa* (2005) 18 19 ev; Stander “Enkele relevante aspekte ten opsigte van risiko's waar maatskappye aanspreeklik is vir omgewingsbenadeling” 2012 *SA Merc LJ* 148 150 vir 'n bespreking van die “polluter pays principle”, die “precautionary principle” en die “principle of prevention”. 'n Voorbeeld van die belang van die gemeenregtelike beginsels kan in a 4(2) van die Mineral and Petroleum Resources Development Act 28 van 2002 gevind word waar implisiet bepaal word dat die gemeenregtelike beginsels geld as die wet nie vir 'n spesifieke aspek voorsiening maak nie.

2 Vir enkele voorbeelde, sien a 2 van die National Environmental Management Act 107 van 1998; a 19 (kyk ook die aanhef tot hfst 12) van die National Water Act 36 van 1998; a 18 van die Wet op Misstawwe, Veevoedsel, Landboumiddels en Veemiddels 36 van 1947; a 5 van die National Nuclear Regulator Act 47 van 1999.

3 “Strict liability” of “absolute liability”.

4 Sien bv a 5 (staking van eksekusieverkopings), a 75 (opskorting van hangende regs-gedinge) Insolvensiewet 24 van 1936; die bepalings oor die uitwerking van sekwestrasie/likwidasië op onuitgevoerde kontrakte (aa 35–38 en 84) en ook die vorming van die *concursum creditorum* en die *pari passu*-beginsel van die insolvensiereg.

5 Vir 'n bespreking van die regsposisie in die Suid-Afrikaanse insolvensiereg, sien Stander “Die aanspreeklikheid van 'n insolvente maatskappy en die likwidateur van 'n insolvente maatskappy vir vergoeding as gevolg van omgewingsbenadeling” 2012 *SA Merc LJ* 273–297. Die regsposisie tans in Suid-Afrika is dat daar in die insolvensiereg geen bepalings bestaan wat voorsiening maak vir die verwerping van beswarende bates nie. Die dilemma is dat die likwidateur met hierdie bates sit en as gevolg van die kostes daaraan verbonde kan hy nie die plig ten opsigte van opruiming, remediëring, beperking en voorkoming nakom nie; aan die een kant sit benadeeldes, onskuldige derdes sonder verhaal en aan die

orde is 'n bespreking van die aanspreeklikheid van kopers van eiendom (dus opvolgers in eiendom) waar duur omgewingsverpligtinge (soos opruiming, remediëring en beperking van omgewingskade of die betaling vir die koste daarvan) ten opsigte van die betrokke bate bestaan.

Die werkswyse sal wees om 'n ondersoek te doen na die reëls, beginsels en bepalinge van die insolvensiereg van die Verenigde State van Amerika (VSA) vanweë die feit dat daar in die Amerikaanse reg al 'n aantal hofsake hieroor beslis is en in die Suid-Afrikaanse insolvensiereg uiters min gesag oor hierdie spesifieke onderwerp is. Die VSA is na my mening 'n jurisdiksie wat op die voorpunt staan van ontwikkeling op hierdie gebied. Moontlik kan daarna aanbevelings vir die hantering van die spesifieke situasie in Suid-Afrika gedoen word.

2 ALGEMENE BEGINSELS INSAKE OPVOLGER-AANSPEEKLIKHEID IN DIE AMERIKAANSE REG

Die beginsels waarna in hierdie paragraaf verwys word, het te doen met die geval waar insolvensie nie ter sprake is nie. Vir 'n behoorlike agtergrond met betrekking tot die reëls en beginsels van die regsposisie rakende opvolgeraanspreeklikheid in die Amerikaanse insolvensiereg en waar dit vandaan kom, sal kortliks na hierdie basiese beginsels verwys word omdat dit eventueel ook 'n rol in die beoordeling van die aangeleentheid speel.⁶ Weens beperkte ruimte sal slegs na die algemene reëls verwys word. Uit hierdie beknopte bespreking sal dit egter duidelik wees dat die beginsels waarna hieronder verwys word, nie veel verskil van die beginsels wat ook in die algemeen in die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot opvolgeraanspreeklikheid van toepassing is nie.⁷

Die algemene reëls in die Amerikaanse reg is dat kopers van bates vir billike teenwaarde – 'n *bona fide* verkoop van bates dus – nie die verkoper se verpligtinge verkry nie,⁸ *tensy* (1) die oordragnemer uitdruklik of by implikasie die verpligtinge en aanspreeklikheid aanvaar; (2) die transaksie *de facto* 'n samesmelting of konsolidasie is; (3) die oordragnemer bloot 'n voortsetting van die oordraggewer is; of (4) die partye die bate bedrieglik oorgedra het om

ander kant is die maatskappy insolvent; dikwels is daar so 'n swaar las (om enige skade aan die omgewing op te ruim, te herstel, beperk of te voorkom) op die eiendom van die insolvente boedel dat die likwidateur nie in staat is om die eiendom winsgewend of ekonomies te verkoop nie – ook omdat die koper-opvolger in bepaalde gevalle vir bepaalde kostes aanspreeklik sal wees en kopers derhalwe ontmoedig word om die betrokke bate(s) te koop. Dat 'n "skaakmat"-situasie kan bestaan, is ooglopend en nie tot enigiemand se voordeel nie.

6 Sien bv die uitspraak in *Nationwide Mutual Insurance Co v Eagle Windows & Doors Inc* 714 SE 2d 322 (SC 2011).

7 Vir 'n kort opsomming van hierdie beginsels van die Suid-Afrikaanse reg, sien bv Stander 2012 SA Merc LJ 157 168–171.

8 Murray en Franco "Treatment of environmental liabilities in bankruptcy" 341–368 in Witkin (ed) *Environmental aspects of real estate and commercial transactions: From Brownfields to Green Buildings* (2011) 352; Jancke en Brownman "Environmental liability of parent corporations and successor corporations" in Schnapf (red) *Environmental issues in business transactions* (2011) 255 263; Starr en McMaster "Environmental crimes and business transactions: Pitfalls and practice points" in Schnapf (red) (2011) 201 217.

onregmatig die skuldeisers se eis te vermy.⁹ Omdat die *de facto* eiendomsreg en/of die bedryf van die bates (onder hierdie spesifieke omstandighede) onveranderd bly, stel die genoemde uitsonderings elkeen 'n grond vir die handhawing van opvolger-aanspreeklikheid daar.¹⁰ Benewens hierdie vier tradisionele uitsonderings op geen aanspreeklikheid vir die koper-opvolger nie, wys Jancke en Brownman¹¹ ook daarop dat daar in sommige state van die VSA nog 'n verdere twee uitsonderings uitgekristalliseer het.¹² Dit is die *product line* uitsondering en die *continuity of enterprise* uitsondering. Die *product line* uitsondering word merendeels by produkte-aanspreeklikheid gebruik en sal vervolgens nie verdere aandag geniet nie. Dit is veral dan die ander vyf uitsonderings wat gebruik word om opvolger-aanspreeklikheid in die konteks van omgewingskade of -benadeling te regverdig.¹³

In die algemeen is die reël dat opvolger-aanspreeklikheid wesenlik *in personam* in aard is.

“However, each exception to the general rule of non-liability is not solely derivative of the seller’s liability, as each requires some action on the part of the purchaser in order for successor liability to attach . . . Where the assumption exception applies, the purchaser must have expressly assumed the liabilities . . . Where a *de facto* merger is found, or when mere continuation of enterprise justifies imposing successor liability, it is the purchaser’s post-sale conduct (in continuing the business in substantially the same form and manner) that [is the necessary final element that] gives rise to liability’. Thus, the transfer of property alone will not impose state law successor liability on the purchaser of that property – ‘successor liability is based on the actions of the purchaser and not merely the property itself’ . . . The claim against the purchaser is not a claim against any specific asset transferred to the purchaser.”¹⁴

Om te bepaal of die transaksie werklik 'n *bona fide* verkryging van die bates is (in teenstelling met 'n *mala fide* oordrag of oordag met 'n minder eerlike/goedbedoelde oogmerk), speel sekere faktore 'n rol en die houe neem die volgende aspekte in aanmerking: Een faktor is of die verkryging werklik 'n transaksie is wat onder gewone, normale voorwaardes beding word (*arms-length transaction*). Die houe oordeel of die voorwaardes van verkoop vanuit 'n besigheidsperspektief redelik vir die verkoper en die koper is. Ook oorweeg die houe of die koper kennis van die potensiële verpligtinge gehad het. Nog 'n faktor is of die koper in samespanning met die verkoper (of selfs ook as hy

9 Buskenkell en Cicoski “At the intersection of successor liability and the Bankruptcy Code” 2012 31(2) *ABLIJ* 22 76–77; Jancke en Brownman in Schnapf (red) (2011) 264; Corcoran “Why successor liability claims are not interests in property under section 363(f)” 2010 *Am Bankr Inst LR* 697 713; Starr en McMaster in Schnapf (red) (2011) 219 ev.

10 Vir 'n bespreking van die ontstaan en ontwikkeling van die reël van opvolger-aanspreeklikheid in die Amerikaanse reg, sien Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 711 ev.

11 Jancke en Brownman in Schnapf (red) (2011) 264.

12 Hierdie uitsonderings word maw nie algemeen aanvaar nie en in sekere state spesifiek verwerp. Uit die staanspoor moet beklemtoon word dat dit maklik sal wees om te verval in die ingewikkeldhede van die Amerikaanse reg waar federale reg sowel as staatlike reg 'n rol speel en 'n beslissing na die een of ander kant kan laat kantel. Met hierdie risiko in gedagte sal die uitgangspunt wees om wesenlike beginsels te identifiseer wat die situasie onder bespreking rigtinggewend kan affekteer.

13 Jancke en Brownman in Schnapf (red) (2011) 265. Sien ook Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 714.

14 Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 715–716.

onafhanklik) slegs “skoon” bates gekoop het en met voorbedagte rade “vuil” bates agtergelaat het met ’n onvoldoende bate-poel om enige potensiële aanspreeklikheid te dek. Dit is ook van belang om te bepaal of die koper ’n redelike ondersoek gedoen het na die geskiedenis en status van die bate wat hy van plan is om te koop.¹⁵

Om nader te beweeg aan die aanspreeklikheid van ’n koper vir die omgewingsverpligtinge van die verkoper, is dit noodsaaklik om die relevante bepalings van die Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act van 1980¹⁶ (CERCLA) in ag te neem. Of ’n koper van bates as ’n opvolger vir die voorganger se omgewingsaanspreeklikheid uit hoofde van CERCLA aanspreeklik sal wees, kan afhang van die omvang waarin die koper geweet het of moes geweet het (of die nodige ondersoek gedoen of uitgevind het) omtrent die potensiële CERCLA-aanspreeklikhede.¹⁷ Hierdie aspek inaggenome, dui myns insiens op ’n neiging in die Amerikaanse reg (en in CERCLA-hofsake is die howe gewillig) om die omvang van die uitsonderings tot die algemene reël¹⁸ aansienlik te verbreed sodat meer kopers as opvolgers aanspreeklik gehou word.¹⁹

Enkele voorbeelde uit CERCLA is die volgende: Ingevolge § 9601(35) van CERCLA is daar ’n “onskuldige koper verweer” (*innocent purchaser defense*) beskikbaar op grond waarvan ’n maatskappy of ’n korporasie kan aantoon dat, ten tye van die koop van die omgewingsgeraakte bates, dit nie geweet het (en geen rede gehad het om te weet) van die aanwesigheid van gevaarlike stowwe op die perseel nie. Om die voordeel van hierdie verweer te verkry, moet die maatskappy of korporasie egter *alle toepaslike navrae oor die vorige eienaarskap en gebruike van die eiendom, onderneming of fasiliteit rig*.²⁰ Kragtens § 9601(40) van CERCLA word beskerming verleen aan ’n *bona fide* voornemende koper wat eiendomsreg na 11 Januarie 2002 verkry het en op oorwig van die getuienis kan aantoon dat (1) die wegdoening van gevaarlike stowwe plaasgevind het vóór die verkryging van eiendomsreg deur die koper, (2) alle toepaslike navrae voor die aankoop gedoen is, en (3) die koper toepaslike sorg uitgeoefen het nadat die gevaarlike stowwe gevind is. Albei die genoemde verwerre pas dus die “toepaslike ondersoek-standaard” toe. Starr en McMaster²¹ verklaar dat as die koper ná ’n eenvoudige inspeksie die aanwesigheid van twyfelagtige stowwe vind of vermoed, dit ’n verdere voor-aankoop navraag of ondersoek behoort te doen. As die koper weliswaar versigtig genoeg was in sy toepaslike navraag oor die eiendom, sal ’n hof kyk na sy na-aankoop optrede om te bepaal of die *bona fide* voornemende koper verweer die koper teen aanspreeklikheid sal beskerm. Om

15 Sien by *United States v Mexico Feed and Steel Co* 980 F 2d 478 (8th Cir 1992) 489; *United States v Carolina Transformer Co* 978 F 2d 832 (4th Cir 1992); Starr en McMaster in Schnapf (red) (2011) 220.

16 42 USC § 9607.

17 *United States v Allis-Chalmers Co* 195 BR 716 (ND Ind 1996) 726–729.

18 Dat die koper in die algemeen nie die aanspreeklikheid van die verkoper ooploop nie.

19 Murray en Franco in Witkin (ed) (2011) 352 wys daarop dat daar ook verdere en ingewikkelde uitsonderings is op hierdie algemene reël van nie-aanspreeklikheid van koper-opvolgers. Volgens hulle is die ingesteldheid van CERCLA in sekere gevalle dat ’n koper van *onroerende eiendom* potensiël aanspreeklik sal wees bloot op grond van huidige of vorige eienaarskap van die besoedelde eiendom, ongeag opvolgerskapkwessies.

20 Sien 42 USC § 9601 (35)(A) en (B). Die korporasie moet maw ’n ondersoek doen.

21 Sien Starr en McMaster in Schnapf (red) (2011) 220–221.

uiteindelik te verseker dat die koper voldoen het aan die statutêre verpligtinge wat grondliggend vir daardie verweer is, moet die hof ook ondersoek of die koper nie bewus geword het van die aanwesigheid van die skadelike stowwe en versuim het om dit te rapporteer nie.

Die koper moet daarom 'n deeglike *due diligence* proses volg en só seker as moontlik maak dat alle hangende en potensiele verpligtinge geïdentifiseer en in die koop-en-verkoop-ooreenkoms verdiskonteer is.²² Sodoende kan die koper die argument vermy dat hy hierdie verpligtinge uitdruklik of by implikasie aanvaar het.

3 KOPER AS OPVOLGER²³ BY 'N KOOP IN BANKROTSKAP IN DIE AMERIKAANSE REG²⁴

Wat sal nou die posisie wees indien 'n koper bates (roerend of onroerend) in 'n bankrotskap²⁵ koop? In die praktyk word dikwels gevind dat sulke bates verkoop word *free and clear of any lien or interest* in sulke eiendom. Dit is die artikel 363-verkoop.²⁶ Loop so 'n koper die risiko van aanspreeklikheid ingevolge CERCLA, gebaseer op die insolvente verkoper se voorverkoop gedrag? Geld dieselfde beginsels in die geval van roerende goed by of ten opsigte van byvoorbeeld 'n fabriek of 'n stortingsterrein wat die koper nie besit nie, nie bedryf nie of aan hom verkoop is nie? Die agtergrond hier is die volgende: Dit staan vas dat geldelike verpligtinge wat deur byvoorbeeld die *Environmental Protection*

22 Sien Jancke en Brownman in Schnapf (red) (2011) 272 ev. Ongeag welke bedryf ter sprake is en welke omgewingswette van toepassing is, raak sekere voorkomende optredes in elk geval die belang van die koper-opvolger en speel dit 'n uiters belangrike rol in die beoordeling van die hele aangeleentheid.

23 Sien ook Norton ea *Norton Bankruptcy Code* (2011) 388 ev.

24 Die begrippe sekwestrasie/likwidasië en bygevolg sekwestrasie-aansoek/likwidasië-aansoek, sekwestrasiebevel/likwidasiëbevel word nie in die Amerikaanse reg gebruik nie. Daar word bloot van *bankruptcy* en *petition for bankruptcy* gepraat wat óf 'n Hfst 7 óf 'n Hfst 11-aansoek kan wees. 'n Aansoek vir "likwidasië" of "sekwestrasie" op grond van insolvensie kan kragtens Hfst 7 van die Bankruptcy Code (BC) gedoen word (maw vir individue sowel as korporasies). Hfst 7 bestuur die basiese likwidasië van die boedel. 'n *Trustee* word aangestel en hy likwideer en bestuur die insolvente boedel. 'n Hfst 11-aansoek, alhoewel dit hoofsaaklik die reorganisasie-prosedure vir korporatiewe skuldeneer is, kan ook vir 'n basiese likwidasië gebruik word in welke geval dit ook aan die skuldeneer insolvensiebeskerming verleen. 'n Skuldeneer moet egter óf 'n Hfst 7 óf 'n Hfst 11-aansoek bring. 'n Hfst 7-likwidasië is 'n eenvoudiger, goedkoper en makliker likwidasië. By 'n Hfst 11-likwidasië (ook vir individue sowel as korporasies) kan die skuldeneer tydens die likwidasiëproses steeds in beheer bly, binne die beperkinge wat die BC oplê (*debtor-in-possession*) óf 'n *trustee* kan aangestel word wat die bestuur en beheer van die proses oorneem. Sien Wielebinski en Rukavina "An overview of the Bankruptcy Code and the bankruptcy practice in the United States" in Lobo *World insolvency systems: A comparative study* (2009) 693 705 ev. 'n Skuldeneer kan aanvanklik 'n Hfst 11-aansoek bring en die proses later in 'n Hfst 7-prosedure omskep. Geriefshalwe sal vervolgens van 'n likwidasië-aansoek (eerder as 'n aansoek vir bankrotskap of 'n Hfst 7 of 'n Hfst 11-aansoek gepraat word); 'n likwidasiëbevel (eerder as 'n bevel vir bankrotskap of 'n Hfst 7-bevel of 'n Hfst 11-bevel). *Petition date* is dan die datum waarop die aansoek vir likwidasië geliasseer word, wat die *bankruptcy case* oftewel die insolvensieprosedure of die likwidasiëprosedure inisieer. *Conclusion of a bankruptcy case* sal met die toestaan van 'n likwidasiëbevel vertaal word.

25 In die konteks van die likwidasiëproses of die insolvensieprosedure sal "insolvensie" en "bankrotskap" gevolglik sinoniem gebruik word.

26 § 363 Bankruptcy Code (BC) van 1978, gekodifiseer deur 11 USC § 101 ev.

Agency (EPA) aangegaan is voor likwidasië in die skuldenaar se insolvente boedel “agtergelaat” kan word en eventueel in die insolvensieproses ontslaan/ontheffing (*discharge*) word. In die saak van *Ohio v Kovacs*²⁷ het die Hooggeregshof beslis dat waar opruimingskoste voor likwidasië aangegaan is, het die opruimingsbevel wat deur die EPA uitgereik was “been converted into an obligation to pay money” en was derhalwe “an obligation that was dischargeable in bankruptcy”. *Kovacs* maak dit duidelik dat die pre-petisie geldelike verpligting nie aan die omgewingsgeraakte perseel sal kleef na ’n artikel 363-verkoop nie. Dit word in die likwidasië hanteer en afgehandel. Verder kan die saak van *Torwico Electronics Inc v State of New Jersey, Dept of Environmental Protection (In re Torwico Electronics Inc)* geïnterpreteer word om te bepaal dat ’n koper van ’n besoedelde perseel dit neem onderworpe aan nie-geldelike verpligtinge soos verslaggewingsvereistes en die verpligting om aan toepaslike omgewingswette te voldoen, *insluitende* die verpligting om die besoedelde perseel te remedieer selfs al is die oorsaak van die skade pre-petisie (of te wel voor die likwidasië-aansoek, wat ’n aansoek vir óf ’n Hoofstuk 7 óf ’n Hoofstuk 11-prosedure kan wees, afhangende van die besondere geval).

Die reël is dan dat as die eiser se CERCLA-eis ’n “eis” ingevolge die BC was wat teen die insolvent ingestel en voldoen kon word, so ’n eis nie teen die koper (nuwe verkryger/opvolger) ingestel kan word nie.²⁸ Omgekeerd, as die CERCLA-eis nie teen die insolvent ingestel of voldoen kon word nie want dit het eers “ontstaan” nadat die insolvensieprosedure begin is, sal ’n insolvente boedelverkoop *free and clear of any interest in such property* nie so ’n eis teen die koper-opvolger verhoed, verbied of verhinder nie. Om hierdie reël te toets, is dit vervolgens nodig om hierdie artikel 363-verkope behoorlik te ondersoek.

3 1 Artikel 363 van die Bankruptcy Code²⁹

Ongeag ’n likwidasië of reorganisasie, is een van die primêre wyses vir die boedel om fondse te verkry wat eventueel onder die skuldeisers verdeel kan word, deur die verkoop van sy bates.³⁰ In ’n Hoofstuk 7-likwidasië sal die *trustee* die bates verkoop en in ’n Hoofstuk 11-geval kan dit die *trustee* wees of, in die geval waar daar nie ’n *trustee* aangestel is nie (*debtor-in-possession*), mag die skuldenaar self die bates van die boedel verkoop solank dit in die gewone loop van besigheid is.³¹ Wielebinski en Rukavina³² noem hier ook die voorbeeld van goedere en produkte wat die skuldenaar vir herverkoop vervaardig.

27 469 US 274 (1985).

28 Hierdie beginsel moet nie verwar word of vergelyk word met die beginsel dat die voltoëning of ontheffing (*discharge*) van eise net tot voordeel van die skuldenaar is en nie vir die medeaanspreklike wat nie vir sekwestrasie of likwidasië aansoek gedoen het nie, soos in die geval van borge of vennote. Dit is ’n heel ander aangeleentheid.

29 Deutsch en Distefano “The mechanics of a § 363 sale” 2011 *ABIJ* 48–77; Kaplan, Meisel en Sousa *Consumer bankruptcy manual* (2010) 231, 341.

30 In die geval van ’n reorganisasie – een of meer verkope.

31 A 1123(b)(4) van die BC, byvoorbeeld, maak spesifiek voorsiening vir die verkoop van al of substansieel al die eiendom van ’n skuldenaar se boedel ooreenkomstig ’n reorganisasieplan. Dit word as ’n verkoop in die normale loop van besigheid beskou. Daar is egter baie vereistes waaraan in so ’n geval voldoen moet word. Volgens Fishman en Gouveia “What’s driving section 363 Sales after Chrysler and General Motors?” 2010 *Norton J of Bankruptcy L and Practice* 351 352 maak hierdie vereistes die proses tydrowend, beswarend en onderhewig aan groter risiko en daarom word § 363-verkope al meer en meer gebruik.

32 Wielebinski en Rukavina in Lobo (2009) 741.

Wat egter interessant en waarskynlik uniek aan die Amerikaanse insolvensiereg is, is die bevoegdheid om die bates “vry en skoon van retensieregte, eise en belange” buite die gewone loop van besigheid te verkoop. Dit word *fast track restructuring* genoem juis omdat dit beoog om besighede in finansiële verknorsing te help en daarom die bates so gou as moontlik en so aantreklik as moontlik te verkoop. Artikel 363 van die BC is van toepassing op alle gevalle van likwidasië³³ sowel as reorganisasie-aangeleenthede.³⁴

Kragtens hierdie artikel word die *trustee* (of in die geval van ’n Hoofstuk 11-reorganisasie, die *debtor-in-possession*)³⁵ indien daar nie ’n *trustee* aangestel is nie) sekere regte en magte gegee om die bates van die boedel te verkoop “vry en skoon” (*free and clear*) van retensieregte, eise en “other interests” van enige derdeparty in daardie bates.³⁶ Volgens Wielebinski en Rukavina³⁷ voorsien hierdie konsep groot beskerming aan en is dit ’n aansporing vir die koper. Hy kry ’n “vry en skoon” titel, beskerm deur ’n federale hof met al dié se magte. Tweedens erken die BC dat kompeterende belange, retensieregte en eise dikwels ten opsigte van dieselfde bate bestaan wat dit moeilik of selfs onmoontlik maak om die bate te verkoop sonder uitgerekte litigasie. Hierdie werkswyse vergemaklik dus die hele proses. Derdens, die BC erken ook dat tyd dikwels krities vir die maksimalisering van die opbrengs van die verkoop is, veral met betrekking tot bates wat aan waardevermindering onderhewig is. Dit mag te lank neem om potensiële kompeterende eise op te klaar. Bygevolg, om die potensiële koopprijs te maksimaliseer en die maksimum beskerming aan kopers te voorsien, is ’n verkoping “vry en skoon” algemeen en verkies ’n kundige koper hierdie werkswyse.³⁸ Die gevaar bestaan en Wielebinski en Rukavina³⁹ verklaar myns insiens tereg dat sekere likwidasië-aansoeke geliasseer word vir die enigste rede om voordeel te neem van hierdie bepaling van die BC ten einde ’n verkoping te bewerkstellig, wat andersins buite-om insolvensie nie prakties moontlik is nie – dus *mala fide*.

Artikel 363 stel ’n derde in staat om ’n skuldenaar se bates te koop sonder om aanspreeklikheid ten opsigte van daardie bates te aanvaar en wel deur ’n versnelde proses wat minder beskerming aan skuldeisers bied as die gewone likwidasiëplan en bekragtiging daarvan. Artikel 363 beskryf die reëls en die prosedures vir die gebruik, verkoop, of die verhuur van bates van die skuldenaar se boedel, in die gewone loop van besigheid asook buite die gewone loop van besigheid. Wielebinski en Rukavina⁴⁰ meld verder dat dit in die praktyk maklik is om omtrent altyd een van die gestelde voorwaardes te vind om so ’n “vry en skoon” verkoop te grond.

33 Behalwe Hfst 15 gevalle. Sien Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 700.

34 Norton ea *Norton Bankruptcy Code* (2011) 393; Kaplan, Meisel en Sousa *Consumer bankruptcy manual* (2010) 592–593.

35 Sien 11 USC a 1107(a).

36 Stochak, Wine en Yates *Environmental issues in bankruptcy cases: A Collier monograph* (2009) 32; Norton ea *Norton Bankruptcy Code* (2011) 388 ev.

37 Wielebinski en Rukavina in Lobo (2009) 742.

38 Sien ook Deutsch en Distefano 2011 *ABIJ* 48 vir die voordele van so ’n verkoop.

39 Wielebinski en Rukavina in Lobo (2009) 743.

40 *Ibid.*

3 2 Artikel 363(b)⁴¹

“The trustee, after notice and a hearing, may use, sell, or lease, other than in the ordinary course of business, property of the estate.”⁴²

Die verkoop van bates van die boedel buite die gewone loop van besigheid vereis die goedkeuring van die *Bankruptcy Court* en hierdie insolvensiehowe is baie buigsam wat betref die tipe van verkoop en die meganisme van verkoop wat gemagtig word, met die uiteindelige doel van maksimalisering van die opbrengs van die verkoping. Die besondere verkoopmeganisme sal weliswaar afhang van die feite van elke geval. Verder is die verkoop onderhewig aan die besigheidsoordeel-reël (*business judgement rule*). Dit beteken dat die trustee/skuldenaar se besluit om die bates te verkoop deur die hof goedgekeur sal word as dit ondersteun word deur 'n gesonde, geartikuleerde besigheidsbesluit, anders as om bloot die belangrikste skuldeisers tevrede te stel. 'n Hof sal wel so 'n besluit van die skuldenaar respekteer, selfs al sou die hof of moontlik 'n ander persoon anders besluit het.⁴³

In die algemeen dus, sentreer die regverdiging vir 'n artikel 363-verkoop om die volgende faktore en sal die hof gewoonlik die verkoop goedkeur as die skuldenaar aantoon dat (behalwe dat daar 'n gesonde besigheidsoordeel of -rede vir die verkoop is) (1) akkurate en redelike kennisgewing aan al die belanghebbende partye gegee is; (2) die verkoopprijs billik, redelik en voldoende (genoegsaam) is;⁴⁴ (3) die koper in goeie trou verkoop het;⁴⁵ (4) die waarde van die skuldenaar se bates afneem; (5) die dryfveer die maksimalisering van bate-opbrengs ter wille van die skuldeisers is; (6) die skuldenaar nie in staat is om te reorganiseer nie.⁴⁶ Sekere verkope word strafregtelik verbied, soos verkope

41 § 363(a) is nie relevant vir die bespreking nie. Dit omskryf bloot die begrip “cash collateral”.

42 Sien ook Fishman en Gouveia 2010 *Norton J of Bankruptcy L and Practice* 352. Deutsch en Distefano 2011 *ABIJ* 48 verduidelik die toetse om te bepaal of 'n bepaalde verkoop buite die gewone loop van besigheid is. Die horisontale toets vra of die transaksie een is wat besighede, soortgelyk aan die skuldenaar, sou aangaan as deel van sy dag-tot-dag-bedrywighede. Die vertikale toets vra of hierdie tipe van transaksie een is waarin die spesifieke skuldenaar voor likwidasië-aansoek gereeld betrokke by was. Die skrywers gee 'n eenvoudige voorbeeld: 'n Roomyshandelaar wat sy likwidasië-aansoek geliasseer het, wil sy kommersiële vrieskaste verkoop. Roomyshandelaars is oor die algemeen in die besigheid van die verkoop van roomys en nie kommersiële vrieskaste nie. Die horisontale toets is bevredig. As die skuldenaar kan bewys dat dit in die verlede ook net roomys verkoop het, en nie vrieskaste nie, is die vertikale toets bevredig.

43 Dit is die sg “eerbied”-standaard wat beteken dat die besluit om die bates te verkoop gewoonlik deur die hof gehandhaaf word (sien Wielebinski en Rukavina in Lobo (2009) 741).

44 Vir 'n bespreking van hierdie aspek, sien Fishman en Gouveia 2010 *Norton J of Bankruptcy L and Practice* 354 ev.

45 *In re Delaware & Hudson Ry Co* 124 BR 169 (D Del 1991); *In re Stroud Ford Inc* 163 BR 730 (Bankr MD Pa 1993); Starr en McMaster in Schnapf (red) (2011) 220; Gelber ea “The intersection of environmental and bankruptcy laws” 339–377 in Schnapf (red) (2011) 363; Wielebinski en Rukavina in Lobo (2009) 741; Fishman en Gouveia 2010 *Norton J of Bankruptcy L and Practice* 355 ev.

46 Sien Fishman en Gouveia 2010 *Norton J of Bankruptcy L and Practice* 351. Op 354 toon hierdie skrywers aan dat waar die skuldenaar versuim om te bewys dat sy bates in waarde verminder waar 'n reorganisasieplan steeds moontlik is en waar 'n voorgestelde verkoop primêr versekerde skuldeisers of binnekringpersone bevoordeel, die hof geweier het om die § 363-verkoop goed te keur.

aan hofbeampes, terwyl ander verkope onderworpe is aan verhoogde ondersoek, soos by die verkoop aan 'n "binnestaander" of 'n geaffilieerde party.

3 3 Artikel 363(f)

Waarskynlik die ingrypendste aspek van artikel 363 word soos volg in paragraaf (f) verwoord:

"The trustee may sell property under subsection (b) or (c) of this section free and clear of any interest⁴⁷ in such property of an entity other than the estate, only if –

- (1) applicable non-bankruptcy law permits sale of such property free and clear of such interest;
- (2) such entity consents;
- (3) such interest is a lien and the price at which such property is to be sold is greater than the aggregate value of all liens on such property;
- (4) such interest is in *bona fide* dispute; or
- (5) such entity could be compelled, in a legal or equitable proceeding, to accept a money satisfaction of such interest."

Om die eerste aspek, naamlik "buite-om die gewone loop van sake"⁴⁸ te bevredig, moet die skuldenaar aan *enige een* van die genoemde vyf vereistes voldoen.⁴⁹

"The primary purpose of section 363(f) is to enable the enhancement of the debtor's estate for the benefit of all creditors. If protected from successor liability, a section 363(f) purchaser will be willing to pay more than without such insulation, thus further benefitting the estate."⁵⁰

Die volgende belangrike aspek is die interpretasie van die sinsnede *any interest in such property*. Wielebinski en Rukavina beklemtoon dat die verkoop vry en skoon is van "belange" en 'n retensiereg is, maar een tipe van belang. Daar is verskeie ander tipe van regte, eise, en beswarings (*encumbrances*) wat as belange kwalifiseer. Hulle noem dat 'n verkoop "vry en skoon" kan wees van 'n ander persoon se eiendomsbelang of van 'n persoon se bestaande huurpagbelang in eiendom, ensovoorts.

Wat van 'n eis teen die insolvente boedel op grond van omgewingsaanspreeklikheid? Die woord "eise" is nie in subartikel (f) ingesluit nie. Die BC definieer "eise" wat vir doeleindes van die onderwerp onder bespreking relevant is⁵¹ as 'n "right to payment, whether or not such right is reduced to judgment, liquidated, unliquidated, fixed, contingent, matured, unmatured, disputed, undisputed, legal, equitable, secured, or unsecured". Eise soos omskryf in die BC en wat gevolglik in die likwidasiëproses onthef/afgeskryf (*discharge*) sal word, sal dus weliswaar die soort koste wat vir opruiming, voorkoming, beperking en remediëring van 'n omgewingsgeraakte perseel voor die toestaan van 'n likwidasiëbevel en voor 'n artikel 363-verkoop aangegaan is, insluit.⁵² Wat egter daarvan as sulke eise eers ná die toestaan van die likwidasiëbevel ontstaan (soos in die insolvensieregkonteks vereis word)?⁵³

47 Let wel dat die woorde "claims" nie hier gebruik word nie.

48 Wielebinski en Rukavina in Lobo (2009) 741 wys op daarop dat in 'n Hfst 7-geval daar geen besigheid is nie en elke verkoop buite die gewone loop van besigheid is.

49 Sien ook die bespreking in Gelber ea in Schnapf (red) (2011) 363; Stochak, Wine en Yates 32; Wielebinski en Rukavina in Lobo (2009) 743.

50 Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 701.

51 Maw die deel relevant vir § 363.

52 Medford en Kelkar "CERCLA v Code: Reconciling Conflicting Goals" 2011 *ABIJ* 46.

53 Alhoewel agv die optrede van die insolvent 'n geruime tyd tevore.

Die insolvente skuldenaar se skuldeiser – soos die entiteit wat die opruiming, voorkoming, beperking en remediëring van die omgewingsgeraakte eiendom uitvoer – sal waarskynlik argumenteer dat sodanige aanspreeklikheid nie ’n eis teen die insolvente boedel is nie en dus steeds ná die artikel 363-verkoop aan die omgewingsgeraakte eiendom bly kleef. As die argument korrek is (dat CERCLA-aanspreeklikheid nie ’n eis is nie), sal ’n koper die omgewingsgeraakte eiendom onderworpe aan sodanige omgewingseise koop.⁵⁴

Dit noop die volgende vraag, naamlik of opvolger-aanspreeklikheid ’n *interest in property* vir doeleindes van artikel 363(f) daarstel sodat die verkoop van die betrokke bate dan “vry en skoon” van daardie opvolger-aanspreeklikheid sal wees. Volgens Corcoran⁵⁵ is opvolger-aanspreeklikheid nie ’n *interest in property* nie.

“A federal successor liability claimant has an *in personam* claim against the purchaser of assets where that purchaser had knowledge of the claim at the time of purchase, the purchaser continues operations of the seller, and policy considerations warrant imposition of successor liability . . . While it is federal law that determines whether a federal successor liability claim may be imposed, the resulting *in personam* claim creates no ‘interest’ in the property transferred . . . Thus, neither state nor federal law doctrines of successor liability create an ‘interest in property’ with respect to successor liability claims.”

Voordat hierdie standpunt van Corcoran getoets word, is dit sinvol om eers ook na enkele ander bepalings van artikel 363 te verwys.

3 4 Artikel 363(e)

“Notwithstanding any other provision of this section, at any time, on request of an entity that has an interest in property used, sold, or leased, or proposed to be used, sold, or leased, by the trustee, the court, with or without a hearing, shall prohibit or condition such use, sale, or lease as is necessary to provide adequate protection of such interest.”

Soos hierbo genoem, is die algemene reël in bateverkope buite-om insolvensie dat die koper nie die verpligtinge van die verkoper verkry nie, behalwe in die algemeen aanvaarde uitsonderingsgevalle waarna hierbo verwys is.⁵⁶ Dit is egter duidelik, op grond van die beleidsgrondslag wat ’n artikel 363-verkoop onderlê sowel as die struktuur daarvan, dat bateverkope kragtens artikel 363 van die BC beslis opvolger-aanspreeklikheid beïnvloed. Daar is ook ’n teenkant. Volgens Gelber is die twee belangrikste oorwegings wat spreek teen die toekenning van opvolger-aanspreeklikheid aan artikel 363-kopers, eerstens die vrees dat potensiële kopers afgeskrik sal word. Wie sal ’n bate koop as daar ’n groot aanspreeklikheid met betrekking tot die bate bestaan? Waarskynlik gaan die bate vir ver minder as die waarde daarvan verkoop word.

Die voordele vir die skuldenaar en die koper is dus ooglopend, maar daar is kritiese potensiële gevolge en risiko’s vir die houër van ’n retensiereg of ander belang wanneer die eiendom vry daarvan verkoop word. So ’n houër het wel ’n mate van beskerming op grond van die taal van die wet wat voorsiening maak vir slegs (die bogenoemde) vyf gevalle waar die eiendom “vry en skoon” verkoop kan word. Die retensiereghouër sal egter in besonder blootgestel wees, want hy

54 Sien by *United States v Allis-Chalmers Co* 195 BR 716 (ND Ind 1996) 731.

55 Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 722.

56 Sien par 2 hierbo.

sal effektief sy sekuriteit verloor. Dit is waar artikel 363(e) inkom. Om hom teen so 'n verlies te beskerm, maak die BC voorsiening daarvoor dat die hof op versoek van die betrokke skuldeiser of *sue sponte*, die verkoping verbied of op voorwaardes toestaan wat “voldoende beskerming” van die betrokke belang voorsien.⁵⁷ In die konteks van 'n verkoop “vry en skoon”, word “voldoende beskerming” gewoonlik bewerkstellig deur 'n hofbevel dat die retensiereg of ander belang met dieselfde geldigheid, prioriteit en omvang as wat andersins bestaan aan die opbrengs van die verkoping sal kleef.⁵⁸ Die “voldoende beskerming” dien dan om 'n versekerde skuldeiser se belang in 'n spesifieke bate te beskerm tot die omvang van die waarde van daardie bate.⁵⁹ Terwyl dit nie sonder risiko is nie, kan hierdie beskerming nietemin ten gunste van die versekerde skuldeisers wees vir die eenvoudige rede dat iemand anders op dié se onkoste die skuldeiser se sekuriteit te gelde maak. Na my mening kan dit vir die proses as geheel waardevol wees, want in omstandighede waar daar moontlik 'n geskil omtrent die omvang, geldigheid of prioriteit van die skuldeiser se belang is, kan uitsluitel by 'n volgende geleentheid gegee word sonder die gevaar dat die eiendom intussen (gedurende die tydperk van onsekerheid in verband met die litigasie) enige waarde sal verloor. Dit is waar Gelber se tweede punt van kritiek inkom, naamlik dat die “vry en skoon” verkoop die prioriteitskema van die BC frustreer. Deur toe te laat dat sommige skuldeisers hul eise ten volle van die batekoper (opvolger) verhaal terwyl ander skuldeisers beperk word om (dikwels slegs gedeeltelik) van die opbrengs van die verkoping te verhaal, is volgens Gelber in stryd met die BC se voorkeurorde.⁶⁰ Dit is eger so dat onversekerde (konkurrente) skuldeisers in die Amerikaanse reg nie op hierdie “voldoende beskerming” kragtens artikel 363(e) geregtig is nie. Artikel 363(e) bied dus slegs “voldoende beskerming” in beperkte gevalle.

3 5 Artikel 363(m)

'n Belangrike addisionele beskerming is die feit dat 'n hof se magtigingsbevel in die algemeen nie op appèl omkeerbaar is nie. Artikel 363(m) bepaal dat selfs as 'n bevel van die insolvensiehof wat die verkoop van die eiendom buite die gewone loop van besigheid kragtens artikel 363(b) en (c) goedgekeur het, tersyde gestel of gewysig word, sal so 'n ommekeer “not affect the validity of a sale or lease under such authorization to an entity that purchased or leased such property in good faith, whether or not such entity knew of the pendency of the appeal, unless such authorization and such sale or lease were stayed pending appeal”.⁶¹ Hierdie bepaling is baie breed en kragtig, en krities tot die sukses van insolvensieverkope. Dit is onderworpe aan die goeie trou-standaard. In die

57 Sien § 363(e).

58 Sodoende is die houer voldoende beskerm: Sy retensiereg kleef aan die opbrengs en die opbrengs is tog die waarde van sy sekuriteit, want die verkoop is veronderstel om vir die markwaarde te wees en dit is waarop hy in elk geval buite-om die insolvensiereg geregtig sou wees. Sien § 363(e); Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 702. Sien ook Norton ea *Norton Bankruptcy Code* (2011) 402.

59 Die enigste uitsondering is hier dat die regte van *personal property lessors* uitdruklik in § 363(e) ingesluit is, maar geen ander groep van onversekerde skuldeisers is betrek nie.

60 Gelber ea in Schnapf (red) (2011) 364.

61 Dit beteken dus dat hoewel die skuldenaar en die koper geweet het dat daar kwessies kan wees mbt die hof se bevel en dat daar 'n appèl kan wees, kan die oordrag nie op appèl ongedaan gemaak word nie.

algemeen beteken laasgenoemde standaard dat die koper nie met die insolvent moes saamgespan het nie of andersins in bedrieglike of kwade trou-optredes met betrekking tot die verkoop betrokke moes gewees het nie.⁶²

Volgens Wielebinski en Rukavina⁶³ is die enigste werklik remedie wat die skuldeiser (byvoorbeeld 'n retensiereghouer) in so 'n geval het, om 'n opskorting van die verkoop te bekom om sodoende te keer dat die bogenoemde beskerming van die koper in werking tree. Sonder die opskorting, meen hulle, het die skuldeiser (appellant) nie werklik 'n betekenisvolle appèlremedie nie. Hierdie skrywers wys verder ook daarop dat sulke opskortings moeilik bekombaar is en dat die skuldeiser onder andere sal moet kan bewys dat die insolvensiehof 'n ooglopende fout gemaak het. Daarbenewens sal hy 'n groot verband moet registreer om die insolvente boedel te beskerm as hy die appèl sou verloor.

Die aanwending van artikel 363-verkope in enkele baie bekende gevalle in die Amerikaanse regspraak is vervolgens aan die orde. Met hierdie bespreking gaan gepoog word om vas te stel of opvolger-aanspreeklikheid by die *any interest* van artikel 363-verkope ingesluit is en ook of omgewingsaanspreeklikheid daarby ingesluit is.

3 6 Amerikaanse regspraak oor artikel 363-verkope⁶⁴

3 6 1 *Ninth Avenue Remedial Group v Allis-Chalmers Co*⁶⁵

In hierdie saak⁶⁶ het die hof die hele kwessie onder bespreking beantwoord deur die fokus te verskuif na *wanneer* die eis (wat nou teen die batekoper ingestel word) ontstaan het. Die vraag is volgens die hof of die eis in die insolvensie-prosedure bewys is of kon word en gevolglik onthef/afgeskryf (*discharge*) is of kon word, met die gevolg dat die onthefing van die insolvent dan ook 'n onthefing vir die voordeel van die batekoper sou wees.

In hierdie saak het 'n groep wat ingevolge CERCLA afval opruim en remedeer, 'n groep van verweerders gedagvaar vir 'n kontribusie tot die opruimings-koste van 'n chemiese en industriële afvalstortingsfasiliteit. Die eis was gebaseer op die teorie van opvolger-aanspreeklikheid aangesien een van die verweerders sewe jaar tevore sekere bates van die skuldenare, insluitende die skuldenare se olieraffinadery-fasiliteit, gekoop het. Die insolvensieprosedure was afgehandel omdat die insolvent suksesvol gereorganiseer het. Die koop-ooreenkoms het uitdruklik die aanvaarding van aanspreeklikheid vir omgewingsverpligtinge en eise wat voor die sluit van die koopkontrak ontstaan het, uitgesluit. Die verkoop-bevel wat deur die *Bankruptcy Court* uitgereik is, het voorsiening gemaak vir die oordrag van die bates aan die verweerder-koper "vry en skoon van alle eise,

⁶² Wielebinski en Rukavina in Lobo (2009) 745.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Weens beperkte ruimte moes skrywer die bespreking van hierdie sake baie verkort. Die sake is egter in skrywer se besit vir verdere navrae.

⁶⁵ 195 BR 716 (ND Ind 1996).

⁶⁶ Op 730–731 wys die hof ook daarop dat opvolger-aanspreeklikheid nie 'n eis vir vergoeding in 'n *in rem*-belang verander bloot omdat dit die verhaal teen 'n batekoper toelaat nie, en dat baie hoër § 363(f) wyd uitlê om meer as slegs *in rem*-belange te dek. Daar word ook na die saak van *In re Leckie Smokeless Coal Co* 99 F 3d 573 (4th Cir 1996) 582 verwys waar die hof verklaar dat die wetgewer nie bedoel het dat § 363(f) eng uitgelê moet word nie en nie bedoel het om die omvang tot *in rem*-belange te beperk nie.

retensieregte, belastings, beswarings, verpligtinge, kontraktuele verpligtinge en belange". Die daaropvolgende bevel wat die skuldenaar se reorganisasieplan bekragtig het, het ook die skuldenare onthef van enige eise wat voor die hof se goedkeuringsbevel ontstaan het.

As gevolg daarvan het die verweerder-koper 'n mosie ingedien vir ontslag, of in die alternatief vir summere vonnis. Die argument was onder andere dat die verkoopbevel uitdruklik bepaal dat die verkoopte bates "vry en skoon" van alle eise en verpligtinge sal wees, insluitende CERCLA-verpligtinge.⁶⁷ Die distriks-hof vir die Noordelike Distrik van Indiana het egter die verweerder-koper se mosie geweier.⁶⁸

Die interessante van hierdie saak is dat die hof alle ander vrae (soos onder andere die toepassing van artikel 363, veral subartikel (f) en die interpretasie daarvan) omseil het, deur slegs te fokus op die *ontstaan* van die eis. Die hof wys daarop dat as die skuldenaar 'n bedrag verskuldig is wat nie as 'n "eis" vir insolvensiedoeleindes kwalifiseer nie, so 'n verpligting nie in die insolvensie-proses onthef (*discharge*) sal word nie en sal voortgaan om 'n verpligting vir 'n moontlike koper-opvolger te wees. Daarom, as daar enige kans is vir 'n skuldenaar wat met CERCLA-verpligtinge belas is om in enige kapasiteit voort te gaan na sy insolvensieprosedure (soos 'n reorganisasie), sal daardie skuldenaar alles in sy vermoë doen om sy CERCLA-verpligting as 'n "eis" te klassifiseer en sodoende te verseker dat dit in die insolvensie onthef word. As sodanig sal dit ook nie ná 'n artikel 363-verkoop aan die besoedelde perseel bly kleef nie. Dit maak die omgewingsgeraakte eiendom veel meer aantreklik vir 'n koper want die koper sal dit "vry en skoon" van eise neem.⁶⁹

Die hof redeneer dat 'n verkoop "vry en skoon" nie toekomstige eise insluit wat eers na die toestaan van die likwidasie-aansoek ontstaan het nie. Deur hierdie rasionaal toe te pas, het die hof bevind dat die *Bankruptcy Court* se verkoopbevel regsdinge vir enige eise teen die verweerder-koper uitsluit wat teen die skuldenaar-verkoper vóór of gedurende die likwidasie-aansoek gebring kon word, maar nie as die CERCLA-eise eers na die afhandeling van die likwidasie-aansoek ontstaan het nie. Dit is so omdat 'n *Bankruptcy Court* nie eise kan onthef of ontslaan wat nog nie bestaan nie.⁷⁰ Eise wat na die likwidasie ontstaan het, is nie in die "vry en skoon" taal van artikel 363(f) ingesluit nie.

3 6 2 *In re Trans World Airlines Inc*⁷¹

In hierdie saak was twee regsdinge teen Trans World Airlines (TWA) hangende toe dit 'n Hoofstuk 11-aansoek gebring het. Een geding het oor 'n eis op

⁶⁷ *In re Helder Industries Inc* 131 BR 578 (Bankr D NJ 1991) is die gesag waarop gesteun is vir die beginsel dat omgewings-eise wel deur 'n § 363-verkoop uitgewis kan word.

⁶⁸ Die hof het bevind dat daar wesenlike feitevrae bestaan het wat veroorsaak het dat die summere vonnis tov die opvolger-aanspreeklikheidseis nie toegestaan kan word nie.

⁶⁹ 731.

⁷⁰ *Allis-Chalmers* waarsku dus dat enige voornemende koper van 'n bate uit 'n insolvente boedel bewus moet wees van sy/haar moontlike blootstelling aan die insolvent se tot nou toe onbekende CERCLA-aanspreeklikheid, wat kan bestaan op grond van, bloot as voorbeeld, die skuldenaar se stuur van 'n 100 liter drom van potensieel gevaarlike stowwe na 'n stortingssterrein 25 jaar tevore. Dit gaan afhang van wanneer die eis, gegrond op omgewings-aanspreeklikheid, ontstaan het soos in die insolvensieregkonteks vereis word.

⁷¹ 322 F 3d 283 (3rd Cir 2003).

grond van diensdiskriminasie gegaan en die ander het te doen gehad met 'n skikkingsooreenkoms na 'n klasaksie op grond van geslagsdiskriminasie. Nadat American Airlines byna die geheel van TWA se bates in die insolvensie-prosedure gekoop het, het die werknemers van TWA 'n aksie op grond van opvolger-aanspreeklikheid ten opsigte van die diensdiskriminasie-eis teen American Airlines ingestel. Die werknemers het ook die verkoop aan American Airlines teengestaan omdat dit American Airlines se opvolger-aanspreeklikheid ten opsigte van die skikkingsooreenkoms en eise wat hulle gehad het, uitgewis het. Die hof het egter voortgegaan en die verkoping goedgekeur. Vir hierdie doeleindes moes dit dan 'n uitspraak maak oor artikel 363(f) se "interest in such property". Dit het bevind dat die skikkingsooreenkoms en hangende regsdinge wel "interests in property" binne die betekenis van artikel 363(f) was, want daardie aansprake het uit die verkoopte eiendom ontstaan. Die hof se mening was dat "the trend seems to be toward a more expansive reading of 'interests in property' which 'encompasses other obligations that may flow from ownership of the property' ".⁷² Die hof beslis dan ook dat die begrip "interests" soos gebruik in artikel 363(f) beskerming teen opvolger-aanspreeklikheid omvat, insluitende omgewingsregtelike eise, so lank as wat daardie eise "arises from the property being sold". Die hof het geredeneer dat "to equate interests in property with only *in rem* interests such as liens would be inconsistent with section 363(f)(3), which contemplates that a lien is but one type of interest".⁷³

Terwyl die belange van die eisers in die bates van TWA se insolvente boedel nie belange in eiendom is in die sin dat dit *in rem* belange is nie, is dit nietemin belange in eiendom binne die betekenis van artikel 363(f) in die sin dat dit *ontstaan uit die eiendom* wat verkoop word. Die hof het aangevoer dat, om toe te laat dat die skikkingsooreenkoms na die verkoop van die bates afgedwing word, die ander skuldeisers se toegang tot die opbrengs van die bateverkoop sou beperk (verminder) in stryd met die prioriteitskema van skuldeisers wat deur die BC daargestel is.⁷⁴

3 6 3 *Myers v United States of America*⁷⁵

Oglopend gaan die *TWA*-saak nie oor omgewingseise nie. Die hof se redenasie in daardie saak is egter in *Myers v United States of America* aanvaar. In hierdie saak het die voorganger-korporasie aansoek gedoen vir likwidasië (Januarie 2002) vóórdat die eiser 'n persoonlike aksie teen die korporasie ingestel het (Julie 2002) vir beweerde nalatigheid, oorlas, betreding en streng aanspreeklikheid gebaseer op die bedryf van 'n ultragevaarlike aktiwiteit. Die eiser⁷⁶ het onder andere beweer dat die skuldenaar nalatig was in die hantering van giftige stowwe

⁷² 289.

⁷³ *In re TWA* 322 F 3d 283 (3rd Cir 2003) 290. Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 732 kritiseer dat hierdie feit nie sonder meer impliseer dat algemeen onversekerde eise, soos opvolger-aanspreeklikheidseise, as *interest in property* by § 363(f) ingesluit is nie. Volgens haar het die hof hier, sonder verdere verduideliking 'n onoortuigende redenasie aangebied. Sien ook die aanhaling van haar hierbo by par 3 3.

⁷⁴ Hulle was ook onversekerde skuldeisers en sou met uitsluiting van die verkoopsooreenkoms bo die ander onversekerde skuldeisers bevoordeel word, in stryd met die voorkeuorde. Dan sou hulle maw volle betaling kry. Sien ook Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 731 ev.

⁷⁵ 296 B 774 (SD Cal 2003).

⁷⁶ Christine Myers wat as voog vir 'n minderjarige, Lacie Myers, opgetree het. Sy was toe nie bewus daarvan dat die verweerder-korporasie reeds 'n Hfst 11-aansoek gebring het nie.

wat hulle uit hoofde van 'n staatskontrak vervoer het en naby haar huis geplaas het. Die opvolger-korporasie het al die voorganger se bates gekoop en die insolvensiehof het die verkoop "vry en skoon" van enige aanspreeklikheid goed-gekeur (April 2002). Eers daarna het die eiser die regsding teen die skuldenaar ingestel. Die eiser het beweer dat die skuldenaar geen kennisgewing van die likwidasië aan haar gegee het nie. Sy het, toe sy van die situasie bewus geword het, by die insolvensiehof aansoek gedoen om haar laat-indiening van bewys van eis in die insolvente boedel te verskoon en verligting gevra van die outomatiese opskorting van hangende gedinge sodat sy met haar regsaksie op grond van persoonlike benadeling kon voortgaan. Sy het ook na die verkoop haar aansoek op grond van die delik gewysig om die opvolger-korporasie op grond van opvolger-aanspreeklikheid as verweerder in te sluit. Die insolvensiehof het haar versoek toegestaan (November 2002). Die opvolger-korporasie het daarna 'n mosie ingedien om die aansoek af te wys op grond daarvan dat dit beskerm was teen eise vir opvolger-aanspreeklikheid op grond van die eerste goedkeuring deur die insolvensiehof van 'n "vry en skoon" verkoop. Hulle het spesifiek beweer dat (1) die bevel van die insolvensiehof uitdruklik voorsiening gemaak het dat die opvolger die bates "vry en skoon" van die eiser se eis verkry; (2) die BC eise op grond van opvolger-aanspreeklikheid blokkeer; en (3) batekopers ingevolge die Kaliforniese reg nie aan opvolger-aanspreeklikheid onderworpe was nie.⁷⁷ Eiser het vervolgens beweer dat sy nie 'n "belang" gehad het nie, maar bloot 'n onversekerde eis teen die boedel waarop artikel 363(f) nie van toepassing was nie;⁷⁸ dat binne die gegewe konteks die begrip "belang" soos dit in artikel 363(f) gebruik word, nie op algemeen onversekerde eise soos hare toepassing vind nie. Daarom kan die insolvensiehof nie die verkoop van die bates "vry en skoon" van haar onversekerde eis toelaat nie. Die hof het nie saamgestem nie en verduidelik dat om die eiser toe te laat om die gewone taal van die hofbevel te ignoreer tot effek sal hê dat onversekerde skuldeisers 'n groter beskerming ontvang en selfs meer voorkeur verkry as versekerde skuldeisers.⁷⁹

Die eiser het ook beweer dat haar eis vir persoonlike benadeling nie "ontstaan uit" die eiendom wat verkoop is nie. Sy het beweer dat die eiendom wat verkoop is aan die VSA-regering behoort het. Weer het die hof nie saamgestem nie en bevind dat die eiendom wat in die insolvensie verkoop is, die kontrakte was wat die VSA-regering aan die skuldenaar toegestaan het om toksiese materiaal te vervoer.⁸⁰ Eiser se beweerde besering het ontstaan uit die skuldenaar se (beweerde nalatige) hantering, uit hoofde van die kontrakte, van hierdie toksiese materiaal. Die hof bevind dan dat eiser se eis vir persoonlike besering wel ontstaan uit die eiendom wat verkoop is, naamlik die kontrakte om toksiese materiaal te vervoer.

77 774.

78 Sy het op 'n statutêre uitleg van die woord "eis" uitgebrei en verklaar dat daar nog nie op die presiese omskrywing van die begrip "belang" in die konteks van a 363(f) besluit is nie.

79 Hulle gaan maw definitief betaling kry, al is dit van die koper-opvolger of beperk tot die opbrengs van die verkoop van die bate.

80 Hierdie geding het ná die Hfst 11-aansoek begin en word dus volgens die hof ook deur die "vry en skoon" verkoop geraak.

3 6 4 *In re Chrysler*⁸¹

In hierdie saak⁸² het die *Bankruptcy Court* die verkoop van omtrent al die skuldenare (Chrysler en sy filiale, hierna die Ou Chrysler) se bedryfsbates “vry en skoon” van alle eise en belange wat nie uitdruklik deur die koper (hierna die Nuwe Chrysler, wat gevorm is deur ’n derdeparty, naamlik Fiat) aanvaar is nie, goedgekeur ongeag of die eise voor of na die Hoofstuk 11-aansoek ontstaan het.⁸³

Verskeie partye het vervolgens beswaar teen die verkoping aangeteken, onder andere sekere pensioenfondse, op grond daarvan dat die verkoping onversekerde eise bevoordeel het deur ’n eiendomsbelang in Chrysler aan die “Voordele-skema vir Werknemers” te gee, terwyl versekerde skuldeisers nie ten volle betaal is nie en dat daar nie aan die prosedurele vereistes van Hoofstuk 11 voldoen is nie. Dit is baie duidelik dat die hof in hierdie saak ’n baie sterk besigheidsperspektief nagestreef het en die fokus was byna uitsluitlik op geartikuleerde besigheidsbeginsels en -besluite. Die hof het die *business judgement rule* toegepas en bevind dat die voorgenome verkoop die enigste lewensvatbare “lopende saakopsie” en die enigste alternatief in die plek van ’n likwidasië was. Likwidasië sou aansienlik minder opbrengs vir skuldeisers meebring as die voorgestelde artikel 363-verkoop. Die moontlikheid om bates “vry en skoon” van bestaande deliktuele aanspreeklikheid oor te dra, was ’n kritiese aansporing vir die verkoop. Net soos in die *TWA*-saak, was ook hierdie verkoop van bates van die ou Chrysler vry van opvolger-aanspreeklikheidseise nodig om omtrent 55 000 poste te behou en om voorsiening te maak vir die befondsing van werknemer-verwante verpligtinge, insluitende aftreevoordele vir meer as 106 000 afgetredenes. Om eisers se opvolger-aanspreeklikheidseise teen die koper-opvolger toe te laat terwyl ander skuldeisers se verhaal tot die opbrengs van die bateverkoop beperk word, sou teenstrydig met die BC se prioriteitskema (voorkeurorde) wees.

Verder, angesien Chrysler gedwing was om bedrywighede te staak om hulpbronne hangende die uitkoms van die voorgestelde verkoop te bewaar, sou enige wesenslike vertraging in die daarstel van ’n verkoopstransaksie lei tot aansienlike bykomende verliese. Ten slotte het die regering ’n helpende hand uitgereik en ’n finansiële aanbod in hierdie spesifieke geval gemaak wat uitdruklik daarvan afgehang het dat die verkoop vinnig afgehandel moes word. Die teenprestasie wat New Chrysler aangebied het, was in die opinie van die hof redelik.⁸⁴

81 *In re Chrysler LLC* 405 BR 84 (Bankr SDNY 2009); 576 F 3d 108.

82 Ook Gelber ea in Schnapf (red) (2011) 365 steun op *In re Chrysler* as ’n voorbeeld van die sogenaamde *fast-track restructuring* deur a 363 te gebruik om die skuldenaar se bates “vry en skoon” van retensieregte, eise en belange te verkoop, insluitende omgewingseise. Sien verder Fishman en Gouveia 2010 *Norton J of Bankruptcy L and Practice* 359 ev.

83 Die verkoopprijs was \$2 biljoen in kontant plus die aanvaarding van sekere verpligtinge van die Ou Chrysler. Beduidend in hierdie saak is die rol van die Amerikaanse Regering as ’n primêre finansier, in uitvoering van die Regering se ekonomiese beleid met die resessie in 2008. Dit het die Sekretaris van Finansies gemagtig om bates aan te koop wat aan korporasies behoort wat finansiële probleme ervaar, met die doel om vertroue in die ekonomie van die Verenigde State te plaas en die vloei van krediet te stimuleer.

84 Alhoewel die onversekerde skuldeisers wie se skulde nie deur die Nuwe Chrysler aanvaar is nie, geen verhaal ontvang het nie.

Vir doeleindes van die onderwerp van hierdie navorsing is die appellante se argument dat eise op grond van persoonlike besering nie *interests in property* was nie, meer van belang. Die verkoop het onder andere en uitdruklik alle eise of regte ingesluit wat op opvolger-, omgewings- en produkte-aanspreeklikheid gebaseer was – dus is die verkoop vry van opvolger-aanspreeklikheidseise goedgekeur.⁸⁵ Die hof het met die bo-bespreekte *TWA*-saak saamgestem en bevind dat die woorde “interests in property” al die eise omvat wat “arise from the property being sold”.⁸⁶ Alle sodanige eise moes van die opbrengs van die verkoop verhaal word.

Die beswaarmakers het geargumenteer dat die hof se steun op die *TWA*-saak, wat 'n breë interpretasie van *interests in property* voorgestaan het, misplaas was. Die hof het egter bevind dat dit nie so baie gewig plaas op die afwesigheid van die woord *claims* in artikel 363(f) nie. Die woorde *any interest in property* omvat daardie eise wat *arise from the property being sold*. Dit was die hof se mening dat appellante se regte ten minste gedeeltelik gegrond was op die feit dat ou Chrysler se bates vir doeleindes van die motorvervaardigingsbedryf aangewend was. As appellante nooit gekies het om hul bates in die motorbedryf te gebruik nie, en besigheid in 'n totaal ander omgewing opgeneem het, sou appellante geen reg gehad het om skadevergoeding te eis nie.

Dit is die oordrag van ou Chrysler se roerende en immateriële eiendom aan nuwe Chrysler wat kon lei tot opvolger-aanspreeklikheid in die afwesigheid van die verkoopbevel se bepalings in verband met die verpligtinge. Omdat die appellante se eise uit ou Chrysler se eiendom ontstaan het, het artikel 363(f) die insolvensiehof toegelaat om die verkoop “vry en skoon” van die appellante se belang in die eiendom goed te keur.

3 6 5 *In re General Motors Corp*⁸⁷

Die *Bankruptcy Court* het in *In re General Motors Corp*⁸⁸ ook 'n artikel 363-verkoop vir substansieel al General Motors se bedryfsbates op wesenlik dieselfde terme gemagtig. Die feite in hierdie saak is byna soortgelyk aan die feite in Chrysler, behalwe dat die Nuwe General Motors nie 'n derdeparty-koper was nie en dat geen kontant as koopprys vir die bates van Ou General Motors betaal is nie. Weer beduidend was die rol van die Amerikaanse regering as finansier en

85 Wat baie interessant in hierdie geval was, is die opsigtelike voorkeurbehandeling van sekere pensioenarisse. Die Nuwe Chrysler het 'n ooreenkoms met die United Auto Workers Labour Union aangegaan wat 'n vrywillige “Voordele-skema vir Werknemers” geskep het om gepensioeneerdes se gesondheidsorg-verpligtinge te finansier. Ingevolge hierdie United Auto Workers-pensioenooreenkoms sou die vrywillige “Voordele-skema vir Werknemers” gefinansier word deur bydraes van 'n 55% ekwiteitsbelang in Nuwe Chrysler en 'n nuwe \$4,5 biljoen dekkingsnota deur Nuwe Chrysler.

86 576 F 3d 108 (2d Cir 2009) 126. Hierdie beslissing is op ander gronde in 592 F 3d 370 (2d Cir 2010) omvergewerp. Gevolglik kan hierdie uitspraak hoogstens as 'n ooredende, nie-bindende presedent gesien word. Nietemin het dit in die VSA 'n formaat vir regerings-entiteite voorsien van wanneer omgewingseise nie teenoor die koper-opvolger afgedwing word nie en van wanneer die koper wel as die na-kontraksluiting-eienaar of operateur van die eiendom beskou sou word.

87 407 BR 463 (Bankr SDNY 2009).

88 Sien Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 742 vir kritiek op die bevinding van die hof in hierdie geval. Hierdie skrywer is oortuig dat opvolger-aanspreeklikheidseise nie *interests in property* ingevolge § 363(f) daarstel nie.

uitlener van fondse en ook was die voorkeurbehandeling van die *United Auto Workers* pensioenarisse opvallend. Met betrekking tot die nuwe kollektiewe bedingingsooreenkoms het die *United Auto Workers* ook in hierdie geval ooreengekom om toelaes te betaal en voordele te bewerkstellig aan 'n vrywillige voordele-skema vir werknemers in ruil vir 'n ekwiteitsbelang in die Nuwe General Motors.

Vir die hof was die mees basiese vraag in hierdie geval of die artikel 363-verkoop behoorlik was. Die hof het verklaar dat daar met verwysing na al die relevante feite voor die hof bepaal moet word of 'n geartikuleerde besigheidsregverdiging en 'n "goeie besigheidsrede" bestaan het om met die verkoop voort te gaan sonder 'n reorganisasieplan. Vrae wat die hof vir hierdie doeleindes gevra het, was of die boedel van die Ou General Motors die likiditeit gehad het om te oorleef tot bevestiging van 'n reorganisasieplan? Sou die geleentheid om te verkoop steeds bestaan het op die tydstip van die bekragtiging van 'n reorganisasieplan? Indien dit nie die geval was nie, hoe waarskynlik was dit dat daar 'n bevredigende alternatiewe verkoopgeleentheid sou wees of moontlik 'n alternatiewe plan wat ewe wenslik (of selfs beter) vir skuldeisers sou wees? Die kruks van al hierdie vrae was met ander woorde of daar 'n wesenlike risiko was dat, met die uitstel van die verkoping, "die pasiënt op die operasietafel sou sterf"?⁸⁹

Die hof het daarop gewys dat die enigste alternatiewe vir 'n onmiddellike verkoop kragtens artikel 363 die likwidasië van General Motors sou wees en dit sou katastrofies wees. Op die feite was die hof oortuig dat die skuldeisers in 'n volwaardige likwidasië heelwat slegter af sou wees omdat die onversekerde skuldeisers geen dividend sou ontvang nie terwyl hulle wel die geleentheid gehad het om met die goedkeuring van die artikel 363-verkoop aandele in Nuwe General Motors te bekom. Daarbenewens is die versekerde skuldeisers se eise deur die Nuwe General Motors aanvaar en is hulle deur die verkoop bevoordeel. Verder het die hof bevind dat die regering die enigste bron van finansiering was en dat geen uitlener gewillig was om 'n uitgerekte Hoofstuk 11 te finansier nie. Gevolglik het die hof tot die slotsom gekom dat die voorgestelde verkoop gepas was.

Die primêre beswaarmakers teen die verkoop was 'n groep van onversekerde verbandhouders wat beweer het dat die verkoopplan onbehoorlik was. Die hof het daarenteen gemeen dat die toekenning of inbring van waarde deur die koper nie die skuldenaar se belang geaffekteer het nie. Dit het net waarde ingebring en die skuldeisers sou daarna deel in daardie waarde op grond van 'n Hoofstuk 11-plan, onderhewig aan bevestiging deur die Hof.⁹⁰

Meer van belang vir die fokus van hierdie navorsing, weer eens, is die hof se standpunt oor artikel 363(f) se "belange in sulke bates". Soos gesê was die besigheidsoordeel ten opsigte van die verkoop die hof se primêre oorweging, maar tog kyk die hof ook na hierdie aspek want die hof erken dat opvolger-aanspreeklikheid in die omstandighede bepaal word deur die vraag of dit as 'n "belang in sulke bates" kwalifiseer.

⁸⁹ 490 492.

⁹⁰ Ook in hierdie geval word baie kritiek teen die bevinding van die Bankruptcy Court uitgespreek. Sien bv Fishman en Gouveia 2010 *Norton J of Bankruptcy L and Practice* 364 ev, wat kritiek teen veral die hof se waardebevestiging lewer.

Die hof redeneer soos volg: Die begrip “belang” sluit meer as ’n retensiereg in. Artikel 363(f)(3) maak dit duidelik dat “belang” breër is want anders sou dit nie sin gemaak het dat hierdie subartikel spesifiek en uitdruklik verduidelik wat moet gebeur in die geval waar die “belang” ’n “lien” is nie. Ook hierdie hof beklemtoon dat ’n retensiereg maar een tipe “belang” is waarvan die bate “vry en skoon” verkoop kan word.

“An ‘interest’ is something that may accompany the transfer of the underlying property, and where bankruptcy policy, as implemented by the drafters of the Bankruptcy Code, requires specific provisions to ensure that it will not follow the transfer. Those in the bankruptcy community know, upon considering the usage of ‘interest’ in any particular place in the Code, that ‘interest’ means wholly different things in different contexts.”⁹¹

Die betekenis van artikel 363(f) kan beoordeel word. Die hof wys daarop dat tekstuele analise aandui dat “belang” meer as “retensiereg” beteken, maar dui nie aan hoeveel meer nie. Tekstuele analise ondersteun nie, maar sluit ook nie die moontlikheid uit nie, dat ’n “belang in eiendom” ’n reg dek wat teen ’n nuwe party bestaan bloot as gevolg van ’n oordrag van eiendom aan daardie party; nóg ondersteun of sluit tekstuele analise die idee uit dat ’n “belang” ’n reg is wat saam met die eiendom gaan – of dat dit saam sal gaan tensy die BC dit voorkom. Eventueel is tekstuele analise onoortuigend. Nié die BC óf uitleghulp dui aan hoe breed of hoe eng, in die besondere konteks van artikel 363(f), “belang in eiendom” omskryf behoort te word nie.⁹²

Die hof stem met die *TWA*-saak saam dat delikseise belange in eiendom is op so ’n wyse dat dit uitgewis word deur ’n “vry en skoon” verkoop ingevolge artikel 363(f)(5). Artikel 363(f) kan vervolgens paslik in spel gebring word om “vry en skoon” van opvolger-aanspreeklikheidseise te verkoop.⁹³

“Under § 363(f), there could be no successor liability imposed on the purchaser for the seller’s . . . monetary obligations related to clean-up costs, or any other obligations that were obligations of the seller. But the purchaser would have to comply with its environmental responsibilities starting with the day it got the property, *and if the property required remediation as of that time, any such remediation would be the buyer’s responsibility.*”⁹⁴

3 4 6 *Nationwide Mutual Insurance Co v Eagle Windows & Doors Inc*⁹⁵

In *Nationwide Mutual Insurance Co v Eagle Windows & Doors Inc* het Gilliam Konstruksie (G) aangebied om vensters, wat deur Eagle & Taylor Company (E)⁹⁶ vervaardig is, gedurende 2000 in ’n nuutgeboode huis te installeer. Die nuwe huiseienaars het mettertyd agtergekom dat die vensters foutief was en dadelik met ’n regsgeeding teen G begin. Nie lank daarna nie het E vir likwidasie aansoek gedoen en G met potensiële regs aanspreeklikheid gelaat. In 2002 het E se insolvente boedel sommige van sy bates kragtens artikel 363(f) aan EWD verkoop en die verkoop is deur die insolvensiehof goedgekeur deur middel van ’n verkoopbevel. Die ooreenkoms het die bepaling bevat dat die verkoop “vry en

91 502.

92 503.

93 504.

94 508. Klem ingevoeg.

95 714 SE 2d 322 (SC 2011).

96 Wat reeds die opvolger van ’n vorige maatskappy was, maar dit is nie relevant vir die onderhawige situasie nie.

skoon” was van alle retensieregte, eise, beswarings en belange (*interests*) insluitende eise wat verband hou met die ontwerp, vervaardiging, verkoop of verspreiding van produkte wat deur E verkoop is. Die bates en EWD word vrygestel van alle sodanige belange wat vervolgens beëindig word en bevredig moet word uit die opbrengs vir die verkoop van die bates. Nog ’n bepaling het gelui dat die oordrag nie vir EWD geheel of gedeeltelik, regstreeks of onregstreeks, of op grond van enige regsteorie of billikheid,⁹⁷ sou onderwerp aan enige aanspreeklikheid met betrekking tot die bedryf van die E se besigheid nie.

In 2006 het G ’n skikking met die huiseienaars bereik en daarna ’n aansoek vir EWD se bydrae, as eienaar van bates wat van die insolvente boedel gekoop is, geliassseer deur te beweer dat EWD die belange-opvolger van E was en verantwoordelik was vir die betaling van ’n deel van die skikkingsbedrag. EWD het ’n mosie ingedien vir ontslag. Die rondgaande hof het G se argument asook EWD se aanspreeklikheid verwerp op grond daarvan dat die verkoopporeenkoms uitdruklik verbied het dat EWD blootgestel word aan opvolger-aanspreeklikheid vir enigiets wat E voor die artikel 363-verkoping gedoen het. Op appèl egter het die *Supreme Court* van Suid-Carolina die rondgaande hof se bevinding omgekeer en beslis dat nóg die verkoopbevel nóg die aanwending van toepaslike insolvensiereg G se regsgeding verbied. Gevolglik het die hof beslis dat G kon voortgaan met sy eis op grond van opvolger-aanspreeklikheid teen EWD.

Die hof se redenasie was soos volg:

“Under an 11 U.S.C.S. § 363(f) ‘free and clear’ sale, the purchaser of a bankrupt’s assets need not fear that a creditor of the bankruptcy estate can enforce its claim against those assets because the effect of the free and clear sale is to limit that creditor to *in rem* relief against the sale proceeds. Whether a party is limited to proceeding *in rem* against these proceeds, or is one whose claim lies against the purchaser, is determined first by 11 U.S.C.S. § 101(5) of the U.S. Bankruptcy Code. *If the creditor does not have a § 101(5) claim, then his right to proceed against the purchaser is determined by state law.*”⁹⁸

Die hof gaan kyk na die omskrywing van “eis” in artikel 101(5) van die BC (omdat dit so ’n tipe eis is wat deur die “vry en skoon” verkoop geraak sal word).

“An individual has a 11 U.S.C.S. § 101(5) claim [which is limited by the free and clear sale to *in rem* against the sale proceeds held by the Debtor] against a debtor manufacturer if (i) events occurring before confirmation create a relationship, such as contact, exposure, impact, or privity, between the claimant and the debtor’s product; and (ii) the basis for liability is the debtor’s pre-petition conduct in designing, manufacturing and selling the allegedly defective or dangerous product. The debtor’s pre-petition conduct gives rise to a claim to be administered in a [bankruptcy] case only if there is a relationship established before confirmation between an identifiable claimant or group of claimants and that pre-petition conduct.”⁹⁹

Die hof se uitgangspunt is duidelik dat, terwyl die BC se definisie van “eis” opsetlik baie wyd is, gaan dit nie so ver as om eis te omskryf as “bestaande of nie-bestaande” nie en dit is presies wat die huiseienaars voor die verkoop van die bate gehad het – ’n nie-bestaande eis. G se reg om kontribusie van EWD te verhaal het afgehang van die vraag of die huiseienaars ’n eis teen E vóór die bateverkoop gehad het, en indien wel, of die eis deur die verkoopbevel uitgewis

97 “Theory of law or equity”; sien 324 van die verslag.

98 325. Klem ingevoeg.

99 *Ibid.*

is. Die huiseienaars het in daardie stadium (voor die verkoop) geen eis spesifiek teen E se insolvente boedel gehad wat deur die verkoopooreenkoms “vry en skoon” hanteer kon word nie.¹⁰⁰ Dit is so omdat daar geen pre-petisie¹⁰¹ verhouding tussen die huiseienaars en E was nie. Hoewel E die beweerde gebrekkige vensters vervaardig het, het E self nooit enige direkte kontak met die huiseienaars gehad nie. Die huiseienaars het deurentyd in geheel slegs met G besigheid gedoen en gekommunikeer en het nooit enige besigheid met E gedoen nie. Daar was geen ander voorafbestaande verhouding tussen E en die huiseienaars wat sou aanleiding gee tot ’n eis binne die betekenis van die verkoopbevel nie. Die hof het vervolgens beslis dat die verkoopbevel nie G se regte geaffekteer het om EWD vir opvolger-aanspreeklikheid te dagvaar nie.¹⁰²

Omdat die appellante se eis oor opvolger-aanspreeklikheid nie ingevolge artikel 101(5) ontstaan het óf met die skuldenaar verband hou nie maar op respondent se post-verkoop gedrag berus, het die insolvensiehof nie jurisdiksie oor appellant se opvolger-aanspreeklikheidseis teen die respondent nie. Die bewoording van die ooreenkoms bevry EWD nie van aanspreeklikheid vir sy eie gedrag ná die verkoop nie – waarsonder daar geen opvolger-aanspreeklikheid kan wees nie.¹⁰³

Die effek van hierdie beslissing is weliswaar dat ’n § 363 (f) “vry en skoon” verkoop minder beskerming gee as wat die benaming ’n mens aanleiding gee om te glo. Voor die verkryging van E se bates, het EWD noukeurig sy koopooreenkoms opgestel om bestaande eise uit te wis en die spook van die opvolger-aanspreeklikheid te verdryf. Hierdie voorwaardes is in die finale koopkontrak ingesluit en deur ’n federale insolvensieregter onderteken. Tog, byna 8 jaar later, het EWD bevind dat hy blootgestel is aan opvolger-aanspreeklikheid. Dit is ook nie verkeerd nie, want as die eis nie as ’n eis kragtens artikel 101(5) van die Bankruptcy Act kwalifiseer nie, en die skuldeiser kan bewys dat die koper se gedrag of optrede aan een van die volgende vier toetse voldoen, kan opvolger-aanspreeklikheid wel opgeloopt word: (1) As daar ’n ooreenkoms was dat hierdie skulde aanvaar word; (2) die transaksie *de facto* ’n samesmelting of konsolidasie was; (3) die oordragener bloot ’n voortsetting van die oordraggewer was; of (4) die partye die bate bedrieglik oorgedra het om onregmatig die skuldeiser se eis te vermy.

3 7 Samevattend met betrekking tot “belang in eiendom”

In paragraaf 2 hierbo is gewys op die neiging in die Amerikaanse reg en in regspraak waar CERCLA ter sprake is, om die omvang van die uitsonderings tot die algemene reël (dat die koper in die algemeen nie die aanspreeklikheid van die verkoper oploopt nie), aansienlik te verbreed sodat meer kopers as opvolgers aanspreeklik gehou word. Die effek hiervan word egter in insolvensies aansienlik ingekort deur “vry en skoon” verkope ingevolge artikel 363. Die kwessie of ’n eis op grond van opvolger-aanspreeklikheid ’n belang in eiendom daarstel vir doeleindes van ’n “vry en skoon” behandeling ingevolge artikel 363(f), het reeds

100 Maw die bevel wat die koper ontslaan van alle eise wat voor die verkoop ontstaan het, verwys na ’n aksie *in rem* teen die opbrengs van die verkoop terwyl appellant se saak teen die koper as die opvolger entiteit ’n aksie *in personam* teen die opvolger self was.

101 Voor likwidasie-aansoek.

102 Sien Buskenkell en Cicoski 2012 *ABIJ* 76–77 vir kritiek teen hierdie beslissing.

103 326 van die verslag.

vanaf 1996 die aandag van die hof gevind.¹⁰⁴ Die hof het in al die bogemelde hofsake bevind dat 'n eis op grond van opvolger-aanspreeklikheid 'n "belang in eiendom" onder artikel 363(f) daarstel en het dus die uitgebreide siening van *interest in property* aanvaar. Alhoewel dit in werklikheid nie veel gesag op die punt van opvolger-aanspreeklikheid vir omgewingsbenadeling in die konteks van 'n artikel 363-verkoop is nie, suggereer die aantal sake wat wel beslis is oortuigend dat artikel 363-bevele beskerming bied teen eise op grond van opvolger-aanspreeklikheid, insluitende omgewingsaanspreeklikheid.¹⁰⁵

Artikel 363-verkope voorsien inderdaad 'n meganisme om die lopende saakwaarde van 'n insolvente boedelbate te preserveer en die skuldeisers van daardie boedel se verhaal te maksimaliseer op 'n wyse wat nie dikwels deur die tradisionele Hoofstuk 11-proses bereik kan word nie.¹⁰⁶ Dit is egter my mening dat die *Bankruptcy Court* nie die *Chrysler*-beslissing of die *General Motors*-beslissing¹⁰⁷ klakkeloos sal navolg nie omdat hierdie twee aangeleenthede uitsonderlike gevalle was.¹⁰⁸ Omdat die nasionale ekonomie aan Chrysler en General Motors se lot gekoppel was, het hierdie sake uiterste uitkomsteregverdig. In die lig hiervan is ek van mening dat die beslissings beperkte impak op toekomstige artikel 363-verkope sal hê.¹⁰⁹ Wat ook nie onderskat moet word nie, is die effek van die verskerpte omgewingsbewustheid wat deesdae heers en die hof sal baie versigtiger wees om sonder behoorlike, goed gefundeerde beginsels, sowel as veiligheidsfaktore, 'n artikel 363-verkoop goed te keur.

Die oopvlek van die hele aangeleentheid in die Amerikaanse reg het na my mening 'n onverwagte "senuwee" in die oop wond openbaar: As opvolger-aanspreeklikheid *interests in property* onder artikel 363(f) is, dan is eisers op grond van opvolger-aanspreeklikheid geregtig om aanspraak te maak op "voldoende beskerming" kragtens artikel 363(e). *As dit versoek word*, is die bestaan van "voldoende beskerming" verpligtend.¹¹⁰ Dus, artikel 363(e) verseker 'n skuldeiser op grond van opvolger-aanspreeklikheid, wat gewoonlik 'n

104 Hierbo is verwys na die drie Circuit Courts of Appeal waarin die aangeleentheid aanspreek is nl in die Fourth Circuit in *In re Leckie Smokeless Coal Co* 99 F 3d 573 (4th Cir 1996); in die Third Circuit in *In re Trans World Airlines Inc* 322 F 3d 283 (3rd Cir 2003) en in die Second Circuit in *In re Chrysler LLC* 405 BR 84 (Bankr SDNY 2009); 576 F 3d 108.

105 Sien ook die standpunt van Stochak, Wine en Yates (2009) 32.

106 Fishman en Gouveia 2010 *Norton J of Bankruptcy L and Practice* 365.

107 Sien par 3 6 4 en 3 6 5 hierbo.

108 Sien ook Corcoran 2010 *Am Bankr Inst LR* 743 vir dieselfde mening dat dit hier gegaan het oor "the imminent collapse of one of the nation's largest automobile manufacturers, one that had been infused with federal monies to prevent such a collapse". Tog is daar weliswaar ook skrywers wat die teenoorgestelde standpunt handhaaf, oa Medford en Kelkar 2011 *ABLIJ* 96.

109 My prognose is dat in die tipiese geval van omgewingsbenadeling waar ernstige skade en groot aanspreeklikhede ter sprake is, kopers waarskynlik nie in staat sal wees om die versnelde prosedures en uitkomstegedrewe voordele wat in *Chrysler* en *General Motors* gegun is, te geniet nie. Die ernstige kritiek wat al oor die regsposisie uitgespreek is, sal verseker dat elke geval sy eie, nougesette ontleding vereis en die hof sal waarskynlik van skuldenare vereis om aan te toon dat 'n verkoop van 'n substansiële deel van hul bates buite 'n likwidasië- of reorganisasieplan onder die toepaslike beginsels en omstandighede geregverdig is.

110 In *In re Dewey Ranch Hockey LLC* 414 BR 577 (Bankr D Ariz 2009) 592 word beslis dat "(t)he requirement of adequate protection in section 363(e) is mandatory. If adequate protection cannot be provided, such sale must be prohibited."

onversekerde skuldeiser is, beter behandeling of verleen aan hom of haar verhoogde status in vergelyking met soortgelyke nie-prioriteits- (konkurrente) skuldeisers. Die betrokke skuldeiser kry, op grond van die “voldoende beskerming” vereiste spesiale behandeling. Dat toegelaat word dat eise op grond van opvolger-aanspreeklikheid teen kopers deur artikel 363(f) van die BC afgeskryf word, versteur die prioriteitskema, want daardie skuldeisers kry nou in elk geval daardie “verhoging” van *adequate protection*.¹¹¹

Die onlangse saak van *In re Gulf Coast Oil Corp*¹¹² boesem myns insiens meer vertrou in. Dit verskaf ’n maatstaf en beter motivering vir die oplossing van die dilemma. In hierdie saak het die hof geweier om die verkoop te bekragtig omdat die skuldenare nie ’n *substantial business reason* aangetoon het waarom hulle eerder ’n artikel 363-verkoop as ’n verkoop ingevolge ’n Hoofstuk 11-likwidasiplan ondersteun of gekies het nie. Die hof het verskeie faktore geïdentifiseer waarvoor ’n insolvensieregter moet kyk voordat hy die artikel 363-verkoop moet goedkeur, insluitende (1) die noodsaaklikheid vir ’n spoedige besluit; (2) of daar ’n besigheidsregverdiging vir die afsonderlike artikel 363-verkoop was; (3) die waarskynlikheid van kompeterende aanbiedinge; (4) die tipe beskermings wat die koper gesoek het; en (5) wie deur die verkoop bevoordeel word. Die hof het verduidelik¹¹³ dat ’n verkoop bloot ’n oordrag van bates vir waarde is, met moontlike insluiting van bepalinge vir voldoende beskerming. ’n Verkoop loop die risiko om ongeldig verklaar te word as dit verder gaan en poog om skuldeisers se regte in ’n aansienlike mate te affekteer. In hierdie geval, omdat die skuldenare probeer het om die verkoop ook nog te belas met beide ’n vrystelling en die eliminerings van opvolger-aanspreeklikheid, het die hof bevind dat Hoofstuk 11 ’n meer toepaslike voertuig vir die skuldenare se likwidasiplan sou wees.

4 KONKLUSIE

Een van die dryfvere in die likwidasiplanproses is om die bates van die insolvente boedel te maksimaliseer sodat die dividende wat die skuldeisers uiteindelik kry, so groot as moontlik sal wees. Artikel 363(f)-verkope “vry en skoon” van *any interest in such property* help om hierdie doel te verwesenlik deur waarde aan die boedel toe te voeg. Om dit te bewerkstellig blokkeer artikel 363(f) die oplegging van opvolger-aanspreeklikheid, ook ten opsigte van omgewingskade, en volgens die meerderheid van gesag in die Amerikaanse reg is dit duidelik dat die potensiaal van ’n verlamende deliktuele eis teen die koper-opvolger na afhandeling van die transaksie teenstrydig sou wees met hierdie kernoogmerk van die BC. Daarbenewens, as opvolger-aanspreeklikheid toegelaat word om toepassing te vind, word daardie skuldeiser effektief ’n voorkeur verleen. Sy eis kan selfs beter as die eis van ’n versekerde skuldeiser vaar.

Dit is dan in hierdie stadium redelik seker dat die reg wat ’n persoon het om skadevergoeding weens omgewingsbenadeling van die koper-opvolger te verhaal, in die VSA as *interest in such property* beskou word en dus ook deur die “vry en skoon” verkoop geraak word. Insolvensieregters het vervolgens die

111 Sien die spesifieke punt van kritiek in par 3 4 hierbo.

112 404 BR 407 (Bankr SD Tex 2009).

113 Hier het die hof baie sterk en uitdruklik op die ouer uitspraak in *Pension Benefit Guaranty Corp v Braniff Airways Inc* 700 F2d 935 (5th Cir 1983) gesteun.

moeilike taak om te onderskei tussen twee scenario's. Aan die een kant is daar die situasie waar 'n vinnige artikel 363-verkoop maklik geregverdig kan word omdat daar baie duidelike nood bestaan soos daadwerklike, aanhoudende verliese en 'n sakeplan wat daaglik onomkeerbaar versleg. Aan die ander kant moet die "negatiewe" scenario onderskei word. Hiermee word bedoel die situasie waar 'n skuldenaar (of meer waarskynlik: die versekerde skuldeiser wat daardie betrokke bate as sekuriteit hou, deur die skuldenaar) steun op slegs 'n klein winsgrens of voordeel om 'n vinnige artikel 363-verkoopsvoorstel te regverdig. Hierdie oogmerk dien dan hoofsaaklik die voordeel van die versekerde skuldeiser en soms is dit selfs die enigste oogmerk. Dit bied geen voordeel vir die ander belangegroep nie. Bepalende faktore om hierdie onderskeid te kan tref en om die regte oordeel te maak, is die faktore wat in die *Gulf Coast Oil Corp*-saak hierbo reeds uitgelig is.

5 AANBEVELINGS

Die scenario wat die fokus van hierdie ondersoek vorm, handel oor die realiteit dat die entiteit wat vir omgewingsbenadeling verantwoordelik is, in insolvente omstandighede is en dus gesekwestreer of gelikwideer is. Die entiteit is verplig tot en onderworpe aan omgewingsverpligtinge (synde die vergoeding van gedane skade of benadeling, die koste verbonde aan die beperking, voorkoming en remediëring van skade, of nakoming van omgewingsverpligtinge *per se*), maar kan nie hierdie verpligtinge nakom nie weens die likwidasië. Omdat die realiteit is dat 'n insolvente skuldenaar betrokke is, kom sekere baie belangrike rigtinggewende beginsels, anders as dié wat in gewone omstandighede toepassing sou vind, in die spel. Derhalwe is die submissie, wat die Suid-Afrikaanse regsposisie betref, dat die roete om te volg die volgende is: Heel eerste moet onderskei word tussen eise en verpligtinge wat voor sekwestrasie of likwidasië ontstaan het en dié daarna. Eersgenoemde eise moet in die sekwestrasie of likwidasië geadministreer en beredder word.¹¹⁴ *Koper-opvolgers sal in so 'n geval geen risiko loop nie, tensy die toepaslike regsbeginne aanspreeklikheid toeken.*¹¹⁵ 'n Skuldeiser wie se eis voor sekwestrasie of likwidasië ontstaan het, is ongelukkig in 'n baie benarde situasie. Daaraan kan bitter min gedoen word, behalwe as daar in Suid-Afrika ernstig gedink word oor die afdwing van "persoonlike" strawwe soos tronkstraf wat as afskrikmiddel kan dien, want dit is my standpunt

114 Sien 'n bespreking van hierdie onderwerp in Stander 2012 *SA Merc LJ* 148–176; Stander 2012 *SA Merc LJ* 273–297; Stander "Some thoughts on environmental claims in liquidation" 2013 *THRHR* 436–450.

115 Bv in die geval waar die koper uitdruklik ook daarvoor aanspreeklikheid aanvaar, of die transaksie *de facto* 'n samesmelting of konsolidasië is, of die oordragnemer bloot 'n voortsetting van die oordraggewer is, of die partye die bate bedrieglik oorgedra het om onregmatig die skuldeisers se eis te vermy. Verpligtinge (soos tov voorkoming, beperking en/of remediëring) wat voor sekwestrasie/likwidasië verskuldig was en nie deur die insolvent of iemand anders uitgevoer is nie (en dan tot 'n volwaardige/afdwingbare eis gegroei het nie) kan ook nie teen die koper-opvolger verhaal word nie. Weer is dit die geval, tensy die uitsonderings van toepassing is. Daardie eise moet deur die boedel betaal word en die verpligtinge moet deur die insolvensieverteenwoordiger namens die gelikwideerde boedel uitgevoer word. As die las in hierdie verband te groot is, sal die insolvensieverteenwoordiger die betrokke bate *bona vacantia* verklaar en word die verpligting uiteindelik op die staat se skouers geplaas. Sien Stander 2012 *SA Merc LJ* 148–176; Stander 2012 *SA Merc LJ* 273–297.

dat ernstige omgewingskade of -benadeling tot verantwoording geroep móét word. In die geval van eise wat eers ná sekwestrasie of likwidasië ontstaan het, sal 'n ontleding gedoen moet word om te bepaal waar die omgewingsverpligting rus, want die benadeling kan moontlik aan die nalatige of roekelose optrede van die insolvensieverteenwoordiger of ander amptenaar of beampte toegeskryf word.¹¹⁶

Waar dit nie moontlik is nie, is die volgende stap om te toets vir opvolger-aanspreeklikheid. Soos reeds gesê, omgewingskade of -benadeling móét verantwoord word. In hierdie stadium bevat geen insolvensiewetgewing iets soortgelyks aan artikel 363-verkope van die Amerikaanse Bankruptcy Act nie. Die voordeel waarmee Suid-Afrika in hierdie situasie sit, is dat geleer kan word van ander (wat al verder op die pad gevorder het) se foute en geleen kan word van hul oplossings wat waarskynlik ook al in die howe getoets is. Dat die teorie van opvolger-aanspreeklikheid inderdaad 'n werklike nadeel kan inhou vir die verkoop van bates uit 'n insolvente boedel, word nie betwyfel nie. Skuldeisers word in die meeste gevalle ernstig benadeel en verdien die beste opbrengs wat die insolvente boedel kan bereik. Daarom het die VSA artikel 363-verkope op hul wetboek geplaas. Dat artikel 363-verkope misbruik kan word, kan ook nie betwyfel word nie. Dit het ook al duidelik in die Amerikaanse regspraak na vore gekom.¹¹⁷ 'n Goue middeweg moet gevind word. Derhalwe is dit my submissie dat iets soortgelyks as die artikel 363-verkope wel 'n oplossing vir die netelige situasie kan bied. Dit hou in dat die teorie van opvolger-aanspreeklikheid in die geval van verkope na sekwestrasie of likwidasië uit 'n insolvente boedel uitgesluit kan word, ook ten opsigte van omgewingsaanspreeklikheid. Die voorbehoud moet wees dat, indien dit in die hof se oordeel nodig is – tipies in gevalle waar werklike ernstige omgewingsbenadeling plaasgevind het – die benadeelde of skuldeiser se eis aan die opbrengs van die verkoop kleef. Hierdie skuldeiser word inderdaad bo die ander bevoordeel ('n voordeel waarop hy voor die verkoop nie geregtig was nie), maar dit kan getemper word met byvoorbeeld 'n bevel deur die hof dat slegs 'n gedeelte van die eis daardie voordeel kry. Artikel 363(a) van die BC omskryf “cash collateral”. Net so kan 'n Suid-Afrikaanse ekwivalent omgewingseise ten opsigte van hierdie “vry en skoon” verkope omskryf, uitsonder, kwalifiseer of beperkings stel. My motivering vir hierdie standpunt is uiters subjektief omdat ek van mening is dat omgewingsbenadeling aangespreek moet word, veral waar dit gaan oor omstandighede en benadeling wat die lewe en gesondheid van mense raak wat in die hedendaagse omstandighede van moderne industrialisasie nie hulself kan beskerm nie.

Die vraag is wat anders daar in hierdie stadium in Suid-Afrika bestaan? As daar nie 'n beginsel geskep word nie, gaan dit meer en meer gebeur dat die omgewingsgeraakte bedryf, perseel of eiendom bloot deur die likwidateur *bona vacantia* verklaar word sodat dit op die skouers van die betrokke omgewingsdepartement val, wat in alle waarskynlikheid nie, of nie ten volle, finansiëel

116 Sien 'n bespreking van hierdie onderwerp in Stander 2013 *THRHR* 436–450; Stander 2012 *SA Merc LJ* 148–176; Stander 2012 *SA Merc LJ* 273–297.

117 In onlangse jare het dit meer algemeen geword dat skuldene § 363-verkope sluit om 'n substansiële deel van, of selfs al hul bates te verkoop. Sodoende tree die skuldene uit 'n Hfst 11-reorganisasieplan tgv wat hulle as 'n vinniger, meer doeltreffende proses (sien Deutsch en Distefano 2011 *ABIJ* 48).

daartoe in staat sal wees om die skade te vergoed of die kostes aan te gaan nie. Die moontlikheid van 'n verwerping van die beswarende eiendom kan ook kristalliseer,¹¹⁸ met die gevolglike skade ook op die skouers van die staat. Let wel dat dit hier nie gaan oor verpligtinge in die sin van wetlik gestelde vereistes wat vir 'n sekere omgewingsbedrywigheid noodsaaklik is nie. Daardie vereistes sal in elk geval deur die koper-opvolger nagekom móét word as hy met die bedryf van die besigheid voortgaan. Dit gaan hier oor die eise op grond van omgewingsbenadeling wat ná sekwestrasie of likwidasië ontstaan het en die verpligtinge (opruiming, voorkoming, beperking en remediëring) wat na sekwestrasie of likwidasië nagekom moes word maar nie nagekom is nie en gevolglik steeds aan die bate, die perseel of die fasiliteit kleef. Baie streng voorwaardes móét egter aan hierdie “vry en skoon” verkoop gekoppel word.

Sou 'n koop “vry en skoon” dus wel in die Suid-Afrikaanse konteks deur die houe goedgekeur word, moet 'n koper van omgewingsgeraakte eiendom 'n beswaar teen die voorgename verkoop van die omgewingsgeraakte perseel of eiendom verwag indien die beoogde verkoop die koper verlig van enige aanspreeklikheid vir voorkoming, beperking, remediëring en opruimingskoste na sekwestrasie of likwidasië en daardie verpligtinge wat nog nie aangegaan is nie; veral in die geval waar hy verlig word van 'n verpligting om in die toekoms aan die omgewingsregulasies te voldoen. So 'n koper moet verder verwag en dit is my standpunt dat die bevel wat die verkoop goedkeur onderhandelde terme met betrekking tot die koper se toekomstige geldelike en nie-geldelike omgewingsverpligtinge sal en moet bevat. By die aankoop van 'n omgewingsgeraakte perseel moet die koper verwag dat die betrokke omgewingsagentskappe nodige administratiewe sake uitreik, en/of ander stappe sal neem om die koper se deurlopende nakoming van die toepaslike omgewingswette te vereis, insluitende die remediëring van die perseel vorentoe. Om 'n verhouding tussen die potensiële koper en die relevante omgewingsagentskappe vóór die verkoping te bewerkstellig, kan na die verkoop voordelig vir die koper wees want die koper moet tog met die betrokke omgewingsagentskappe saamwerk ten opsigte van sy toekomstige verpligtinge om aan toepaslike omgewingswette te voldoen. Dit is my mening dat 'n kundige likwidateur hierdie verhouding behoort te bewerkstellig en aan te moedig.

Faktore wat 'n groot rol by die goedkeuring van 'n “vry en skoon” verkoop moet speel en waaraan die houe ernstige aandag sal moet gee, is (1) die noodsaaklikheid vir 'n spoedige besluit (byvoorbeeld as die waarde van die skuldenaar se bates drasties begin afneem en dit nog verhoed kan word); (2) is daar 'n besigheidsregverdiging vir die “vry en skoon” verkoop, met ander woorde is daar gesonde besigheidsoordeel toegepas met die besluit om te verkoop én is die verkoopprijs billik, redelik en voldoende (genoegsaam)?; (3) is daar 'n geldige regverdiging vir die verkoop van die bates deur 'n “vry en skoon” verkoop eerder as die gewone likwidasiëplan (gaan die skuldeisers werklik beter af wees as met 'n gewone likwidasiëverkoop?); (4) verkoop die koper in goeie trou (is die dryfveer met ander woorde die maksimalisering van bateopbrengs ter wille van die skuldeisers?); (5) wat is die waarskynlikheid van kompeterende aanbiedinge?; (6) watter tipe beskermings het die koper gesoek?; (7) erken die verkoop “vry en skoon” die fidusiëre pligte wat deur die insolvent en die

118 Stander 2012 SA Merc LJ 278–285.

likwidateur teenoor alle skuldeisers en belanghebbendes verskuldig is?; (8) is daar akkurate en redelike kennisgewings gegee om alle skuldeisers en belanghebbende partye in te lig oor die effek van die verkoop op die verdelings aan die skuldeisers?; (9) wie word werklik deur die verkoop bevoordeel?; en (10) watter deel van die skuldeiser se eis gaan aan die opbrengs kleef?