

DIE OPSKORTING VAN OMGEWINGSGEDINGE IN INSOLVENSIE

AL Stander

BJuris LLB LLM LLD

Professor, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Potchefstroom Kampus

1 Inleiding

“During the 1930s, it was said that Germany’s situation was serious but not hopeless whereas Austria’s situation was hopeless but not serious. The present treatment of environmental obligations in bankruptcy is serious *and* hopeless. It is not possible to treat all claims equitably *and* to give environmental claims special preference. It is not possible to give debtors a fresh start *and* make them pay for cleanups. The goals of bankruptcy conflict with the goals of environmental law, in particular, CERCLA.”¹

Die doelwit van die omgewingsreg is, breedweg geformuleer, die voorkoming en beperking van skade aan die omgewing, die onmiddellike opruiming, remediëring en herstel van skade aan die omgewing, die vergoeding van daardie skade en om die verpligting vir die betaling van opruimingskoste toe te skryf aan diegene wat vir die probleem verantwoordelik is.² Tans poog omgewingswette om dekades van onbeperkte en ongereguleerde besoedeling te remedeer veral deur streng en ingrypende opruimingsverpligtinge in te stel en aanspreeklikheid teen verskeie breë kategorieë van partye op te lê. Die insolvensiereg, aan die ander kant, is ontwerp vir die voordeel van al die skuldeisers van die insolvent en om hulle in hierdie situasie te beskerm deur onder andere die maksimalisering van die opbrengs van die bates van die insolvente boedel en die gelyke behandeling van die skuldeisers ooreenkomstig die voorgeskrewe voorkeuorde.³ Daarbenewens is die insolvensiereg ook ontwerp om ná afhandeling van die likwidasieproses die insolvent die geleentheid te bied om weer van vooraf ’n vars begin te maak deur al sy skulde te delg – hom van al sy skulde te onthef, vry te stel en te ontslaan.⁴ Dit is baie duidelik dat die doelwitte van die insolvensiereg en die doelwitte van die omgewingsreg in hierdie opsig in konflik met mekaar kan wees en

¹ IM Hillinger & MG Hillinger “Environmental Affairs in Bankruptcy” (2004) 12 *Am Bankr Inst L Rev* 331 331

² Natuurlik is daar ook die oogmerk om te verseker dat byvoorbeeld gevaarlike afval behoorlik hanteer en bedryf word, die oogmerk om vrywillige opruimings te bevorder, die oogmerk om vroegtijdige rapportering van gevaarlike stortings en uitlatings aan te moedig, om toekomstige besoedeling te voorkom en te beperk, ensovoorts, maar ’n volledige bespreking van die doel van die omgewingsreg is nie die fokus van hierdie ondersoek nie. Sien daarvoor byvoorbeeld J Thornton & S Beckwith *Environmental Law* 2 uitg (2004); M Kidd *Environmental Law* (2008); P Sands *Principles of International Environmental Law* 2 uitg (2003); J Glazewski *Environmental Law in South Africa* 2 uitg (2005); DM Driesen & RW Adler *Environmental Law: A Conceptual and Pragmatic Approach* (2007); D Bodansky, J Brunnee & E Hey *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2006)

³ Sien a 84-102 van die Insolvensiewet 24 van 1936

⁴ *Discharge* Rehabilitasie het die effek dat sekwestrasie beëindig word. Al die insolvent se skulde wat voor die sekwestrasie invorderbaar was of waarvan die oorsaak voor die sekwestrasie ontstaan het en nie uit enige bedrog aan sy kant ontstaan het nie, word *gedelg* (sien a 129(1) van die Insolvensiewet)

die spanning tussen hierdie twee fundamentele aspekte is diepliggend.⁵ Universeel sukkel litigante, howe en wetgewers om die spanning tussen die beleide onderliggend aan die insolvensiereg en -wette en die omgewingsreg en -wette te versoen en waarskynlik sal hierdie spanning gedurende 'n tydperk van groot omgewings- en ekonomiese onstabiliteit toeneem.⁶ Dit is veral die insolvensiereg se beginsels oor die outomatiese opskorting van hangende gedinge, die gelyke behandeling van skuldeisers,⁷ en die delging van alle skulde⁸ wat voor sekwestrasie/likwidasië ontstaan het, wat ondersoek moet word in die lig van hul effek op omgewingsverpligtinge.⁹ Die omgewingsreg plaas aanspreeklikheid op byna elke persoon wat op 'n perseel bedrywig is en daardie aanspreeklikheid bly totdat die perseel wat aan die omgewingskade blootgestel is, op die koste van die aanspreeklikes opgeruim is. Likwidasië of sekwestrasie (met uiteindelijke rehabilitasie daarna), aan die ander kant, dien om aanspreeklikheid op te hef. Watter regime sal uiteindelik die botoon voer in 'n situasie waar hierdie twee teen mekaar te staan kom? Moet die openbare beleid in omgewingswette bevorder word of moet die verligting wat deur die insolvensiereg gebied word, bevorder word?¹⁰

'n Kort oorsig oor die opskorting van regsgedinge in die insolvensiereg, as die kern van die teenstrydige standpunte, menings en oortuigings in die genoemde sfeer wat by elk van hierdie velde van toepassing is, dien as beginpunt om uiteindelik te kan beoordeel of daar 'n goue middeweg te vinde is tussen die mening wat die insolvensiereg as deurslaggewend beskou en die mening wat die handhawing van omgewingswette voorstaan.

2 Die opskorting van hangende regsgedinge

'n Algemene beginsel in die insolvensiereg is dat die insolvent bevoeg is om na die sekwestrasie van sy boedel 'n aksie vir wanadministrasie teen sy kurator in te stel en dat hy die bevoegdheid behou om enige regsgeding rakende enige aangeleentheid wat nie die insolvente boedel raak nie, in te stel of te verdedig. Dit is onder andere goed wat deur artikel 23(6) tot (10) van die Insolvensiewet van die insolvente boedel uitgesluit word. Die insolvent se verskyningsbevoegdheid wat alle ander aangeleenthede¹¹ betref, word drasties deur sekwestrasie (of likwidasië, afhangende van die geval) geraak. Kragtens artikel 20(1)(b) van die Insolvensiewet word alle ander prosedures

⁵ Sien ook die bespreking van hierdie aspek in JT Losch "Bankruptcy v Environmental Obligations: Clash of the Titans" (1991) 52 *La L Rev* 137 145; DE Rdzaneck "Environmental Law: Discharge of RCRA Injunctive Claims in Bankruptcy: Seventh Circuit's Decision in United States v Apex Oil Co Inc" (2010) 6 *Seventh Circuit Rev* 163 172; Hillinger & Hillinger (2004) *Am Bankr Inst L Rev* 331, 333, 391

⁶ Rdzaneck (2010) *Seventh Circuit Rev* 173

⁷ In die sin soos dit in die insolvensiereg bedoel word

⁸ *Discharge* Dit kan ook as onthefing/ontslag/vrystelling beskryf word

⁹ In ander jurisdiksies is daar ook die leerstuk van die verwerping van beswarende bates

¹⁰ Sien ook die gesag in vn 5 hierbo Met die risiko van herhaling is hierdie kompeterende beleide die volgende: Die insolvensieprosedure poog om die insolvent 'n vars begin te gee en om aan kompeterende skuldeisers 'n billike en ordelike administrasie van die insolvente boedel te verseker In teenstelling hiermee poog die omgewingsreg in die algemeen om openbare veiligheid, gesondheid en die omgewing te beskerm ondanks die eie belange van die skuldenaar en sy skuldeisers

¹¹ Wat dus wel die insolvente boedel raak of ten opsigte van goed wat deel van die insolvente boedel vorm, tensy dit deur wetgewing uitgesluit word

deur of teen die insolvent gestaak. Artikel 75(1) bepaal dat enige siviele geding wat voor die sekwestrasie van sy boedel teen die skuldenaar ingestel is, na drie weke vanaf die eerste vergadering van skuldeisers van die boedel sal verval. Dit is die geval tensy die persoon wat die prosedure ingestel het binne daardie drie weke kennis aan die kurator gee, en as geen kurator nog aangestel is nie, aan die Meester, dat hy van voorneme is om met daardie geding voort te gaan. Dan moet hy na 'n verloop van drie weke vanaf die kennisgewing met redelike ywer met die geding voortgaan. Artikel 75 geld uit die aard van die saak nie ten opsigte van gedinge na sekwestrasie nie.

Ten opsigte van die likwidasies van maatskappye is twee formate van opskortings relevant. Kragtens artikel 358 van die Maatskappywet 61 van 1973 ("1973 Maatskappywet")¹² kan die maatskappy of 'n skuldeiser of 'n lid van die maatskappy, *tussen die datum van die aansoek vir die maatskappy se likwidasie tot voor die toestaan van die likwidasiebevel*, by die betrokke hof¹³ aansoek doen om enige aksie of regsgeding wat deur of teen die maatskappy aanhangig is op te skort en mag diegene by die hof waar die likwidasie-aansoek gedoen word, aansoek doen dat enige verdere prosedures in enige aksie of prosedure wat ingestel is of ingestel staan te word, belet word.¹⁴ Die hof kan die prosedure opskort of belet op voorwaardes wat dit goedvind. Hierdie is 'n diskresionêre bevoegdheid wat aan die hof gegee word. Nietemin behoort die hof nie tussenbeide te tree bloot in antisipasie van die outomatiese opskorting wat uit hoofde van artikel 359 intree sodra 'n likwidasiebevel toegestaan word nie. Die hof behoort slegs so 'n bevel te maak as dit van oordeel is dat die instelling of voortsetting van die verrigtinge in die omstandighede onbillik of onregverdig is. Die opskortingsbevel behoort byvoorbeeld nie gegee te word waar die prosedure ook in die likwidasie vasgestel moet word en daar geen oorwegings van gerief bestaan wat die opskorting regverdig nie.¹⁵

Wat die periode *vanaf die toestaan van die likwidasiebevel* (gewoonlik die voorlopige bevel) betref, bepaal artikel 359(1) van die 1973 Maatskappywet dat alle siviele gedinge deur of teen die maatskappy opgeskort word tot en met die aanstelling van die likwidateur.¹⁶ Indien die teenparty met die geding wil voortgaan of indien hy 'n eis wat voor likwidasie ontstaan het met 'n regsgeding wil afdwing, moet hy uit hoofde van artikel 359(2) binne vier weke na die aanstelling van die likwidateur aan laasgenoemde ten minste drie weke skriftelik kennis gee voordat hy met die geding kan voortgaan.¹⁷ As sodanige kennis nie gegee word nie sal aanvaar word dat die teenparty die

¹² Ten opsigte van die likwidasie van insolvente maatskappye is Hfst XIV van hierdie wet steeds van toepassing Sien Skedule 5 Par 9 van die Wet op Maatskappye 71 van 2008 ("2008 Maatskappywet")

¹³ Die hof waar die aksie of geding hangende is

¹⁴ Die doel hiervan is om te voorkom dat die voortsetting of instelling van individuele aksies of verrigtinge teen die maatskappy die bates van die maatskappy verminder Sien PAM Magid (red) *Meskin's Insolvency Law and its Operation in Winding-up* (HD 39 2012) par 6 8

¹⁵ Par 6 8

¹⁶ Sien ook *Strydom NO v MGN Construction (Pty) Ltd & Another: In re Haljen (Pty) Ltd (in liquidation)* 1983 1 SA 799 (D) Hierdie saak het beslis dat die likwidateur die finale likwidateur moet wees

¹⁷ Sien Magid (red) *Meskin's Insolvency Law* par 6 8 en 6 10 vir 'n volledige bespreking van die onderwerp

verrigtinge laat vaar het, tensy die hof wat die likwidasiebevel toegestaan het anders gelas.¹⁸

Nié die Insolvensiewet óf die 1973 Maatskappywet maak voorsiening vir enige prosedure reëls vir die voortsetting van opgeskorte gedinge deur die skuldenaar nie. Die kurator of die eksekuteur moet kragtens Reël 15(3) van die Eenvormige Hofreëls stappe neem om homself in die plek van die skuldenaar te laat vervang.¹⁹ Reël 15(3) en die hofsake wat die reël bespreek en toepas, verwys egter slegs na “wanneer ’n party te sterwe kom of onbevoeg word om as party op te tree”. Die reël meld verder net die “eksekuteur, kurator, trustee of dergelike verteenwoordiger” wat moet kennis gee dat hy in sy verteenwoordigende hoedanigheid in die plek van die skuldenaar gestel word. Meskin verklaar myns insiens tereg dat dit in die geval van die likwidasie van ’n maatskappy nie nodig is vir substitusie nie. Die likwidasie affekteer nie die bevoegdheid van die maatskappy as ’n regs persoon nie en die bates van die maatskappy vestig nie in die likwidateur nie – anders as by sekwestrasies. In die geval van ’n maatskappy is die gebruik om bloot “in likwidasie” na die naam van die maatskappy te voeg.²⁰

Die voorgestelde nuwe likwidasiewetgewing behou ook in Klousule 15 die beginsel van opskorting van hangende regsdinge.²¹

Die doelwit van die opskorting van hangende siviele gedinge is om die betrokke partye en die insolvente boedel te beskerm. Dit beskerm die skuldenaar deur hom ’n bietjie ruimte ten opsigte van sy skuldeisers te gee. Hy kan “asemhaal” met die wete dat die insolvente boedel nie verder uitgewin gaan word nie omdat dit alle inbeslagnemings, eksekusies en beslagleggingsaksies teen die skuldenaar se bates asook alle teistering stop. Dit beskerm die skuldeisers teen ’n ander “oorywerige” skuldeiser wat eerste optree en die skuldenaar se bates uitput, betaling van sy eis verkry en niks of byna niks oorlaat vir die res van die skuldeisers nie. Dit verhoed met ander woorde ’n stuk-vir-stuk verbrokkeling van die insolvente boedel en bewaar die bates tot realisering deur die likwidateur of kurator en verdeling van

¹⁸ *Strydom NO v MGN Construction (Pty) Ltd & Another: In re Haljen (Pty) Ltd (in liquidation)* 1983 1 SA 799 (D) 807 In *Umbogintwini Land & Investment Co v Barclays National Bank Ltd* 1987 4 SA 894 (A) 910 het Viljoen AR beslis dat a 359 slegs toepassing vind as die skuldeiser ’n aksie instel om onverwyld ’n eis teen die boedel vas te stel en nie as hy op ’n eerste vergadering van skuldeisers gepoog het om sy eis te bewys nie. Sien verder Magid (red) *Meskin’s Insolvency Law* par 6 12

¹⁹ Sien ook *Spendiff v J A J Distributors (Pty) Ltd* 1989 4 SA 126 (K) 128; *Sassoon Confirming and Acceptance Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1974 1 SA 641 (A) In die laasgenoemde saak beklemtoon die hof die reël dat “death or sequestration does not ordinarily terminate pending proceedings” (647) en dat hierdie reël deur Hoogeregshofreël 15(1) erken word wat bepaal dat “geen verrigtinge word beëindig bloot vanweë die dood, huwelik of ander statusverandering van ’n party daartoe nie, tensy die oorsaak van die verrigtinge daardeur uitgewis word” Die hof wys daarop dat die insolvent met die sekwestrasie van sy boedel ontnem word, wat dan in die Meester vestig en daarna in die kurator sodra laasgenoemde aangestel word. Die hof verklaar dat die kurator in die uitoefening van sy magte die boedel dan verteenwoordig en as sodanig is hy die insolvent se opvolger. In geen van die verwysde sake word enigiets oor die prosedure by die likwidasie van maatskappye gesê nie. Sien verder *EX-TRTC United Workers Front v Premier, Eastern Cape Province* 2010 2 SA 114 (OKB) 122; *Two Sixty Four Investments (Pty) Ltd v Trust Bank* 1993 3 SA 384 (W) 385

²⁰ Magid (red) *Meskin’s Insolvency Law* par 6 12

²¹ Insolvency and Business Rescue Bill (30 Junie 2012)

die opbrengs onder die skuldeisers volgens die gestelde voorkeuorde. Die outomatiese opskorting is van toepassing teen alle entiteite, ook die Staat.²²

Vervolgens aan die orde is 'n bespreking van die effek van hierdie outomatiese opskorting spesifiek op omgewingseise. Die werkswyse sal wees om 'n ondersoek te doen na die posisie in die Verenigde State van Amerika vanweë die feit dat daar in die Suid-Afrikaanse reg uiters min regspraak en gesag oor hierdie spesifieke onderwerp is, en die VSA van die jurisdiksie is wat myns insiens op die voorpunt van ontwikkeling op hierdie gebied is. Moontlik kan daarna aanbevelings vir die hantering van die spesifieke soort eise in Suid-Afrika gedoen word.

3 Opskorting van gedinge op omgewingseise in die Amerikaanse reg

In die Amerikaanse reg²³ het die wetgewer die belangrikheid van regeringsregtelike afdwinging van omgewingswette en regulasies erken en 'n bepaling is in die US Bankruptcy Code²⁴ ingesluit as 'n *uitsluiting* op die opskortingsbepaling. Dit bepaal kortliks dat 'n aksie deur die regering om 'n regeringsdepartement of -organisasie se polisiëring- of reguleringsbevoegdheid²⁵ af te dwing, insluitende die afdwinging van vonnisse, nie aan die outomatiese opskorting onderhewig is nie. Hierdie uitsluiting gaan so ver dat 'n vonnis toegelaat word en ook die afdwinging van daardie vonnis en "to permit the entry of a money judgement".²⁶

²² Dit stop tydelik alle aksies om 'n vonnis of retensiereg af te dwing, invorderingsaksies, litigasie, oproepaksies (soos 'n verband wat deur die bank opgeroep word), terugnames van bates en enige ander skuldeisersaksie, tensy laasgenoemde deur die Insolvensiewet, die Maatskappywet of ander wetgewing toegelaat word. Kyk byvoorbeeld na a 10 van die Wet op die Reëling van Admiraliteitsjurisdiksie 105 van 1983. Sien verder a 90 van die Insolvensiewet; a 33 van die Wet op die Land- en Landbou- Ontwikkelingsbank 15 van 2002; *Gendor Holdings Ltd v City Fishing Holdings (Pty) Ltd*; *Breemond Trust (Intervening Party)* 2007 3 All SA 400 (K); C Nagel (red) *Mars' The Law of Insolvency in South Africa* 9 uitg (2009) 174; Magid (red) *Meskin's Insolvency Law* par 6 2

²³ Volgens die Amerikaanse insolvensiereg sal 'n aansoek vir "likwidasië" of "sekwestrasië" op grond van insolvensie kragtens *Chapter 7* van die Bankruptcy Code 11 USC § 101 (1978) gedoen word (dus vir individue sowel as korporasies). Dit is die hoofstuk wat die basiese likwidasië van die boedel bestuur 'n Trustee word aangestel en hy bestuur en likwideer die insolvente boedel 'n *Chapter 11* aansoek, alhoewel dit hoofsaaklik die reorganisasie-prosedure is, kan ook vir 'n basiese likwidasië gebruik word en derhalwe gee dit ook aan die skuldenaar insolvensiebeskerming 'n Skuldenaar moet egter óf 'n *Chapter 7* óf 'n *Chapter 11* aansoek bring 'n *Chapter 7* likwidasië is 'n eenvoudiger, goedkoper en makliker likwidasië. By 'n *Chapter 11* (ook vir individue sowel as korporasies) kan die skuldenaar tydens die likwidasiëproses steeds in beheer bly, binne die beperkinge wat die Bankruptcy Code oël (*debtor-in-possession*) óf 'n trustee kan aangestel word wat die bestuur en beheer van die proses oorneem. Sien JJ Wielebinski & D Rukavina "An Overview of the Bankruptcy Code and the Bankruptcy Practice in the United States" in OEF Lobo (red) *World Insolvency Systems: A Comparative Study* (2009) 693 705-708 'n Skuldenaar kan aanvanklik 'n *Chapter 11* aansoek bring en die proses later in 'n *Chapter 7* prosedure omskep.

²⁴ Die opskorting van regsgedinge hier ter sprake word gevind in § 362(b)(4). Hoewel die insolvente skuldenaar óf vir 'n *Chapter 7* óf vir 'n *Chapter 11* aansoek doen, word daar in die Amerikaanse reg van die "bankruptcy", "bankruptcy protection" en "in the bankruptcy of ..." gepraat. In hierdie ondersoek sal die skrywer gevolglik dikwels ook die terme "in die bankrotskap" of "met die bankrotskap" gebruik.

²⁵ Met verwysing na *Penn Terra Limited v Department of Environmental Resources* 733 F2d 267 (3rd Cir 1984) is die standpunt van LV Gelber, S Kim & S Roth Zabel "The Intersection of Environmental and Bankruptcy Laws" in LP Schnapf (red) *Environmental Issues in Business Transactions* (2011) 339 347 dat hierdie uitsondering wyd geïnterpreteer moet word. Die skrywers wys egter tog daarop dat hierdie standpunt nie universeel aanhang vind nie.

²⁶ Gelber et al "The Intersection of Environmental and Bankruptcy Laws" in *Environmental Issues in Business Transactions* 347

4 Die uitsondering op die uitsluiting²⁷

Daar is inderdaad ’n uitsondering op hierdie uitsluiting²⁸ wat beoog om te voorkom dat ’n regeringsdepartement voorkeurbehandeling ten opsigte van sy eis(e) bo die ander skuldeisers verkry. Wat dit behels is dat die uitsluiting beperk word in die sin dat regeringsdepartemente nie *geldbevele*²⁹ kan afdwing nie. Aksies om ’n geldbevel af te dwing word dus wel deur die outomatiese opskorting geraak, selfs as dit andersins vir die bevordering van die Staat se polisiëringsbevoegdheids is.

5 Omgewingsaksies wat nie opgeskort word nie

Die *locus classicus* in die Amerikaanse reg ten opsigte van die regsposisie hier aan die orde, is *Penn Terra Limited v Department of Environmental Resources*³⁰ (“*Penn Terra*”). In hierdie saak het die skuldenaar korporasie voor ’n *Chapter 7* aansoek ’n skikkingsooreenkoms met die *Department of Environmental Resources* gesluit. Die skikkingsooreenkoms het Penn Terra se omgewingsoortredings sowel as die verpligte korrekiewe maatreëls wat dit moet neem, gelys. Toe die skuldenaar versuim om aan die ooreenkoms te voldoen en vervolgens die *Chapter 7* aansoek rig, het die gemelde departement ’n aksie in die hof van die staat van Pennsylvania gebring om Penn Terra te dwing om daaraan te voldoen. Gevolglik het die skuldenaar ’n bevel van die *Bankruptcy Court* versoek dat die departement in stryd met die outomatiese opskorting optree. Die departement het aangevoer dat sy aksie op die uitsluiting hierbo gebaseer is. Die *Bankruptcy Court* het egter die skuldenaar se aansoek toegestaan, waarna die appèlhof uiteindelik beslis het dat die departement se optrede presies die soort aksies was wat as uitsluiting op die outomatiese opskorting beoog was. Die staatshof³¹ se verpligte sanksie wat die skuldenaar beveel het “to perform” opruiming en herstelwerk, was nie die afdwinging van ’n geldbevel nie. Penn Terra het geargumenteer dat, alhoewel nie die vorm nie, die substansie van die departement se aksie in werklikheid was om ’n geldbevel af te dwing want Penn Terra sou geld moes spandeer om aan die skikkingsbevel (soos ooreengekom) te voldoen. Die appèlhof het die argument verwerp en bevind dat die algemene begrip van afdwinging van ’n geldbevel verskil van die aksies wat deur die departement geneem was. Daarom het die uitsondering op die uitsluiting nie toepassing gevind nie. Die hof het die aksie voor hom (’n dwangbevel om toekomstige skade te voorkom)

²⁷ In die Amerikaanse reg word van ’n uitsondering en ’n uitsondering op die uitsondering gepraat. Om verwarring te voorkom, sal na “die uitsluiting op outomatiese opskorting” verwys word en “die uitsondering op die uitsluiting”.

²⁸ Sien Bankruptcy Code § 362(b)(5)

²⁹ *Money judgments*

³⁰ 733 F2d 267 (3rd Cir 1984) Sien ook die bespreking van hierdie saak in Losch (1991) *La L Rev* 137-175; JS Theuer “Aligning Environmental Policy and Bankruptcy Protection: Who Pays for Environmental Claims under the Bankruptcy Code?” (1996) 13 *TM Cooley L Rev* 465-527

³¹ Of staatlike hof, met ander woorde die hof binne die jurisdiksie van die betrokke staat in die VSA waar die aansoek gerig word (in teenstelling met ’n federale hof)

onderskei van 'n aksie om skadevergoeding te eis vir afgelope dade.³² Die hof verklaar:

“[I]t is unlikely that any action which seeks to prevent culpable conduct *in futuro* will, in normal course, manifest itself as an action for a money judgment, or one to enforce a money judgment.”³³

Volgens die hof is die toets om 'n geldbevel te onderskei, om te kyk na die aard van die benadeling wat die gevraagde regshulp beoog om reg te stel en om te bepaal of die eiser beoog om vergoeding vir die afgelope skade te verhaal en of die oogmerk voorkoming van toekomstige gevare is.³⁴ Omdat die betaling van geld nie sal voldoen aan die staatshof se dwangbevel om die terrein op te vul, erosieplanne te voltooi, mynopeninge te verseël, ensovoorts, nie, het die hof die aksie gekenmerk as een wat duidelik bedoel om toekomstige skade te voorkom.³⁵

Die vraag kan gevra word of hierdie onderskeid verantwoordbaar is. Die geskil kan eintlik nie een wees om voldoening aan omgewingsregulasies wat toekomstige en voortdurende bedrywighede aanspreek nie. Hoewel die hof verklaar dat die onderskeid is tussen afgelope dade en toekomstige skade, is die situasie so dat as daar 'n Chapter 7 prosedure aan die gang is, gaan die skuldenaar in elk geval nie in die toekoms bedrywig wees nie – die insolvent gaan ophou met sy bedrywighede. Die antwoord is bygevolg daarin geleë dat vereis word dat stappe geneem moet word om die situasie op die huidige oomblik so te beredder of reg te stel dat toekomstige skade nie uit die situasie soos dit in daardie stadium is, resulteer nie. Wat die hof met ander woorde beoog, is om die omstandighede soos dit ten tye van die bankrotskap bestaan, veilig te maak sodat daar nie skade in die toekoms is nie. Hoewel die uiteinde van die hof se beslissing in 'n sekere sin ook inhou dat van die skuldenaar vereis is om stappe te neem om “past harms” reg te stel. Die effek is dat “past harms” of verkeerde optredes in die verlede (oorskrydende optredes) herstel word deur dit te remedieer.

Kort na die *Penn Terra* saak is die ewe belangrike saak van *Ohio v Kovacs*³⁶ (“*Kovacs*”) beslis. In hierdie saak het die Staat van Ohio 'n verklarende bevel van die *Bankruptcy Court* gevra dat die skuldenaar se verpligting om 'n besoedelde perseel op te ruim, nie 'n “eis” in insolvensie was nie en daarom nie deur die insolvensie geaffekteer is nie.³⁷ Kovacs was die hoofuitvoerende beampte en hoofaandeelhouer van Chem-Dyne Korporasie wat saam met ander partye besighede 'n industriële en gevaarlike afvalstortingsterrein bedryf het. Die Staat van Ohio het Chem-Dyne en Kovacs gedagvaar vir oortredings van staatlake omgewingswette en Chem-Dyne en Kovacs het geskik. Kovacs het

³² *Penn Terra Limited v Department of Environmental Resources* 733 F2d 267, 277 (3rd Cir 1984)

³³ 277

³⁴ 278

³⁵ 278

³⁶ 469 US 274 (1985); 105 S Ct 705 (1985) Vir 'n bespreking van hierdie saak, sien JC Brand “Bankruptcy, Contempt, and the Durability of Environmental Obligations” (2011) 24 *Tul Envtl LJ* 221-240; Rdzanek (2010) *Seventh Circuit Rev* 163-195; Hillinger & Hillinger (2004) *Am Bankr Inst L Rev* 331-420; Theuer (1996) *TM Cooley L Rev* 465-527; Losch (1991) *La L Rev* 137-175

³⁷ Die vraag voor die hof was met ander woorde of die verpligting 'n eis in insolvensie was (wat nadat die likwidasiestapies afgehandel is, gedelg sou word indien dit nie volledig betaal is nie), of nie

die dwangbevel vir opruiming wat deur die staatshof toegestaan is, onderteken. Dit het van hom vereis om gespesifiseerde afval van die perseel te verwyder. Toe Kovacs (asook die ander verweerders) versuim om aan die dwangbevel te voldoen, het die staat 'n administrateur (*receiver*) aangestel wat besit van alle eiendom van die korporasie geneem het; ook besit van die perseel. Voordat die administrateur sy opdrag en die opruiming egter kon voltooi, het die skuldenaar 'n *Chapter 7* aansoek geloods. Soos hierbo genoem, het die staat beweer dat Kovacs se opruimingsverpligting nie 'n "eis" was nie want Kovacs se versuim het 'n statuut verbreek – nie 'n kontrak nie. Die verbreking van sy statutêre verpligting het nie aanleiding tot 'n reg op betaling gegee nie. Die *Bankruptcy Court*, die distrikhof, die hof van appèl sowel as die *US Supreme Court* het beslis dat die verpligting inderdaad 'n "eis" was. Die skuldenaar se opruimingsplig is in die gegewe omstandighede tot 'n geldelike verpligting gereduseer.³⁸ Die administrateur wat deur die Staat van Ohio aangestel was, het die opdrag gehad om op die bates van die korporasie beslag te lê en dit te gebruik om die opruiming te betaal. Eenvoudig gestel beteken dit dat die hof beslis het dat die Staat van Ohio in *werklikheid die betaling van geld geëis het sodat die opruiming gedoen kon word en dat hierdie reg op betaling 'n "eis" vir doeleindes van die insolvensiereg is*,³⁹ hoewel dit ontspring het uit die oortreding van 'n statutêre verpligting. Omdat die reg voor die insolvensie-aansoek ontstaan het, kon dit in Kovacs se insolvensie en na die afhandeling van die likwidasiëproses gedelg (*discharge*) word.

Die hof het met goedkeuring na *Penn Terra* verwys, maar dit op die volgende gronde onderskei: In *Kovacs* was die skuldenaar besit van sy eiendom ontnem toe 'n administrateur (*receiver*) voor die *Chapter 7* aansoek aangestel is. Daardeur is die staatshof se dwangbevel in effek in 'n verpligting om geld te betaal, omskep. Omdat die skuldenaar van besit ontnem is, was die remedie wat die staat wou hê, die *betaling van geld eerder as prestasie*. In *Penn Terra* was die remedie waarvoor gevra was 'n *prestasie eerder as betaling*. Losch wys tereg op die ironie dat prestasie deur opruiming nie bereik kan word sonder die besteding van fondse nie. Dan kan 'n mens argumenteer dat hierdie onderskeid een sonder 'n verskil is. Tog het die Amerikaanse hof konsekwent beslis dat die blote feit dat die skuldenaar geld moet bestee om aan die dwangbevel vir opruiming te voldoen, nie die aksie tansformeer in een om 'n geldbevel af te dwing nie.⁴⁰

Die kruis is dan dat die afdwinging van geldbevele nie van die outomatiese opskorting uitgesluit is nie, want afdwinging van 'n geldbevel deur 'n regeringsinstansie sal laasgenoemde voorkeurbehandeling gee tot nadeel van al die ander skuldeisers. 'n Regering se geldelike omgewingseise behoort nie

³⁸ Nadat die administrateur aangestel is, was die enigste prestasie wat van Kovacs verwag is die betaling van geld. Uit die getuienis voor die hof het dit geblyk dat as Kovacs die nodige fondse voor of na die *Chapter 7* aansoek sou betaal het, sou die administrateur en die Staat van Ohio tevrede wees. Die opruimingsbevel is omgesit in 'n verpligting om geld te betaal; 'n verpligting wat in insolvensie gedelg (*discharged*) word.

³⁹ Die staat het 'n eis teen die insolvente boedel gehad. Sien *Ohio v Kovacs* 469 US 274, 283 (1985); 105 S Ct 705 (1985).

⁴⁰ Losch (1991) *La L Rev* 155-156.

in insolvensie prioriteit bo ander algemeen onversekerde eise te kry nie, tensy uitdruklik in wetgewing so bepaal word:

“Third, we do not address what the legal consequences would have been had Kovacs taken bankruptcy before a receiver had been appointed and a trustee had been designated with the usual duties of a bankruptcy trustee. Fourth, we do not hold that the injunction against further toxic wastes on the premises or against any conduct that will contribute to the pollution of the site or the State’s waters is dischargeable in bankruptcy; we here address ... only the affirmative duty to clean up the site and the duty to pay money to that end.”⁴¹

Dit kan aanvaar word dat indien die omgewingsverpligting voor die insolvensie-aansoek in ’n geldverpligting omgesit word, dit ’n eis in die bankrotskap is en sal dit aan die outomatiese opskorting onderworpe wees. Dit wil voorkom of die uitkoms anders sou wees as daar in hierdie spesifieke geval nie voor die insolvensie-aansoek ’n administrateur deur die Staat van Ohio aangestel is om toe te sien dat die dwangbevel vir opruiming nagekom word nie.⁴² Dwangbevele om verdere besoedeling te voorkom (reaksieoptredes) sal egter nie “eise” wees nie en sal weliswaar nagekom moet word:

“Finally, we do not question that anyone in possession of the site – whether it is Kovacs or another in the event the receivership is liquidated and the trustee abandons the property, or a vendee from the receiver or the bankruptcy trustee – must comply with the environmental laws of the State of Ohio. Plainly, that person or firm may not maintain a nuisance, pollute the waters of the State, or refuse to remove the source of such conditions.”⁴³

Nog ’n rigtinggewende hofsaak was *In re Mystic Tank Lines Corp*⁴⁴ (“*Mystic Tank*”). In hierdie saak het die staat van New York ’n vonnis by verstek teen Mystic gekry vir opruimingsvergoeding weens besoedeling. Die staat van NY het beweer dat ’n petroltenk op die verweerder se eiendom geleë het en die grond en grondwater met petroleumprodukte besoedel het. Die reg van NY laat die staat toe om skadevergoeding te eis van enige verskeper/versender/vervoerder vir gespilte petrol as die lekkasie teruggevoer kan word na die aflewering van die petrol waaroor die vervoerder beheer gehad het. Dié betrokke maatskappy is deur Mystic oorgeneem. Nadat NY egter reeds met die aansoek teen “all potential dischargers on the site” begin het, het die verweerder/skuldenaar ’n *Chapter II* aansoek met die gepaardgaande insolvensiebeskerming geloods. Die staat van NY het vervolgens ’n eis teen die insolvente boedel ingestel wat mettertyd, na ’n hele paar hofaansoeke en besware teen die eis, toegestaan is. Die vonnis is met ander woorde eers na die toestaan van die *Chapter II* aansoek verkry. Die skuldenaar het beswaar aangeteken en geargumenteer dat die vonnis by verstek ná die *Chapter II* aansoek ’n oortreding van die outomatiese opskorting was. Volgens die skuldenaar was dit ’n poging om ’n geldbevel af te dwing omdat die staat se eis een vir geld was wat alreeds in die opruiming bestee was. Die afdwinging van ’n geldbevel was uitdruklik

⁴¹ *Ohio v Kovacs* 69 US 274, 284 (1985); 105 S Ct 705 (1985)

⁴² In gedagte moet gehou word dat hierdie saak nie beslissend is dat Kovacs se ontslag hom teen vervolging vir die oortreding van Ohio se omgewingswette sou beskerm nie; of dat die ontslag hom van strafregtelike minagting vir die nie-nakoming van sy verpligtinge ingevolge die bevel voor insolvensie beskerm nie; of dat die ontslag hom van enige boetes vir oortredings van die omgewingswette vrygestel het nie. Sien Hillinger & Hillinger (2004) *Am Bankr Inst L Rev* 374

⁴³ *Ohio v Kovacs* 69 US 274, 284-285 (1985); 105 S Ct 705 (1985)

⁴⁴ 544 F3d 524 (3d Cir 2008)

uitgesluit op grond van die polisiëringsbevoegdheidsuitsluiting.⁴⁵ Die *Third Circuit Court of Appeals* het die argument verwerp en verduidelik dat die outomatiese opskorting die afdwinging van ’n geldbevel deur beslaglegging of geпоogde beslaglegging van die skuldenaar se bates verbied. Wat in die omstandighede onder bespreking gebeur het, was dat:

“[T]he government merely sought to reduce to judgment its claim for the costs it expended for the pre-petition site clean-up, an action we held was not one enforcing a money judgment because the debtor’s property had not been seized. New York’s state court action sought only the *entry of a judgment*. New York’s action in obtaining the default judgment was therefore within the police power exception and was not a violation of the automatic stay.”⁴⁶

Die blote toelaat van die verstekvonnis hou nie ’n beslaglegging of geпоogde beslaglegging van die skuldenaar se eiendom in nie. Die staat se aksies val dus in die uitsluiting op die outomatiese opskorting en nie in die uitsondering op die uitsluiting nie. Deur die staat se eis tot ’n vonnis te reduceer, word geen beslaglegging uitgevoer nie. Slegs die *afdwinging* van die geldbevel is uitgesonderd van die uitsluiting en nie die blote toelaat van ’n vonnis as ’n eis teen die insolvente boedel nie.

’n Ander aspek van die uitsluiting op die outomatiese opskorting behels die afdwinging van sekere verbandvereistes teen die skuldenaar wat as uitgesluit van die outomatiese opskorting beskou word. So ’n geval was *Safety-Kleen Inc v South Carolina*⁴⁷ (“*Safety-Kleen*”). Van Safety-Kleen is vereis om ’n verband uit te neem by ’n federaal goedgekeurde verbandmaatskappy vir die sluitings- en post-sluitingskoste wat op een van sy kommersieel gevaarlike afvalstortingsterreine betrekking gehad het. Safety-Kleen se verbandmaatskappy het finansiële probleme opgeloo en is kort voor Safety-Kleen se *Chapter 11* aansoek van die federale lys afgehaal waarna Safety-Kleen deur die *South Carolina Department of Health and Environment Control* beveel is om ’n nuwe verband te bekom of onmiddellik te stop om nuwe gevaarlike afval op die stortingsterrein te ontvang.⁴⁸ Safety-Kleen kon nie bekostig om aan hierdie oproep gehoor te gee nie en as gevolg hiervan en ook vir verskeie ander redes het dit later op dieselfde dag ’n *Chapter 11* aansoek gebring. Toe die aansoek toegestaan is, het Safety-Kleen ’n teenaansoek gebring teen bogenoemde departement om die departement te verhinder om die verbandvereiste af te dwing. Safety-Kleen het beweer dat die optrede die Bankruptcy Code se outomatiese opskorting oortree. Die betrokke departement het beweer dat die skuldenaar aan die vereiste moet voldoen ongeag enige finansiële las wat nakoming mag veroorsaak, andersins sou enige omgewingsoortreder die Bankruptcy Code kon gebruik as ’n manier om homself teen omgewingsvereistes te beskerm.

Die aangeleentheid waaroor die *Fourth Circuit Court of Appeals* moes beslis was of die finansiële sekerheidsvereistes waaraan Safety-Kleen moes voldoen,

⁴⁵ Bankruptcy Code §362(b)(5)

⁴⁶ *In re Mystic Tank Lines Corp* 544 F3d 524, 527 (3d Cir 2008) (eie beklemtoning)

⁴⁷ 274 F3d 846 (4th Cir 2001)

⁴⁸ Sien ook EK Wells “What Happens when Bankruptcy and Environmental Laws Collide: A Look at the Safety-Kleen Inc v Wyche Decision” (2002) 11 *Southeastern Envtl LJ* 19 32-40 vir ’n bespreking van die volledige feite van hierdie saak

deel van *South Carolina Department of Health and Environment Control* se polisiëring- en reguleringsbevoegdheid was. Om hieroor te kon beslis moes die hof onderskei “between situations in which the state acts pursuant to its ‘police and regulatory power’ and situations in which the state acts merely to protect its status as a creditor”.⁴⁹ Die hof het geredeneer dat gekyk moet word na die doel van die reg of die wet wat die staat probeer afdwing. As die primêre doel van hierdie reg of hierdie wet is om openbare veiligheid en welstand te bevorder of om openbare beleid toe te pas (“to effectuate public policy”)⁵⁰ sal die uitsluiting tot die outomatiese opskorting inderdaad toepassing vind. In teenstelling hiermee, as die doel van die reg betrekking het op die beskerming van die regering se geldelike belang in die skuldenaar se eiendom of om oor private regte te beoordeel, dan is die uitsluiting nie toepaslik nie. Die ondersoek is objektief. Dit sentreer rondom die doel van die reg wat die staat wil afdwing eerder as die staat se bedoeling met die afdwinging van die reg in die besondere geval.⁵¹ Dit word die “pecuniary purpose test” genoem.⁵²

“Of course, many laws have a dual purpose of promoting the public welfare as well as protecting the state’s pecuniary interest. The fact that one purpose of the law is to protect the state’s pecuniary interest does not necessarily mean that the exception is inapplicable. Rather, the court must determine the primary purpose of the law that the state is attempting to enforce... Likewise, the fact that the state action requires the debtor to make an expenditure does not necessarily mean that the regulatory exception is inapplicable.”⁵³

Deur hierdie toets te gebruik het die hof bevind dat die finansiële sekerheidsvereistes binne die (regulerings) uitsluiting tot die outomatiese opskorting val, want die primêre doel van die verbandvereistes en die resulterende aanmoediging wat dit bied om verbandkoste te verminder, dien om omgewingsveiligheid in die ontwerp en bedryf van gevaarlike afvalstortingsterreine te bevorder. Die hof bevind dan ook dat die primêre doel van die betrokke departement se sekuriteitsregulasies in hierdie geval was om omgewingswangedrag te verhoed en om die veilige bedryf van gevaarlike stortingsterreine aan te moedig.⁵⁴

Gelber et al bespreek nog ’n voorbeeld,⁵⁵ naamlik die verbeurdingsverklaring van die verbandvereiste wat ook as ’n uitsluiting op die outomatiese opskorting gesien word. Die onderskeid word hier getref tussen verklaring van verbeurding en die werklike invordering van die verband. Dit beteken dat onderskei moet word tussen die verklaring deur die instansie dat die skuldenaar in versuim is met sy verbandverpligtinge aan die een kant, en aan die ander kant, die invordering van die verbandverpligting deur daardie instansie. Eersgenoemde kwalifiseer as uitsluiting en laasgenoemde nie.

⁴⁹ *Safety-Kleen Inc v South Carolina* 274 F3d 846, 865 (4th Cir 2001)

⁵⁰ 865

⁵¹ 865

⁵² Sien Gelber et al “The Intersection of Environmental and Bankruptcy Laws” in *Environmental Issues in Business Transactions* 350. Ook in *Bickford v Lodestar Energy Inc* 310 BR 70, 77 (ED Ky 2004) het die hof bevind dat dit nie oortuig is dat die verbandvereistes (vir doeleindes van sekuriteit) in die geval primêr ’n geldelike doel dien nie.

⁵³ *Safety-Kleen Inc v South Carolina* 274 F3d 846, 865 (4th Cir 2001) en die verduideliking verder op 866

⁵⁴ 866

⁵⁵ Sien Gelber et al “The Intersection of Environmental and Bankruptcy Laws” in *Environmental Issues in Business Transactions* 350 vn 51

6 Omgewingsaksies wat opgeskort word

'n Goeie voorbeeld van 'n uitsondering op die uitsluiting, met ander woorde waar die regering of 'n regeringsdepartement nie toegelaat sal word om met sy aksie voort te gaan nie, het in die Amerikaanse reg voorgekom in die saak van *In re WR Grace & Co*⁵⁶ ("WR Grace"). Die interessante feite van die saak was dat die New Jersey Departement van Omgewingsbeskerming op 1 Junie 2005 'n siviele aksie in die staatshof gebring het om 'n bedrag van \$800 miljoen as boete in te vorder.⁵⁷ Die boete was gegrond op 'n beweerde valse verslag wat deur die skuldenaar in 1995 geliasseer is. Die departement het beweer dat die verslag addisionele inligting moes bevat met betrekking tot die besoedeling wat deur die vermeerdering van vermikuliet konsentraat veroorsaak is op 'n terrein wat die skuldenaar in New Jersey bedryf het. Hierdie aksie is egter vier jaar na die skuldenaar 'n *Chapter 11* aansoek gebring het, teen hom ingebring. Die skuldenaar het vervolgens 'n verklarende bevel teen die departement aangevra en die *Bankruptcy Court* het bevind dat die departement se aksie tien jaar na die beweerde valse verslag en vier jaar na die skuldenaar se *Chapter 11* aansoek (met die gepaardgaande insolvensiebeskerming), nie beoog het om openbare gesondheid of veiligheid te beskerm nie, maar eerder om die departement se geldeis vir boetes te likwideer. In hierdie geval het die departement reeds die opruiming self gedoen en 'n eis daarvoor in insolvensie ingedien. Die hof het bevind dat waar die aksie nie is om die risiko van openbare gesondheid, veiligheid en welvaart aan te spreek nie en waar die risiko nie meer bestaan nie, dit nie as 'n uitsluiting op die opskorting van gedinge kwalifiseer nie.

In die loop van die uitspraak het die hof die volgende opmerkings gemaak: Die departement se steun op *In re James*⁵⁸ ("James") het misluk. In die *James* saak was 'n siviele verbeurdverklaringsaksie ter sprake waarin 'n verstekvonnis teen die skuldenaar aangevra is twee dae na die aansoek vir insolvensiebeskerming waarvan die staat geen kennis gehad het nie. Die departement in *WR Grace* se aansoek is wel ook na die *Chapter 11* aansoek geliasseer maar in die eerste plek het die departement nie voortgegaan om vonnis te verkry nie en in die tweede plek is die aansoek deur die departement ingedien met volle kennis van die *Chapter 11* aansoek.⁵⁹ Die hof bevestig die beslissing in die *Penn Terra*-saak⁶⁰ maar onderskei ook hier op die volgende gronde: Die *US Environmental Protection Agency* het reeds die New Jersey perseel ten volle opgeruim en 'n eis in die insolvensie van die skuldenaar ingestel. Die perseel bied dus nie meer 'n bedreiging nie en die risiko ten opsigte van openbare veiligheid en gesondheid bestaan nie meer nie. Dus is

⁵⁶ 384 BR 678 (Bankr D Del 2008)

⁵⁷ 681

⁵⁸ 940 F2d 46 (3rd Cir 1991) In hierdie saak is bevind dat die betrokke departement se aksie wel in die uitsondering op die outomatiese opskorting van gedinge van §362(b)(4) val as synde die uitoefening van polisiëring- en reguleringsbevoegdheid

⁵⁹ Vier jaar na die aansoek en tien jaar na die beweerde valse verslag. Sien *In re WR Grace & Co* 384 BR 678, 681 (Bankr D Del 2008)

⁶⁰ *Penn Terra Ltd v Dept of Environmental Resources* 733 F2d 267 (3d Cir 1984) Kyk ook op 684 van *In re WR Grace & Co* 384 BR 678 (Bankr D Del 2008)

die departement se aksie bloot om sy geldeis af te dwing en nie om openbare veiligheid en gesondheid aan te spreek nie. Daarom oortree die departement se optrede die outomatiese opskorting en is bygevolg nietig.⁶¹

Nog aksies wat opgeskort word, is afdwinging teen die skuldenaar van dwangbevele wat vereis dat die skuldenaar boedelbates moet bestee. Nietemin blyk dit dat die uiteindelijke toets in al hierdie gevalle gaan oor die tipe bevoegdheid wat die regeringsdepartement of –organisasie uitoefen. Gelber et al⁶² verwys na ’n voorbeeld waar ’n toesighoudende streeksraad sy oorredingsmagte probeer gebruik om die putte van die skuldenaar buite diens te stel om duur opruimingskoste te vermy (“power of eminent domain to decommission a debtor’s wells”).⁶³ Om as ’n uitsluiting op die outomatiese opskorting te kwalifiseer, moet die streeksraad demonstreer dat dit (i) sy polisiëring- en reguleringsbevoegdheid (ii) afdwing. As die streeksraad nie enigtiets “afdwing” nie, is die streeksraad se “eminent domain action” nie uitgesluit van die outomatiese opskorting nie.

7 Verwerping van beswarende eiendom in die Amerikaanse reg

7 1 Inleiding

Uit die voorgaande is dit duidelik dat daar in sekere omstandighede van ’n skuldenaar of insolvensieverteenwoordiger verwag kan word om nog fondse te bestee om aan omgewingsvereistes te voldoen. Hierdie kan ’n uitermatige groot uitgawe vir die insolvente boedel en dus nadeel vir die skuldeisers van die insolvente boedel inhou. Terwyl die afstaan van beswarende en onderdrukkende eiendom deur die insolvensieverteenwoordiger nie ’n vreemde idee in ander jurisdiksies is nie,⁶⁴ is dit so dat daar in die Insolvensiewet, die 1973 Maatskappywet, die 2008 Maatskappywet asook die voorgestelde nuwe likwidasiestelsel geen bepalinge bestaan wat voorsiening maak vir die verwerping/ontkenning/afstaan van beswarende bates nie (*abandonment of burdensome/onerous property*). Die likwidateur “erf” hierdie bates maar as gevolg van die kostes daaraan verbonde kan hy nie die plig ten opsigte van opruiming, remediëring, beperking en voorkoming nakom nie.⁶⁵

In die Amerikaanse insolvensiereg bestaan daar weliswaar ’n hulpmiddel om die trustee in hierdie omstandighede by te staan. Dit word gevind in artikel 554(a) van die Bankruptcy Code en bepaal dat “[a]fter notice and a hearing, the trustee may abandon any property of the estate that is burdensome to the estate or that is of inconsequential value and benefit to the estate”. Die verwerping kan wees ten gunste van enige persoon met ’n besitsbelang in die

⁶¹ *In re WR Grace & Co* 384 BR 678, 682 (Bankr D Del 2008)

⁶² Gelber et al “The Intersection of Environmental and Bankruptcy Laws” in *Environmental Issues in Business Transactions* 351

⁶³ 351

⁶⁴ Verwerping is inderdaad die afstoting of, in meer bekende terme, die afstanddoening van die insolvente boedel se belange in die verwerpte eiendom

⁶⁵ Sien ook die bespreking van hierdie onderwerp in AL Stander “Die Aanspreeklikheid van ’n Insolvente Maatskappy en die Likwidateur van ’n Insolvente Maatskappy vir Vergoeding as gevolg van Omgewingsbenadeling” (2012) 24 *SA Merc LJ* 273 277-282

eiendom wat verwerp word.⁶⁶ Die artikel gee die trustee die bevoegdheid om bates wat beswarend is, te verwerp, tipies omdat die koste van instandhouding daarvan of omdat die skuld wat daarop betaalbaar is die waarde van die eiendom vir die boedel te bowe gaan.⁶⁷ Die trustee hoef egter bloot te bewys dat die eiendom beswarend is.⁶⁸ Dit is nie slegs die trustee wat die aansoek kan rig nie. Die artikel gaan verder en bepaal “[o]n request of a party in interest and after notice and a hearing, the court may order the trustee to abandon any property of the estate that is burdensome to the estate or that is of inconsequential value and benefit to the estate”.⁶⁹ Enige belanghebbende persoon kan dus ’n mosie by die hof liasseer wat die hof versoek om die trustee te beveel om eiendom van die boedel te verwerp. ’n Belangrike aspek hier is die kennisgewingvereiste.⁷⁰

Ooglopend kan hierdie bepaling deur eienaars van besoedelde persele of trustees misbruik word om aanspreeklikheid vir remediëring-, opruiming- en herstellkoste te ontkom.⁷¹ Daarom is dit nie verrassend dat die Amerikaanse regspraak ’n uitsondering op hierdie beginsel geformuleer het nie.

7.2 Verwerping verbied

Gelber et al⁷² noem die saak van *Midlantic National Bank v New Jersey Department of Environmental Protection* (“*Midlantic*”) die *locus classicus* vir die uitsondering.⁷³ In hierdie saak het die skuldenaar ’n afvalolieverwerkingsaanleg in New Jersey bedryf en daar is ontdek dat die skuldenaar ’n hele paar regulasies oortree het. Die skuldenaar het onder andere onwettig olie (wat met karsinogene, ’n kankerwekkende stof, besoedel was) op

⁶⁶ Soos ’n skuldenaar, ’n uitlener, ’n huurder, ’n okkupeerder, ’n besitter, ’n ontvanger of die relevante belastingowerheid

⁶⁷ JA Barrett “The US Approach to Resolving the Tension between Environmental Liabilities and Bankruptcy Debt Forgiveness” in JA Barrett *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* (1998) 135-157

⁶⁸ In die geval van ’n *Chapter 11* reorganisasie kan verwerping van beswarende eiendom ook plaasvind, maar in so ’n geval vereis die hof dat die trustee of die skuldenaar moet bewys dat daar ’n goeie besigheidsrede of “articulated business justification” vir die voorgestelde verwerping is. Sodra die trustee of die skuldenaar dit aandui, swaai die bewyslas na enige beswaarmakende party wat die geregte geskepte uitsondering op hierdie verwerpingsbevoegdheid van toepassing wil maak. Sien Gelber et al “The Intersection of Environmental and Bankruptcy Laws” in *Environmental Issues in Business Transactions* 352

⁶⁹ SL Bufford, LDC Adler, SB Brooks & MS Krieger *United States International Insolvency Law 2008-2009* (2009) 319 noem dat die trustee werk met ’n “margin of value to the estate”

⁷⁰ Rule 6007 van die Federal Rules of Bankruptcy Procedures, 2010 bevat bepalings oor die kennisgewing van verwerping, die besware en die verhoor. Dit kom kortliks daarop neer dat tensy andersins deur die hof beveel word, moet die trustee kennis van die voorgename verwerping (dus voor daadwerklike afstaan/ontkenning of verkoping in die bedryf van die insolvent se besigheid) van die eiendom aan die *United States Trustee* en al die skuldeisers gee. Binne vyftien dae vanaf die pos van die kennisgewing of binne ’n tyd wat deur die hof bepaal word, mag ’n belanghebbende party ’n beswaar liasseer en dien. As die beswaar betyds gemaak word, sal die hof ’n verhoordatum bepaal met kennisgewing aan die *United States Trustee* en aan ander entiteite soos die hof mag aandui. Sien veral ook Bufford et al *Insolvency Law* 460. Sien ook Barrett “Environmental Liabilities” in *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* 157.

⁷² Gelber et al “The Intersection of Environmental and Bankruptcy Laws” in *Environmental Issues in Business Transactions* 352

⁷³ 474 US 494 (1986). Vir ’n bespreking van hierdie saak, sien Brand (2011) *Tul Evtl LJ* 221-240; Rdzanek (2010) *Seventh Circuit Rev* 163-195; Hillinger & Hillinger (2004) *Am Bankr Inst L Rev* 331-420; Theuer (1996) *TM Cooley L Rev* 465-527; Losch (1991) *La L Rev* 137-175

die perseel gestoor.⁷⁴ Die genoemde departement het in onderhandelinge met die skuldenaar getree met die oog op opruiming van die perseel, maar terwyl die onderhandelinge nog aan die gang was, het die skuldenaar 'n *Chapter 11* aansoek geloods. Die volgende dag het die departement 'n administratiewe dwangbevel uitgereik wat die skuldenaar beveel het om opruiming te bewerkstellig. Die skuldenaar se finansiële posisie het swak gebly en 'n maand later is die aansoek in 'n *Chapter 7* aansoek omskep. 'n Onderzoek het getoon dat soortgelyke oortredings ook op die skuldenaar se New York perseel plaasgevind het. Vervolgens wou die trustee albei die persele as beswarend verwerp en sy argument was dat voldoening aan die opruimingseise die bates van die boedel sou uitput.⁷⁵ Hoewel die *Bankruptcy Court* die verwerping gemagtig het, het die *US Supreme Court* uiteindelik beslis dat die persele blootgestel was aan werklike en ernstige gevare en dat voorwaardes nodig is ter beskerming van openbare gesondheid of veiligheid.⁷⁶ Deur te beslis dat die trustee nie eiendom mag verwerp in stryd met enige wet of regulasie van die staat wat redelikerwys ontwerp is om openbare gesondheid of veiligheid van geïdentifiseerde gevare te beskerm nie, het die hof met ander woorde 'n uitsondering op die trustee se verwerpingsbevoegdheid geskep. Dit hou in dat die hof die verwerping eenvoudig kan verbied, of dat die hof die verwerping onderworpe aan voorwaardes kon toelaat. Wat die oplê van voorwaardes betref het die hof die volgende oor die *Bankruptcy Court* se toelating van die verwerping te sê gehad:

“The trustee was not required to take even relatively minor steps to reduce imminent danger, such as security fencing, drainage and diking repairs, sealing deteriorating tanks, and removing explosive agents.”⁷⁷

Die implikasie van hierdie stelling is myns insiens dat die hof selfs net geringe stappe as voorwaarde hoef te gelas om sy verpligting in hierdie verband na te kom.

Die hof het verder gegaan en verklaar dat sy standpunt eng geïnterpreteer moet word. Dit is die hof se mening dat die trustee se reg om beswarende eiendom te verwerp nie beperk moet word deur wette en regulasies wat nie redelikerwys bereken is om openbare gesondheid of veiligheid van dreigende en

⁷⁴ *Midlantic National Bank v New Jersey Department of Environmental Protection* 474 US 494, 497 (1986)

⁷⁵ Saam met die trustee was *Midlantic National Bank* die petitionerisse vir die verwerping van die beswarende eiendom. Die bank het die skuldenaar 'n lening toegestaan, verseker deur die skuldenaar se inventaris, debiteure en sekere toerusting. Die verbande op die betrokke eiendom het die waarde van die onroerende eiendom van die fasiliteit ver oorskry en die geraamde koste om van die afvalolie ontslae te raak, het duidelik die eiendom 'n netto las vir die boedel gemaak. Die trustee het ook sonder sukses gepoog om die eiendom vir die voordeel van die skuldenaar se skuldeisers te verkoop.

⁷⁶ Sien ook *In re FCX Inc* 96 BR 49 (Bankr EDNC 1989) waar die hof beslis het dat die verwerping van die skuldenaar se eiendom toegelaat sal word op voorwaarde dat die skuldenaar 'n bedrag van \$250,000 eenkant sou sit vir die betaling van opruimingskoste wat deur die Regering aangegaan is. Die rede hiervoor was dat die teenwoordigheid van gevaarlike stowwe 'n onmiddellike bedreiging vir openbare veiligheid en gesondheid was.

⁷⁷ Sien *Midlantic National Bank v New Jersey Department of Environmental Protection* 474 US 494, 499 vn 3 (1986)

identifiseerbare gevare te beskerm nie.⁷⁸ Hoewel die *Supreme Court* die vraag oopgelaat het of die koste van omgewingsopruiming as 'n administratiewe koste in insolvensie gereken moet word, is die implikasie dat as die trustee nie die beswarende eiendom kan verwerp nie (omdat die verwerping in stryd sal wees met 'n staatswet wat redelikerwys ontwerp is om openbare gesondheid of veiligheid van identifiseerbare gevare te beskerm *en* die feit dat die trustee moet voldoen aan alle geldige staatswette terwyl hy die eiendom van die insolvente boedel bestuur en bedryf), moet die trustee boedelfondse uitgee om aan die omgewingswette te voldoen. Hierdie beweegrede of rasionaal ken effektief administratiewe koste-prioriteit aan die omgewingsverpligtinge toe. Om administratiewe koste-prioriteit te kan geniet, moet die koste wat deur die trustee aangegaan word om openbare gesondheid of veiligheid van dreigende en identifiseerbare gevare te beskerm, ter wille van die behoud en bewaring van die boedel, die werklike, noodsaaklike koste wees, niks meer nie.

“*Midlantic* seems to advocate a case-by-case approach in which courts must balance the environmental violation’s threat to public health against the estate’s ability to comply with environmental laws.”⁷⁹

'n Interessante opmerking van die hof is die volgende:

“Accordingly, without reaching the question whether certain state laws imposing conditions on abandonment may be so onerous as to interfere with the bankruptcy adjudication itself, we hold that ...”⁸⁰

Dit is nie heeltemal duidelik wat die hof bedoel nie en of die bevoegdheid van die trustee beperk mag word deur staatswette wat so beswarend is “as to interfere with the bankruptcy adjudication itself”.⁸¹ Die hof het ook nie daarop uitgebrei nie. Volgens Barrett word hierdie standpunt tog so geïnterpreteer as om verwerping te verbied tensy die omgewingsreg so beswarend is dat dit *met die insolvensie sal inmeng*.⁸²

7 3 Verwerping toegelaat

Deur die loop van jare het die Amerikaanse howe hierdie beslissing verskillend geïnterpreteer. Gelber et al⁸³ verwys na 'n aantal van hierdie hofsake en sonder om die bespreking daar te herhaal word net kortliks verwys na die verskillende beginsels wat uit hierdie bespreking geabstraheer kan word:

⁷⁸ 507 vn 9 Uit die aard van die saak het die beslissing in hierdie saak ongelooflike reaksie onder akademiese skrywers ontlok en verskillende howe het die saak op verskillende wyses geïnterpreteer. Sien byvoorbeeld die bespreking in Hillinger & Hillinger (2004) *Am Bankr Inst L Rev* 363-371; Rdzanek (2010) *Seventh Circuit Rev* 163-195 vn 100

⁷⁹ Rdzanek (2010) *Seventh Circuit Rev* 177

⁸⁰ *Midlantic National Bank v New Jersey Department of Environmental Protection* 474 US 494, 507 (1986) Die bankrotverklaring self

⁸² Barrett “Environmental Liabilities” in *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* 157 Steeds is die stelling myns insiens onduidelik

⁸³ Gelber et al “The Intersection of Environmental and Bankruptcy Laws” in *Environmental Issues in Business Transactions* 353-355 Sien ook Barrett “Environmental Liabilities” in *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* 157

- die Bankruptcy Code verbied staatswette wat die spoedige en billike verdeling van die boedelbates belemmer;⁸⁴
- met verwysing na die skuldenaar se finansiële posisie, as die boedel onbeswaarde bates (vrye oorskot) het, sal strenger voldoening aan staatsomgewingswette toepaslik wees, maar as die skuldenaar geen onbeswaarde bates het nie en geen ernstige openbare gesondheidsrisiko bestaan nie, is onvoorwaardelike verwerping van beswarende eiendom toepaslik;⁸⁵
- groot gewig word geplaas op die regeringsorganisasie se versuim om omgewingsoortredings aan te spreek en die manier waarop die organisasie die ondersoek doen of hanteer, is geredelik aanduidend van die afwesigheid van dreigende gevaar;⁸⁶
- waar die omgewingsdepartement versuim om self enige remediërende stappe met betrekking tot die betrokke eiendom te neem, is dit oorredende bewys dat die besoedeling nie dreigende gevaar inhou nie;⁸⁷
- waar die staat laks is om enige afdwingingsaksie ten opsigte van omgewingsoortredings te neem, sal die staat se onaktiwiteit aanduidend wees dat daar geen dreigende gevaar bestaan nie.⁸⁸

Verwerping is in die volgende gevalle toegelaat:

- waar die insolvente boedel nie voldoende vrye oorskot gehad het om die opruimingskoste te finansier nie én daar was geen dreigende skade of gevaar vir die publiek nie;⁸⁹
- waar die omgewingsreg slegs spekulatief deur die verwerping geskend word;⁹⁰
- waar die “bedreiging” ten opsigte van die publiek nie so dreigend is nie;⁹¹
- waar getuienis toon dat die staat se primêre bekommernis die betaling van die opruimingskoste is en nie openbare welvaart nie;⁹²
- waar daar nie ’n onmiddellike en identifiseerbare gevaar vir openbare gesondheid of veiligheid is nie;⁹³
- waar die betrokke eiendom nie op die staat se lys van gekontamineerde persele is nie en die staat se eie deskundige nalaat om getuienis te voorsien dat ’n teenwoordige bedreiging bestaan, terwyl die trustee se enigste omgewingsoortredings tydens die verwerping van die beswarende eiendom is om betyds verslae in te dien.⁹⁴

⁸⁴ *In re Smith-Douglas* 856 F2d 12, 15-16 (4th Cir 1988) In die lig van die bo bespreekte sake soos *Penn Terra Limited v Department of Environmental Resources* 733 F2d 267 (3rd Cir 1984), *Ohio v Kovacs* 469 US 274 (1985); 105 S Ct 705 (1985) en *Midlantic National Bank v New Jersey Department of Environmental Protection* 474 US 494 (1986) kan hierdie stelling nie meer ongekwalifiseerd aanvaar word nie.

⁸⁵ *In re Smith-Douglas* 856 F2d 12, 17 (4th Cir 1988)

⁸⁶ *In re Shore Co Inc* 134 BR 572, 579 (Bankr ED Tex 1991)

⁸⁷ *In re HF Radabdt Inc* 160 BR 323, 328 (Bankr WD Wia 1993)

⁸⁸ *In re McCrory Corp* 188 BR 763, 769 (Bankr SDNY 1995)

⁸⁹ *In re Smith-Douglas* 856 F2d 12, 17 (4th Cir 1988)

⁹⁰ *In re Anthony Ferrante and Sons Inc* 119 BR 45 (DNJ 1990)

⁹¹ Barrett “Environmental Liabilities” in *Insolvency Proceedings* 157

⁹² *NJ Department of Environmental Protection v North American Products Acquisition Corp* 137 BR 8, 12 (DNJ 1992)

⁹³ *In re LF Jennings Oil Co* 4 F3d 887 (10th Cir 1993)

⁹⁴ *In re LF Jennings Oil Co* 4 F3d 887 (10th Cir 1993)

Die voorgaande opsomming dui daarop dat die primêre rede vir die toestaan van die verwerping van beswarende bates deur die trustee die feit is dat die beswaarmakende party nie daarin slaag om aan te toon dat 'n werklike, teenswoordige, ernstige, dreigende, onmiddellike of identifiseerbare nadeel, skade of gevaar bestaan nie. Die enigste onsekerheid wat myns insiens nog in hierdie opsig bestaan, is die (moontlike) verbod op die verwerping tensy die omgewingsreg so beswarend is dat dit met die “bankruptcy adjudication itself” sal inmeng.⁹⁵ Waarom hierdie punt tog belangrik is, is die feit dat daar in latere sake direk daarna verwys is. Een so 'n saak is *In re Guterl Special Steel Corp; Guterl Steel Corp*.⁹⁶ In hierdie saak het die hof die feite en omstandighede gekorreleer met die einste *scenario* wat in die *Midlantic*-saak genoem is maar nie aangespreek is nie.

7 4 Nakoming van die omgewingsreg té beswarend

Die hele aangeleentheid rakende Guterl Steel is aanvanklik in 1982 as 'n *Chapter 11* aansoek begin, maar is mettertyd in 'n *Chapter 7* aansoek omskep. Aanvanklik was dit twee maatskappye wat elk met so 'n aansoek begin het, maar mettertyd is die twee maatskappye gekonsolideer omdat hulle wesenlik een maatskappy was. Die boedel het onder andere bestaan uit 'n industriële perseel wat met radioaktiewe afval besoedel was. Hierdie bate was met 'n eerste sowel as 'n tweede verband beswaar (welke eise aan die *US Economic Development Administration* (“EDA”) seeder is). As gevolg van die besoedeling kon 'n deel van die perseel nie verkoop word nie en het dit die afhandeling van die boedel letterlik vir jare laat sloer. In 'n stadium is weer 'n omgewingsimpakstudie gedoen (op versoek van die trustee, op koste van die insolvente boedel en onder beswaar van skuldeiser EDA) en daar is bevind dat die besoedeling veel erger was as wat aanvanklik geantisipeer is. Die trustee het verskeie pogings aangewend om op koste van die insolvente boedel opruiming te bewerkstellig, maar telkens het die EDA beswaar aangeteken, natuurlik om te verhoed dat die fondse van die insolvente boedel uitgeput raak. Intussen het die jare aangestap. Die trustee het, op aanbeveling van die EDA, uiteindelik aansoek gedoen om die perseel as beswarende eiendom te verwerp. Die hof het egter nie die aansoek toegestaan nie omdat die besoedeling van so 'n aard was dat dit 'n onmiddellike, dreigende en identifiseerbare gevaar vir openbare gesondheid of veiligheid ingehou het. Die hof het wel die *US Environmental Protection Agency* versoek om die dromme met die giftige en skadelike afval van die perseel te verwyder.⁹⁷ Dit is inderdaad gedoen, maar niks is gedoen om die radioaktiewe kontaminasie van die grond te herstel nie. Verskeie

⁹⁵ Die vraag wat in *Midlantic National Bank v New Jersey Department of Environmental Protection* 474 US 494 (1986) oopgelaat is

⁹⁶ 198 BR 128 (Bankr WD Pa 1996)

⁹⁷ Die beslissing van die hof was:

“The cost of cleaning up the site shall be granted an administrative priority pursuant to 11 USC § 506(c) and shall be paid from funds remaining in the court’s registry account. If said funds are not sufficient to pay all cleanup costs, we will consider at a later time a motion to grant EPA an administrative claim pursuant to 11 USC § 506(c) against estate funds previously distributed to EDA and to other creditors and to direct said creditors to disgorge said funds. The trustee’s omnibus motion to abandon real property, to distribute funds remaining in the bankruptcy estate, and to close the case is denied.”

omgewingsdepartemente is ook deur die trustee genader vir hulp, maar dié het almal hulle voete gesleep en die las van die opruimingsverpligting tussen hulle rond verplaas.

Agt jaar later en met vele dispute oor wie vir die opruiming sowel as die opruimingskoste verantwoordelik was en die insolvente boedel se gebrek aan fondse, was behoorlike opruiming steeds nie uitgevoer nie. Weer het die trustee aansoek gedoen vir die verwerping van die eiendom “and to close these bankruptcy cases”.⁹⁸ Hierdie keer is die aansoek toegestaan. Die kruks van die saak was, aan die een kant, dat die besoedelde perseel geen waarde of enige voordeel hoegenaamd vir die insolvente boedel gehad het nie. Aan die ander kant was dit gemeensaak dat die verwerping van die eiendom in stryd sou wees met die wette van die Staat van New York wat ontwerp is om openbare gesondheid of veiligheid te beskerm. Hoe kom die hof uit hierdie verknorsing?

Die hof verklaar dat afgesien van die afwesigheid van oortuigende bewyse dat die radioaktiewe besoedeling op die terrein ’n dreigende gevaar vir openbare gesondheid of veiligheid inhou, is daar nog ’n rede om toestemming te verleen dat die trustee die perseel verwerp.⁹⁹

- Die hof wys daarop dat hierdie insolvensieszaak byna 22 jaar vantevore begin is en in teenstelling met goeie wyn, het die saak nie met ouderdom verbeter nie.
- Feitlik al die pogings van die kurator en sy raadgewers sedert Augustus van 1984 is aangewend om een of ander federale agentskap te ooreed om fondse vir die opruiming, remediëring en herstel van die eiendom te bewerkstellig sodat dit verkoop mag word vir die voordeel van die EDA.
- Dit is die hof se standpunt dat die twee sake nie afgehandel is nie omdat die trustee nie sukses met hierdie pogings gehad het nie.
- Al wat in werklikheid nog ten opsigte van die insolvensieproses oorbly, is die verdeling van die boedelopbrengs in ooreenstemming met die vasstellings wat die partye reeds in ’n memorandum gemaak het en aan die hof voorgelê het.
- Daar bestaan dus geen *bankruptcy issues* meer nie.
- Die enigste geskil wat oorbly, is die bepaling van watter federale agentskap uiteindelik sal instem om vir die skoonmaak van die terrein te betaal. Dit is nie ’n *bankruptcy issue* nie.
- Die hof het nie die bevoegdheid om ’n agentskap van die federale regering te dwing om sodanige stappe te neem nie.
- In *Midlantic* is die moontlikheid oopgelaat dat verwerping toelaatbaar is waar ’n rigiede nakoming van ’n staatswet of -regulasie wat ontwerp is om openbare gesondheid of veiligheid te beskerm, so “beswarend” was dat dit met die “bankruptcy adjudication itself” ingemeng het.

⁹⁸ *In re Guterl Special Steel Corp* 316 BR 843, 862 (Bankr WD Pa 2004)

⁹⁹ Vir hierdie stellings, sien die bespreking in *In re Guterl Special Steel Corp* 316 BR 843, 859-861 (Bankr WD Pa 2004) Hierdie stellings is inderdaad deur die skrywer gekontroleer met die hofverslag van die genoemde saak

- Sou die trustee in die huidige omstandighede verbied word om die beswarende eiendom (die betrokke perseel) te verwerp en van hom verwag word om te volhard met die *Sisyphian task* om 'n federale agentskap te probeer oortuig om die perseel op te ruim, sal dit presies die situasie wees wat in die *Midlantic* saak bedoel word.
- Om streng nakoming van die staat se omgewingswette in situasies soos hierdie te vereis sal afbreuk doen aan die gees en die doel van die Bankruptcy Code, naamlik die vinnige en spoedige administrasie van die boedelbates binne 'n redelike tydperk.¹⁰⁰

Dit is die hof se oortuiging dat so 'n verswarende situasie lank gelede reeds plaasgevind het en is dit volgens die hof nie vergesog om te dink dat die dooiepunt van die afgelope twintig jaar sal voortgaan om vir baie jare, dalk vir dekades aan te hou nie. 'n Redelike tydperk is lank tevore oorskry. Dit is verder my afleiding dat, na al die onsuksesvolle pogings van die trustee en die verplasing van die opruimingsklas tussen die verskillende departemente, dit nie lyk of die gevaar van besoedeling werklik dreigend was nie.

8 Apex Oil Inc

Die Apex Oil Inc¹⁰¹ maatskappy is in 2009 gekonfronteer met 'n uiters duur dwangbevel vir die opruiming van grondwaterbesoedeling. Dit het appèl na die *US Court of Appeals for the Seventh Circuit* in *United States v Apex Oil Co Inc* aangeteken en beweer dat hierdie verpligting kragtens 'n omgewingswet in 'n vorige bankrotskap gedelg/onthef/ontslaan is. Wat voorheen gebeur het, was dat Clarke Oil sedert 1967 'n olieraffinadery besit het. Apex Oil het 'n filiaal opgerig, Apex Acquisition Inc, wat in 1981 met Clarke Oil saamgesmelt het en laasgenoemde se naam oorgeneem het. Gedurende 1987 het beide Apex Oil en Clarke Oil (en meer as 50 ander filiale) *Chapter 11* aansoeke gebring. As deel van die *Chapter 11* reorganisasie wat suksesvol afgehandel is, het Clark Oil sonder die raffinadery uit die bankrotskap gekom.¹⁰² Die raffinadery is in 'n hof-goedgekeurde transaksie verkoop. Clark Oil het met 'n nuutgestigte entiteit, toevallig ook Apex Oil, saamgesmelt. Hoewel Apex Oil 'n splinternuwe maatskappy was (daarom New Apex Oil), het hierdie nuwe entiteit alle verpligtinge van Clark Oil wat die bankrotskap oorleef het, oorgeneem, met inbegrip van enige verpligting wat ontstaan het uit die besit en bedryf van die raffinadery gedurende 1967-1988. New Apex Oil het na die samesmelting geensins die besigheid van die spesifieke olieraffinadery of enige olieraffinadery bedryf nie.

Vyftien jaar na die maatskappy se reorganisasie het die *US Environmental Protection Agency* ("EPA") 'n dwangbevel, gegrond op die Resource

¹⁰⁰ Sien ook *In re Oklahoma Refining Co* 63 BR 562, 565-566 (WD Okla 1986)

¹⁰¹ *United States v Apex Oil Co Inc* 579 F3d 734 (7th Cir 2009) Appèl vir 'n verklarende bevel na die *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit* is gedurende 2010 geweier Sien 131 S Ct 67 (2010)

¹⁰² Hierdie situasie is dus heeltemal verskillend as 'n gewone sekwestrasie of likwidasie. Nogtans sal die saak ondersoek word om die relevante beginsel(s) ten opsigte van aanspreeklikheid vir omgewingsverpligtinge uit te lig en die omskrywing/identifisering van 'n "eis" teen 'n insolvente boedel te bepaal.

Conservation and Recovery Act,¹⁰³ teen die opvolger maatskappy (New Apex Oil) vir opruiming van die grondwaterbesoedeling op die terrein van die olieraffinadery aangevra. Na 'n sewentien-dae lange verhoor het die distriks-hof bevind dat miljoene liter olie in 'n koolwaterstofkolom ondergronds op die terrein vasgevang was wat die grondwater besoedel het. Die besoedeling het dampe in die omliggende gebied uitgestraal wat gevare vir openbare gesondheid en die omgewing geskep het. Die getuienis het getoon dat New Apex Oil inderdaad vir Clarke Oil se destydse verpligtinge aanspreeklik was en dat die dwangbevel gepas was. Die kruks was egter die vraag voor die hof van appèl of die eis van die EPA in 'n vorige bankrotskap gedelg (*discharged*) is; was die EPA se aanspraak op 'n dwangbevel in die bankrotskap gedelg sodat dit nie as grondslag vir 'n ander regs-geding kan dien nie? Die probleem in hierdie geval is dat daar intussen 'n suksesvolle *Chapter 11* prosedure was; alle aktiwiteite met betrekking tot die raffinadery het voor die *Chapter 11* plaasgevind en die raffinadery is gedurende die *Chapter 11* prosedure verkoop. Nóg New Apex Oil nóg sy korporatiewe voorgangers het die raffinadery na *Chapter 11* besit of bedryf. Die vraag was vervolgens of die bankrotskap enige effek op hierdie oorgeërfde aanspreeklikheid gehad het? Die hof se antwoord was negatief.¹⁰⁴ Die hof het erken dat die betrokke wet nie die regering die opsie gee om vir 'n geldbevel aansoek te doen nie – 'n dwangbevel vir opruiming was die enigste opsie.¹⁰⁵ Die hof het beslis dat hierdie verpligting nie tot 'n “eis” aanleiding gee¹⁰⁶ nie en gevolglik word dit

¹⁰³ 42 USC § 6902(b) (2006) (“RCRA”)

¹⁰⁴ Brand (2011) *Tul Emtv L.J.* 229 spreek ernstige kritiek teen hierdie uitspraak uit:

“[S]ome equitable claims entitle the holder to obtain a money judgment in the event the equitable remedy is unobtainable, and some equitable remedies are actual orders to pay ...”

¹⁰⁵ New Apex Oil se argument was dat hy nie finansieel in staat was om aan die dwangbevel te voldoen nie. Hy was nie eienaar van die perseel nie en het nie die nodige kundigheid op sy personeel gehad om die opruiming te kan doen nie. Omdat dit onmoontlik sou wees om sy omgewingsverpligtinge na te kom sonder om ongeveer \$150 miljoen aan 'n buitestaander kontrakteur te betaal, is die remedie gereduseer tot betaling van geld en gevolglik was dit vatbaar vir ontslag (sien *United States v Apex Oil Co Inc* 579 F3d 734, 736-737 (7th Cir 2009)). Die hof was nie oortuig nie (738) en het opgemerk dat alle dwangbevele sekere kostes oplê (737) maar as sodanig is die koste vir die verweerder nie gelykstaande aan 'n reg op betaling vir die eiser nie. Brand (2011) *Tul Emtv L.J.* 230 se kritiek is dat die hof misluk het om selfs te vra vir watter doel die koste die verweerder opgelê word, en of die koste insidenteel is tot of sentraal is tot die doel van die remedie (opruiming). Volgens die skrywer het die hof, toe dit die statutêre definisie van 'n “eis” geïnterpreteer het, die funksie daarvan totaal geïgnoreer. Hy meen dat die hof die aard van die onderliggende verpligting in ag moes neem (223).

¹⁰⁶ Die hof het verduidelik dat die definisie van 'n “eis” in a 101(5)(B) van die Bankruptcy Code slegs 'n reg op 'n billike remedie vir die verbreking van 'n prestasie insluit indien die oortreding aanleiding gee tot 'n reg om te betaal (*United States v Apex Oil Co Inc* 579 F3d 734, 735 (7th Cir 2009)). Die sinsnede “aanleiding gee tot 'n reg om te betaal” (*United States v Apex Oil Co Inc* 579 F3d 734, 736 (7th Cir 2009)) beteken dat as die billike remedie (opruiming) nie verkry kon word nie en die houër van 'n billike eis in die plek daarvan 'n geldbevel kan kry, die eis aanleiding sal gee tot 'n reg om te betaal en dus vatbaar vir delging sou wees. Volgens die hof gee slegs twee tipes dwangbevele aanleiding tot 'n alternatiewe reg op betaling: (i) bevele wat nie meer presteer kan word nie, soos 'n dwangbevel om iets te doen wat nie meer moontlik is nie en (ii) bevele wat die betaling van geld vereis. Die hof het ook uitdruklik gestel dat billike remedies nie noodwendig net bevele is om op te tree nie maar kan ook bevele wees om te betaal. In die geval onder bespreking het die betrokke departement egter nie die reg gehad om betaling te eis deur die opruiming self te bewerkstellig of iemand anders dit laat doen en dan vir die kostes te eis nie. Die RCRA het dit nie toegelaat nie.

nie deur die bankrotskap geraak nie;¹⁰⁷ die dwangbevel het nie aanleiding gegee tot 'n "reg op betaling" nie.

Breedweg is die *US Court of Appeals for the Seventh Circuit* se standpunt dus dat kostes wat aangegaan moet word om aan die opruimingsbevel te voldoen nie ekwivalent is aan die reg op betaling nie.¹⁰⁸ Groot kritiek word deur Brand teen hierdie uitspraak uitgespreek.¹⁰⁹ Hierdie skrywer meen dat die hof se standpunt versuim om in oorweging te neem dat 'n paar stappe in die siviele proses (in antwoord op Apex Oil se stolling van die hele aangeleentheid van opruiming) die dwangbevel kan omskep in 'n *Kovacs*-styl middel, wat die *US Supreme Court* beslis het binne die definisie van 'n "eis" val. Hy wys daarop dat 'n eis 'n "two-part definition" het: (i) 'n "reg op betaling", en (ii) 'n "reg op 'n billike remedie vir die nie-nakoming van prestasie indien sodanige nie-nakoming aanleiding gee tot 'n reg om te betaal":

"The definition of 'claim' needs the second part of the definition in order to ensure that all entities to whom the debtor is obligated can share in the assets of the bankruptcy estate. If an entity can show that it would have a right to payment from the debtor in the event the debtor failed to perform the equitable remedy, it has a claim in bankruptcy."¹¹⁰

Die skrywer motiveer dat 'n eis 'n reg is teen die skuldenaar wat kwalifiseer om te deel in die opbrengs van die insolvente boedelbates. Sy mening is dat in die konteks van 'n korporasie (maatskappy) moet sulke verpligtinge in die insolvensieproses hanteer word – dit word met ander woorde na afhandeling van die likwidasiëproses gedelg. As hierdie resultaat ongemak veroorsaak, moet die situasie volgens hom deur wetgewing reggestel word en nie met 'n totale systap van die proses nie.

'n Ander skrywer betoeg weer dat hierdie uitspraak heeltemal korrek is.¹¹¹ Volgens Rdzanek was die dwangbevel nie 'n "reg op betaling" nie en dus nie

¹⁰⁷ 738 Die hof het die saak van *Ohio v Kovacs* 469 US 274 (1985); 105 S Ct 705 (1985) onderskei Soos hierbo uiteengesit is, het *Ohio v Kovacs* 469 US 274 (1985); 105 S Ct 705 (1985) gehandel oor die beslaglegging van bates deur die administrateur *United States v Apex Oil Co Inc* 579 F3d 734 (7th Cir 2009) gaan oor 'n dwangbevel In *Ohio v Kovacs* 469 US 274 (1985); 105 S Ct 705 (1985) was die situasie dat omdat die skuldenaar nie opgeruim het nie ("failure to perform an equitable remedy") het die Staat van Ohio die reg tot betaling gehad

¹⁰⁸ Sien ook *AM International Inc v Datacard Corp* 106 F3d 1342 (7th Cir 1997); *In re CMC Heartland Partners* 966 F2d 1143, 1147 (7th Cir 1992) Hierdie standpunt is direk in stryd met die *Sixth Circuit* se standpunt (sien spesifiek die saak van *United States v Whizzo Inc* 841 F2d 147, 148-150 (6th Cir 1988)) dat alle eise waar die verweerder geld moet spandeer om aan die hof se bevel te voldoen, "regte op betaling" is Dit kwalifiseer as eise in die bankrotskap en is vatbaar vir delging Die betaling van geld is 'n eis, ongeag die vorm van die hofbevel wat die opruiming beveel (151) Die *Sixth Circuit* het *Ohio v Kovacs* 469 US 274 (1985); 105 S Ct 705 (1985) letterlik toegepas en bevind dat die substansie van die eis – naamlik die geldelike uitgawe/koste – belangriker is as die vorm van die hofbevel Hierdie saak plaas die insolvente skuldenaar in 'n baie gunstige posisie in insolvensie of te wel bankrotskap, want delging kan plaasvind

¹⁰⁹ Sien Brand (2011) *Tul Envtl LJ* 238

¹¹⁰ 223

¹¹¹ Sien Rdzanek (2010) *Seventh Circuit Rev* 163-195

vatbaar vir delging in bankrotskap nie. Sy voer aan dat die hof se interpretasie van die insolvensiereg sowel as die relevante omgewingswet korrek is.¹¹²

9 Aanbevelings

Hierbo is daarop gewys dat die omgewingsreg aanspreeklikheid plaas op byna elke persoon wat op 'n perseel bedrywig is en daardie aanspreeklikheid bly totdat die perseel wat aan die omgewingskade blootgestel is, op die koste van die aanspreeklikes opgeruim is. Sekwestrasie of likwidasie, aan die ander kant, dien om aanspreeklikheid op te hef sodat elke skuldenaar die geleentheid gegun word om weer van voor af te kan begin – 'n sogenaamde *fresh start*. Dit het tot die vraag gelei na welke regime uiteindelik voorkeur sal kry in 'n situasie waar hierdie twee beleide teen mekaar te staan kom; moet die openbare beleid in omgewingswette bevorder word of moet die verligting wat deur die insolvensiereg gebied word, bevorder word? Uit die voorafgaande uiteensetting is dit baie duidelik dat die opskorting van regsdinge in die insolvensiereg die kern van die teenstrydige standpunte in die genoemde sfeer is. Dit is weliswaar die beginpunt vir die soeke na 'n oplossing om 'n middeleg tussen die mening wat die insolvensiereg as deurslaggewend beskou en die mening wat die handhawing van omgewingswette voorstaan. Na die ondersoek van die regsposisie in die Amerikaanse reg, is ek van mening dat die Amerikaanse praktyk goeie riglyne daarstel vir die hantering van hierdie probleem in Suid-Afrika.

In die eerste plek behoort 'n dwangbevel om toekomstige skade te voorkom, onderskei te word van 'n aksie om skadevergoeding te eis vir afgelope dade. Daarvoor moet gekyk word na die aard van die benadeling wat die gevraagde regshulp beoog om reg te stel en om te bepaal of die eiser beoog om vergoeding vir die afgelope skade te verhaal en of die oogmerk voorkoming van toekomstige gevare is. Die sake wat hierdie beginsel bespreek het, naamlik *Ohio v Kovacs*, *Midlantic National Bank v New Jersey Department of Environmental Protection* en *United States v Apex Oil Co Inc* het gesorg vir baie polemieke in die Amerikaanse insolvensie- en omgewingsreg. Hierdie beslissings is telkens wéér ondersoek en wéér geïnterpreteer en het ten minste een aangeleentheid na vore gebring: 'n Insolvente boedel moet geadministreer, bestuur en bedryf word in ooreenstemming met die toepaslike omgewingswette. Een beginsel waaroor daar nie twyfel is nie en wat myns insiens met vrug in die Suid-Afrikaanse reg nagevolg kan word, is dat as gevolg van die noodsaaklikheid van openbare gesondheid of veiligheid, die pogings van 'n kurator of likwidateur of ander insolvensieverteenwoordiger om die bates van die insolvente boedel te administreer, organiseer, realiseer en te verdeel voorkeur moet gee aan 'n regering, 'n regeringsdepartement

¹¹² Sy het wel enkele bekommernisse (192-193) in die lig van die hof se beslissing. Hierdie bekommernisse het te doen met geslaagde *Chapter 11* reorganisasies. Een voorbeeld is dat *United States v Apex Oil Co Inc* 579 F3d 734 (7th Cir 2009) min hoop bied dat skuldeneare ooit in staat kan wees om aanspreeklikheid vir RCRA eise na te kom. Deur eenvoudig die oorsaak van die aksie as 'n RCRA dwangbevel te struktureer eerder as om te probeer om 'n geldbevel kragtens CERCLA of 'n ander wet te verkry, kan 'n regeringsorganisasie skuldenaar-nakoming verseker, selfs waar dit dalk nie die mees billike uitkoms vir die betrokke partye is nie.

of -organisasie se belang in die beskerming van openbare gesondheid of veiligheid teen werklik dreigende en identifiseerbare gevare. Die realiteit is egter dat hierdie beginsel nie sonder probleme is nie.

Die eerste aspek wat dus oorweeg moet word, is dat waar die regering 'n polisiëring- of reguleringsaksie vir opruiming teen die insolvente besoedelaar bring, toegelaat moet word dat hierdie aksie voortgaan tot op die punt wat nodig is om 'n gevaarlike situasie (gevaarlik vir openbare gesondheid of veiligheid) te remedieer, hetsy as 'n dwangbevel of as 'n geding vir die verkryging van geld om die opruiming te finansier, sodat die beskerming op die vinnigste moontlike manier bereik kan word. Ten spyte hiervan is dit ook duidelik dat daar nie gekarring moet word aan die beginsels van die insolvensiereg en die bepalings van insolvensiewette (soos die bepalings oor outomatiese opskorting van aksies, die regsposisie van skuldeisers en die bevoegdheid van die insolvensieverteenwoordiger) deur omgewingswette en -regulasies wat nie redelikerwys ten doel het om openbare gesondheid of veiligheid van werklik dreigende en identifiseerbare gevare te beskerm nie. As daar inbreuk gemaak word op die beginsel van opskorting van siviele gedinge, is dit my standpunt dat dit *werklik noodsaaklik* moet wees.

Die uitsluiting op die outomatiese opskorting van gedinge is verstaanbaar en ook billik. Daar moet gekyk word na die doel van die reg of die wet wat die staat probeer afdwing. As die primêre doel van hierdie reg of hierdie wet is om openbare veiligheid en welstand te bevorder of om openbare beleid toe te pas (*to effectuate public policy*) behoort dit as 'n uitsluiting tot die outomatiese opskorting te kwalifiseer. Dit is redelik en regverdigbaar dat 'n aksie deur die regering om 'n regeringsdepartement of -organisasie se polisiëring- of reguleringsbevoegdheid af te dwing, insluitende die afdwinging van vonnisse en *to permit the entry of a money judgment*,¹¹³ nie aan die outomatiese opskorting onderhewig is nie. Dit is egter ook regverdigbaar dat uitsonderings op hierdie uitsluiting bestaan, naamlik dat regeringsdepartemente nie geldbevele kan afdwing en so voorkeur bo die ander skuldeisers verkry nie. Geldbevele behoort bygevolg ook aan die outomatiese opskorting onderhewig te wees. Dit kan aanvaar word dat indien die omgewingsverpligting voor die insolvensie-aansoek in 'n geldverpligting omgesit word, dit 'n eis in die bankrotskap is en sal dit aan die outomatiese opskorting onderworpe wees; dit is 'n uitsondering op die uitsluiting; daardeur is die hof se dwangbevel in effek in 'n verpligting om geld te betaal, omskep.

Eise vir reaksiekoste om 'n gevaarlike situasie op te ruim behoort as 'n administratiewe uitgawe-prioriteit (likwidasië of sekwestrasiekoste-prioriteit) toegestaan te word.¹¹⁴ Dit is nie "eise" nie en sal weliswaar nagekom moet word. Dit is egter slegs vir daardie koste wat werklik nodig is om die opruiming uit te voer tot op 'n vlak wat nodig is vir die beskerming van openbare gesondheid

¹¹³ Dit is die blote toelaat van 'n vonnis as 'n eis teen die insolvente boedel

¹¹⁴ In *United States v Apex Oil Co Inc* 579 F3d 734 (7th Cir 2009) het die hof beklemtoon dat as die skuldenaar se argument aanvaar word (naamlik dat die dwangbevel 'n eis in insolvensie kan wees en dus vatbaar is vir delging) dit besoedelaars sal aanmoedig om sonder interne opruimingskapasiteit te bly (738). As die hof die skuldenaar (Apex) se standpunt inneem, is dit onwaarskynlik dat die staat sy wette effektief sal kan afdwing

of veiligheid. Boetes, strafsomme, regs-kostes en vergoedingseise van mede-besoedelaars moet onversekerde eise bly. Deur hierdie perk te stel, word myns insiens steeds 'n billike verdelingstelsel in insolvensie gehandhaaf, terwyl baie belangrike beleide wat omgewingsbeskermingswette onderlê, bevorder word.

Die administratiewe koste-prioriteit moet gemeet word aan die standaard van “werklik dreigende en identifiseerbare nadeel”. Dit vereis met ander woorde nie volle nakoming van alle wette wat breedweg ontwerp is om die openbare gesondheid of veiligheid te beskerm nie. Hierdie standaard vereis slegs dat die eiendom of die situasie gestabiliseer word tot op die punt dat dit nie meer 'n onmiddellike bedreiging vir openbare gesondheid of veiligheid inhou nie. Die *Midlantic*-saak handhaaf myns insiens 'n goeie balans tussen die “openbare gesondheid of veiligheid”-benadering en die “voordeel van skuldeisers”-benadering, want hierdie saak vereis slegs die stabilisering van besoedelde eiendom voordat dit deur die trustee as beswarende eiendom verwerp word. Enige koste bo die gesondheid of veiligheid-drumpel behoort algemene onversekerde eise te wees. Hierdie uitgawes moet *pro rata* saam met die onversekerde skuldeisers deel. Sodoende word die balans behou tussen die insolvensiebeleid (wat die maksimalisering van die insolvente boedel vir die voordeel van die skuldeisers voorstaan asook die gelyke behandeling van skuldeisers) en die beleid van openbare gesondheid of veiligheid onderliggend aan die omgewingsbeskermingswette. Om te bepaal wanneer die koste nog binne die openbare gesondheid of veiligheid-drumpel is, sal oorweeg moet word wat nodig is om ten volle aan die toepaslike omgewingsbeskermingswette te voldoen.

SUMMARY

One of the goals of environmental law is the immediate clean-up, remediation and restoration of environmental damage, the compensation of such damage and to attribute the obligation to pay for the costs of the clean-up to those responsible for the problem. Insolvency law, on the other hand, is designed *inter alia* for the benefit of the creditors of the insolvent, to protect them in this situation by maximising the proceeds of the insolvent estate, and the equal treatment of creditors in accordance with the prescribed order of priority. In addition, the law of insolvency is designed to give the debtor the opportunity to make a fresh start after the completion of the liquidation process by discharging all his debts that arose before sequestration. It is clear that the objectives of both insolvency law and environmental law may be in conflict in this regard. It is particularly the insolvency law principles of the automatic stay of pending civil proceedings, the equal treatment of creditors and the discharge of all debts that occurred prior to sequestration/liquidation, which must be investigated in the light of their effect on environmental obligations. Which regime will ultimately prevail in a situation where these two come up against one another? This article aims to find a golden mean by a “balancing” of the various policies, to ensure that a healthy balance is pursued between the public policy in environmental legislation and the relief offered by the insolvency law.