

Enkele Relevante Aspekte ten opsigte van Risiko's waar Maatskappye Aanspreeklik is vir Omgewingsbenadeling

AL STANDER*
Noordwes-Universiteit

SUMMARY

With regard to environmental harm and the liability for damages caused thereby, various risks emerge. The first risk is liability itself, and, for any person or entity that operates a business where the environment is to some extent involved, it is essential to know exactly who is or will be liable in a specific instance. In the second place there is the risk that company structures are used to escape liability. Thirdly, it may happen that the damage only materialises years after the harmful activity began or after it has already been completed and the company responsible no longer exists. Fourthly, there is the risk of insolvency of the person or entity responsible for the damage. Another risk is the actual liquidation of the company liable for the environmental harm. During the past fifteen years the pressure on individuals, companies and other entities regarding the protection of the environment has increased dramatically, while it is common knowledge that the incidence of sequestrations and liquidations in recent years has skyrocketed. In this broad context, it is highly relevant to ask who in the end is responsible for the costs relating to environmental protection and the harm caused to the environment by the activities of an insolvent company. Neither environmental legislation nor other legislation such as the insolvency legislation is very helpful in this regard. In the current pre-investigation there will be a brief reference to the first of the four above-mentioned risks, mainly to serve as overview and introduction to the ultimate goal of the following article: namely, an investigation into the situation in liquidation due to insolvency of a company that is or was involved in activities causing environmental harm.

1 Inleiding

Met betrekking tot die benadeling van die omgewing¹ en die aanspreeklikheid² vir die skade wat daardeur veroorsaak is of word, kom verskeie risiko's

* BJuris LLB (PU vir CHO) LLM (UNISA) LLD (PU vir CHO). Professor, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Potchefstroom Kampus.

¹ Die skrywer is bewus daarvan dat dit moeilik is om die begrip 'omgewing' akkuraat te omskryf omdat dit 'n begrip met regs-, politieke, ekonomiese en ekologiese inhoud is. (Dit was selfs al in geskil of die welsyn van wilde diere in die betekenis van 'omgewing' ingesluit moet word. Sien L Krämer *EC Environmental Law* 7 uitg (2011) op 1 ev.) Die bedoeling is egter nie om nou 'n ondersoek daarna te doen of akkurate definisies te probeer formuleer nie. Dit gaan hier oor skade of benadeling deur

na vore. Die eerste risiko is aanspreeklikheid self en vir enige persoon of entiteit wat 'n besigheid bedryf waar die omgewing in enige mate betrokke is, is dit essensieel om te weet wie presies in die betrokke geval aanspreeklik is of sal wees. In die tweede plek bestaan daar die risiko dat maatskappystrukture in 'n spesifieke geval gebruik kan word om aanspreeklikheid vry te spring. Derdens kan dit gebeur dat die skade eers materialiseer jare nadat met die benadelende aktiwiteit begin is of nadat dit reeds afgehandel is en die maatskappy wat verantwoordelik is, nie meer bestaan nie. Vierdens is daar die risiko van insolvensie van die persoon of entiteit wat vir die skade verantwoordelik is. Nog 'n risiko is die daadwerklike likwidasië van die maatskappy wat vir die skade aanspreeklik is. Gedurende die afgelope vyftien jaar het die druk op persone, maatskappye en ander entiteite ten opsigte van die beskerming van die omgewing dramaties toegeneem terwyl dit algemene kennis is dat die voorkoms van sekwestrasies en likwidasië die afgelope aantal jare die hoogte ingeskiet het. In hierdie breë konteks is dit uiters relevant om te vra wie op die ou einde verantwoordelik is vir die kostes ten aansien van omgewingsbeskerming en die skade wat deur die aktiwiteite van 'n (insolvente) maatskappy aan die omgewing veroorsaak is. Nie die omgewingswetgewing of ander wetgewing soos die insolvensiewetgewing is baie behulpsaam in hierdie verband nie.

In die huidige vooronderzoek³ gaan kortliks na die eerste van die vier genoemde risiko's verwys word, hoofsaaklik om te dien as oorsig en inleiding vir die uiteindelijke oogmerk in 'n volgende artikel, naamlik 'n ondersoek na

skadelike aktiwiteite in die algemeen. Die term 'skade' gaan hier verstaan word in sy fokusver-skuiwende vorm, vanaf skade aan persone en eiendom deur skade aan die omgewing, na skade aan die omgewing self. Dit is so as gevolg van die hedendaagse klem op omgewingsbeskerming. Hoewel die tradisionele deliktuele aanspreeklikheid gepas is om skade aan persone en eiendom te vergoed, word 'n ander soort stelsel vereis om skade aan die omgewing te vergoed. Sien by J Thornton & S Beckwith *Environmental Law 2* uitg (2004) op 91 ev. Gedagtig aan die uiteindelijke oogmerk van die ondersoek wat essensieel gaan oor een enkele aspek rakende die aanspreeklikheid vir omgewingsbenadeling of omgewingskade nl die aanspreeklikheid van die likwidateur van 'n insolvente maatskappy, word die term 'omgewing' derhalwe in die algemeen verstaan om in te sluit 'natural resources, both biotic and abiotic, such as air, water, soil, fauna, and flora; the interaction of these in a complete ecosystem; and the characteristic features of the landscape; and property which forms part of the cultural heritage, such as historic sites and monuments'. Sien by Krämer *Environmental Law* op cit noot 1 op 1 ev; M Bowman & A Boyle *Environmental Damage in International and Comparative Law* (2002) op 151; M Kidd *Environmental Law* (2008) op 1 ev. Sien ook die omskrywing van omgewing in P Sands *Principles of International Environmental Law 2* uitg (2003) op 15, 869, 876–8 wat daarop wys dat die meeste regsdefinisies van omgewing nie mense en hul eiendom insluit nie.

² Dit gaan nie slegs oor die aanspreeklikheid om gedane skade te vergoed nie, maar ook die aanspreeklikheid om skadebeperkende en/of voorkomende stappe te neem (om bv die uitlaat van skadelike stowwe te staak en om dit van die omgewing te verwyder) of om iemand te betaal om te doen wat nodig is, of om die publieke instansie of ander gemagtigde persone wat die stappe neem, te vergoed. Tweedens, om die omgewing te herstel na die status quo ante of na die toestand waarin dit sou wees as die benadeling nie plaasgevind het nie; of om dit na die redelike ekwivalent of by benadering daaraan te bring, of op die oorspronklike perseel of in die nabye area, of om iemand te betaal om te doen wat nodig is, of om die publieke instansie of ander gemagtigde persone wat die stappe neem, te vergoed. Daarbenewens is ook ter sprake die aanspreeklikheid vir die betaling van 'n strafsom indien die omgewing nie herstel kan word nie.

³ In 'n volgende artikel word spesifiek gekyk na die aanspreeklikheid van 'n insolvente maatskappy asook die aanspreeklikheid van die likwidateur van 'n insolvente maatskappy vir vergoeding as gevolg van omgewingsbenadeling.

die situasie by likwidasie as gevolg van die insolvensie van 'n maatskappy wat by omgewingsbenadeling betrokke is of was.

2 Enkele Beginsels in die Omgewingsreg van toepassing om Aanspreeklikheid te Bepaal

2.1 Inleiding

Die omgewingsreg en wetgewing in verband daarmee bepaal in elke besondere geval wanneer iemand of 'n entiteit aanspreeklik gehou sal word vir die spesifieke skade wat berokken is of word.⁴ Wanneer aanspreeklikheid in 'n spesifieke geval bepaal moet word, moet hierdie reëls en bepalinge derhalwe ondersoek word. Die vereistes vir aanspreeklikheid as gevolg van omgewingsbenadeling is nie in elke geval identies nie. Daar is egter enkele beginsels in die omgewingsreg wat 'n wesenlike rol speel en die grondslag vir aanspreeklikheid in 'n spesifieke geval kan vorm. 'n Volledige bespreking van al hierdie beginsels word nie beoog nie. Die punt wat tuisgebring word, is dat persone of entiteite wat in die omgewingskonteks aktief is, bewus moet wees dat spesifieke omgewingsregbeginsels toepaslik kan wees en aanspreeklikheid kan bepaal. Die mees bekende hiervan is waarskynlik die vervuiler betaal-beginsel ('polluter pays principle'), die voorkomingsbeginsel ('precautionary principle') en die beginsel om voorsorg te tref ('principle of prevention').⁵

2.2 Vervuiler Betaal ('Polluter Pays')⁶

Enige likwidateur moet kennis neem van hierdie rigtinggewende beginsel⁷ in die omgewingsreg met betrekking tot die vergoeding van skade vir

⁴ M Van der Linde & L Feris *Compendium of South African Environmental Legislation 2* uitg (2010) bevat 'n handige samevatting van die relevante Suid-Afrikaanse wetgewing.

⁵ Sien die bespreking in E Morgera *Corporate Accountability in International Environmental Law* (2009) op 38 ev waar die skrywer argumenteer dat hierdie drie beginsels uit hoofde van die internasionale omgewingsreg as 'n regsstandaard na vore gekom het wat 'n impak kan hê, toepassing kan vind of andersins relevant kan wees vir privaat maatskappye:

'Indeed, it is more and more true that "the role of corporations in respect of environmental . . . concerns is well established", so that corporations are expected to act as partners with governments in the implementation of international law. . . . [I]nternational law is developing so as to establish a legitimate expectation (which is not as yet a legal obligation) on corporations to exercise their powers and influence in such a manner as to promote the objectives of the international environmental law.'

⁶ W Du Plessis & LJ Kotze 'Absolving Historical Polluters From Liability Through Restrictive Judicial Interpretation: A Matter of (Misguided) Principle' (2007) 18 *Stellenbosch LR* 161 op 179 ev; Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 7 ev; J Glazewski *Environmental Law in South Africa 2* uitg (2005) op 19 ev; Krämer *Environmental Law* op cit noot 1 op 26 ev; JR Nash *Environmental Law and Policy* (2010) op 14, 104; DM Driesen & RW Adler *Environmental Law: A Conceptual and Pragmatic Approach* (2007) op 415 ev; D Bodansky, J Brunnee & E Hey *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2006) op 441 (hierna 'Bodansky ea *International Environmental Law*'); Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 14, 44; Sands *Principles* op cit noot 1 op 231 ev. Volgens Krämer (op 26) sowel as Bodansky ea (op 656) is dit 'n ekonomiese beginsel en lg beklemtoon sterk dat maatskappye regtens vir hul omgewingsbenadeling en die gevolge daarvan verantwoordelik is (op 813).

⁷ Omdat dit, soos later bespreek word, die maatskappy vir wie hy as likwidateur optree of moontlik sy eie aanspreeklikheid in gedrang bring.

omgewingsbenadeling.⁸ Dié beginsel druk egter nie uit wié die vervuiler is of watter standaard van aanspreeklikheid opgelê behoort te word nie. Dit kan ook nie uit die vervuiler betaal-beginsel afgelei word of aanspreeklikheid bestaan met skuld of in die afwesigheid van skuld nie.⁹ Hoewel aanspreeklikheid uit hoofde van die omgewingsreg in baie gevalle steeds op skuld gebaseer is, staan dit die wetgewer vry om te bepaal dat skuld nie 'n vereiste vir aanspreeklikheid is nie.¹⁰ Elke situasie word bepaal of beoordeel met verwysing na die statutêre of omgewingsregtelike vereistes wat vir elke afsonderlike geval gestel word.¹¹

Aanspreeklikheid kan vervolgens op nalatigheid of een of ander vorm van skuld, skuldlose¹² aanspreeklikheid of absolute¹³ aanspreeklikheid gebaseer word. Die grondslag van aanspreeklikheid in elke geval hang af van die besondere aktiwiteit betrokke.¹⁴ Ten opsigte van omgewingsbenadeling word die betrokke verpligting in die algemeen onderskei óf as 'n ultra gevaarlike aktiwiteit óf as 'n ander aktiwiteit en hierdie benadering word geregverdig op beleidsoorwegings: ultra gevaarlike ('hazardous') en gevaarlike ('dangerous') aktiwiteite sal meer waarskynlik skade veroorsaak en skuldlose (of absolute) aanspreeklikheid sal gevolglik 'n beter insentief voorsien om spesiale voorsorgmaatreëls te tref wanneer iemand in sulke aktiwiteite betrokke raak of dit toelaat.¹⁵ By ultra gevaarlike aktiwiteite word skuldlose aanspreeklikheid gewoonlik aanvaar. By gevalle van kernbesoedeling of -skade word skuldlose aanspreeklikheid in die algemeen aanvaar. By algemene industriële en ander aktiwiteite wat nie ultra gevaarlik of gevaarlik is nie, word aanspreeklikheid gewoonlik op die 'due diligence'-reël en dus nalatigheid gebaseer.¹⁶

Aanspreeklikheid op grond van nalatigheid is in omgewingsaangeleenthede

⁸ Sien die standpunt van L Stander 'The Claim against an Insolvent for Environmental Damage' in: P Omar (red) *International Insolvency Law: Themes and Perspectives* (2008) op 343–50 (hierna 'Stander *Environmental Damage*') en die motivering daarvoor dat die tyd ryp is dat die vervuiler betaal-beginsel as 'n algemeen aanvaarde beginsel in die Suid-Afrikaanse omgewingsreg erken behoort te word.

⁹ Die 'polluter pays'-beginsel is inderdaad neutraal wat betref die elemente van bedoeling en gewete. Sien ook Glazewski *Environmental Law* op cit noot 6 op 148 ev waar aangetoon word dat skrywers nie eenstemmig is oor die skuld-vereiste nie. Oor die skuld-vereiste, sien ook Driessen & Adler *Environmental Law* op cit noot 6 op 416 ev.

¹⁰ Aanspreeklikheid kan bestaan bloot waar iemand nie 'n statutêre bepaling of regulasie nakom nie of waar hy of sy 'n algemene sorgsaamheidsplig ('duty of care') verontagsaam het. Die bewyslas wat op die benadeelde rus is dikwels uiters moeilik. Sien ook N De Sadeleer *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* (2002) op 49. Aanspreeklikheid in die geval van die Amerikaanse Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act van 1980 (CERCLA, 42 USC § 9601) byvoorbeeld – 'n stuk wetgewing wat wêreldwyd invloedryk is – is skuldloos. Dit is nie op nalatigheid gebaseer nie (Nash *Environmental Law* op cit noot 6 op 108 ev).

¹¹ R Burnett-Hall & B Jones *Burnett-Hall on Environmental Law* 2 uitg (2009) op 244.

¹² Driessen & Adler *Environmental Law* op cit noot 6 op 417 ev; Morgera *Corporate* op cit noot 5 op 39 ev.

¹³ Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 244; Sands *Principles* op cit noot 1 op 881 ev; Bodansky ea *International Environmental Law* op cit noot 6 op 1014.

¹⁴ Sien by Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 131 ev, 157, 166, 215 ev.

¹⁵ Sien by a 30 van die Wet op Kernenergie 46 van 1999.

¹⁶ Sien by Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 133; Sands *Principles* op cit noot 1 op 210, 216 ev.

tans nog algemeen.¹⁷ 'n Aksie vir nalatigheid vereis dat die eiser moet bewys dat die verweerder hom 'n plig tot sorg¹⁸ verskuldig is, dat hy daardie plig verbreek het omdat sy optrede benede die standaard geval het wat van die redelike persoon vereis word en dat skade deur die verbreking van die plig veroorsaak is.¹⁹

Dit is egter so dat die neiging deesdae is om die fokus van siviele aanspreeklikheid in die geval van omgewingsbenadeling te verskuif na vergoeding. Om voldoende vergoeding vir verliese te verseker, moet skuld as die kern van siviele aanspreeklikheid plek maak vir die doelwit van vergoeding van skade. Hierdie fokusverskuiwing het skuldlose aanspreeklikheid ingelei.²⁰ Die aanname is dat omgewingsdoelwitte meer effektief langs so 'n weg bereik kan word.²¹ In sulke gevalle is die afwesigheid van nalatigheid geen verweer nie.²² Dus, al bewys die verweerder dat hy alle redelike sorg geneem het om te voorkom dat die benadeling of skade intree, is hy steeds aanspreeklik.²³ Hoewel skuldlose aanspreeklikheid in gevalle uiters onbillik kan wees, word hoofsaaklik twee redes gegee vir die toepassing van skuldlose aanspreeklikheid: Eerstens is dit by aanspreeklikheid vir omgewingsbenadeling vir die eiser baie moeilik om skuld te bepaal. Tweedens is dit die persoon wat die inherent gevaarlike aktiwiteit onderneem eerder as die slagoffer of die gemeenskap in die algemeen, wat die risiko moet dra dat skade mag intree.²⁴ Die voordeel van skuldlose aanspreeklikheid is dat die slagoffer teen een enkele persoon wat maklik identifiseerbaar is, kan optree en sy skade verhaal. Nog 'n voordeel is dat indien 'n persoon voor die tyd weet dat hy as die verantwoordelike gesien gaan word, dit hom sal aanmoedig om sy veiligheidsmaatreëls te verskerp of 'n meer betroubare bedryfstelsel te kies. Een groot nadeel van die toepassing van skuldlose aanspreeklikheid kom voor waar die aangewese verantwoordelike persoon of entiteit insolvent is.

¹⁷ Sien by Kidd *Environmental* op cit noot 1 op 133; Bodansky ea *International Environmental Law* op cit noot 6 op 151. Volgens Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 353 is aanspreeklikheid ogv nalatigheid weer baie beperk.

¹⁸ Vir 'n bespreking van 'due care', sien Bodansky ea *International Environmental Law* op cit noot 6 op 151.

¹⁹ 'n Interessante geval waar so 'n aksie suksesvol was, is dié van *Tutton and Others v AD Walter Ltd* [1986] QB 61; [1985] 3 WLR 797. In hierdie saak het 'n plaasboer in stryd met die raad van die vervaardigers sy lande met insektedoder gespuit toe die koolsaad gebloom het. Die hof het bevind dat hy nalatig was toe hy die dood van 'n aantal van die eiser se bye veroorsaak het. Hierdie kan so maklik gebeur met 'n likwidateur wat oor 'n insolvente boerdery aangestel word wanneer die oes nog op die lande is.

²⁰ Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 349; Driesen & Adler *Environmental Law* op cit noot 6 op 417 ev; Sands *Principles* op cit noot 1 op 881–2; Bodansky ea *International Environmental Law* op cit noot 6 op 152. Op 167 wys Bodansky ea tereg daarop dat skuldlose aanspreeklikheid nog nie as 'n algemene standaard vir aanspreeklikheid in internasionale omgewings-ooreenkomste aanvaar is nie, maar dat dit beslis toeneem.

²¹ De Sadeleer *Environmental Principles* op cit noot 10 op 52.

²² Kyk by Nash *Environmental Law* op cit noot 6 op 108.

²³ Sien in hierdie verband *Rylands v Fletcher* (1868) LR 3 HL 330. Die submitisie is dat die standpunt in die Engelse reg ogv die saak van *Cambridge Water Company v Eastern Countries Leather plc* [1994] 2 AC 264; [1994] 1 All ER 53 korrek is naamlik dat slegs die wetgewer so 'n strengere vorm van aanspreeklikheid kan oplê. Sien ook Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 349–50.

²⁴ De Sadeleer *Environmental Principles* op cit noot 10 op 51 ev.

2.3 Die Beginsel van Voorkoming²⁵

Nog 'n beginsel wat grondliggend belangrik is, veral waar dit kom by die optrede van 'n likwidateur van 'n insolvente maatskappy wat die besigheid van daardie maatskappy verder bedryf met die doel om dit te likwideer, is die voorkomingsbeginsel.²⁶ Een van die faktore van hierdie beginsel is die gebruik of aanwending van die 'best available technology' of die 'best available techniques'²⁷ vir die betrokke besigheid waarmee die maatskappy hom besig hou. Die gebruik van die beste beskikbare tegnologie of tegniek is egter nie absoluut nie.²⁸ Die argument is dat sodra die koste van hierdie 'best available technology' heeltemal te hoog is of disproportioneel met betrekking tot die omgewingsverbetering wat geantisipeer word, die maatskappy sal onttrek en nuwe beleggings sal soek. Die gebruik van die tegnologie behoort met ander woorde nie net tegnies moontlik te wees nie, maar dit moet ook ekonomies aanvaarbaar wees.²⁹ Dit veronderstel dus die gebruik van die beste beskikbare tegnologie of tegniek wat haalbaar is.³⁰ Hierdie maatreeël kan van groot hulp vir likwidateurs wees omdat dit 'n balans handhaaf tussen koste en die aard van die nadeel wat aan die omgewing veroorsaak word.

'n Verdere teorie wat ook in hierdie verband in die omgewingsreg figureer, is dié van 'best practicable environmental option'.³¹ Van die verantwoordelike persoon of entiteit word vereis om die beste praktiese omgewingsopsie moontlik te bereik:

'A BPEO is the outcome of a systematic, consultative and decision-making procedure which emphasises the protection and conservation of the environment across land, air and water. The BPEO procedure establishes for a given set of objectives the option that provides the most

²⁵ Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 10 ev; Glazewski *Environmental Law* op cit noot 6 op 18; Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 62; Sands *Principles* op cit noot 1 op 231 ev. Krämer *Environmental Law* op cit noot 1 op 24 meen dat daar baie verwarring is tussen hierdie beginsel en die voorsorg-beginsel. Hierdie skrywer stel voor dat die beginsels soniëem is. Beide is belangrik want dit vereis dat aksie vroegetydig geneem moet word om skade te voorkom. Hy wys tereg daarop dat die hele aangeleentheid daarop dui dat die ingesteldheid tans nie meer is om skade te herstel nie, maar om dit te verhoed.

²⁶ Sien in die algemeen Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 121 ev; De Sadeleer *Environmental Principles* op cit noot 10 op 85 ev.

²⁷ BAT. Sien CW Backes ea *Milieurecht* 6 uitg (2006) op 74; Krämer *Environmental Law* op cit noot 1 op 37, 163, 270, 296, 299, 424; J McEldowney & S McEldowney *Environmental Law* (2010) op 333; Bodansky ea *International Environmental Law* op cit noot 6 op 150, 159; B Jones & N Papworth *Environmental Liabilities* (2004) op 570-1; Sands *Principles* op cit noot 1 op 48; ML Larsson *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation* (1999) op 356.

²⁸ Sien Backes ea *Milieurecht* op cit noot 27 op 74 en 340 vir 'n bespreking van 'best beskikbare tegnieke', 'best bestaande tegnieke' en 'best uitvoeren tegnieke'.

²⁹ Sien Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 1163 en Glazewski *Environmental Law* op cit noot 6 op 597 asook Jones & Papworth *Environmental Liabilities* op cit noot 27 op 477-8 vir 'n bespreking van die 'best available means'-beginsel.

³⁰ In die literatuur word hierna verwys as BATNEEC: 'The best available technologies not entailing excessive costs'. Sien by CJ Barrow *Environmental Management for Sustainable Management 2* uitg (2006) op 6, 98, 376; Krämer *Environmental Law* op cit noot 1 op 196, 295; McEldowney & McEldowney *Environmental Law* op cit noot 27 op 360; De Sadeleer *Environmental Principles* op cit noot 10 op 86; Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 109 ev; Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 356.

³¹ BPEO. Sien Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 37, 163, 187; McEldowney & McEldowney *Environmental Law* op cit noot 27 op 360; Barrow *Environmental Management* op cit noot 30 op 6, 292-3, 376; Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 110 ev.

benefit or least damage to the environment as a whole at acceptable cost in the long term as well as in the short term.’³²

Met verwysing na die uiteindelijke fokus van die ondersoek, naamlik die aanspreeklikheid van die maatskappy in likwidasië of die likwidateur persoonlik,³³ is die gevaar die volgende: Omdat die voorkomingsbeginsel inderwaarheid met verwysing na die koste-voordeel analise ‘verswak’ word, kan hierdie aspek myns insiens ongetwyfeld die likwidateur aanspoor om die toepaslike tegnologie te heromskryf as ’n funksie van die finansiële kapasiteit van die individuele verantwoordelike entiteit, naamlik die insolvente maatskappy. Likwidateurs sowel as maatskappye wat hulle met hoogsbesoedelende aktiwiteite besig hou kan nou maklik hierdie verpligting omseil deur te verklaar dat daar nie voldoende fondse is nie, terwyl finansiëel sterker maatskappye met minder besoedelende aktiwiteite hul verpligtinge sal nakom.

2.4 Die Beginsel om Voorsorgmaatreëls te Neem³⁴

Die ‘precautionary principle’ kan ook probleme vir ’n likwidateur veroorsaak. Omdat die beginsel nie met sekerheid omskryf kan word nie, is daar nie consensus oor die vereistes vir die beginsel nie. Eerstens is daar nie duidelikheid oor watter vlak van risiko noodsaaklik is voor optrede geneem moet word nie. Aanvanklik is geleer dat al wat vir optrede vereis word, redelike gronde is om te glo dat die betrokke aktiwiteite nadeel aan die omgewing mag veroorsaak. Die beginsel het egter so ontwikkel dat dit noodwendig ’n wysiging van die ‘duty of care’-beginsel meegebring het. ‘It transforms duty of care into an essential element of any policy: in other words, a policy for action in the face of uncertainty.’³⁵ Met toepassing van die voorsorg-beginsel impliseer die sorgsaamheidsplig dat sorg nie meer beoordeel word op die basis waarvan bewus moes gewees het nie (‘what should have been known’) maar byvoorbeeld op die basis wat verwag moes gewees het (‘what ought to have been suspected’).³⁶ Dit is die standpunt van Thornton en Beckwith dat as hierdie beginsel so sonder kwalifikasie toegepas word, dit te veel gewig sal gee aan omgewingsbeskerming ten koste van ander belangrike sosio-ekonomiese beginsels. Daarom word sekere voorbehoude ingebou, byvoorbeeld ‘koste effektiewe maatreëls’, ‘ooreenkomstig hulle (die

³² Soos omskryf deur die Royal Commission on Environmental Pollution. Sien Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 110.

³³ Sien die opvolgartikel AL Stander ‘Die Aanspreeklikheid van ’n Insolvente Maatskappy en die Likwidateur van ’n Insolvente Maatskappy vir Vergoeding as gevolg van Omgewingsbenadeling’.

³⁴ Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 8 ev; Glazewski *Environmental Law* op cit noot 6 op 18; Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 52 ev; Krämer *Environmental Law* op cit noot 1 op 22 ev; Bodansky ea *International Environmental Law* op cit noot 6 op 450 ev, 599; Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 13 ev; Sands *Principles* op cit noot 1 op 279 ev; De Sadeleer *Environmental Principles* op cit noot 10 op 214 ev.

³⁵ De Sadeleer *Environmental Principles* op cit noot 10 op 221.

³⁶ Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 53 meld dat die voorsorg-beginsel derhalwe in ’n veld van wetenskaplike onsekerheid figureer.

verantwoordelike entiteit of persoon se) kompetensie of bevoegdheids', 'ernstige en onomkeerbare skade'.³⁷

Die moontlikheid bestaan vervolgens dat die insolvente maatskappy of die likwidateur as verantwoordelike persoon aanspreeklikheid opdoen in gevalle waar hy as likwidateur nagelaat het om die moontlike risiko's te ondersoek voor hy aksie neem, terwyl dit tog onbillik is om hom in die situasie aanspreeklik te hou waar hy nie die skade kon voorsien of vermy nie. Hiermee word nie ontken nie dat as die benadeling deur die grof nalatige of opsetlike optrede van die likwidateur of optrede in stryd met pertinente regulasies veroorsaak is, hy aanspreeklik moet wees.

Vervolgens aan die orde is 'n kort bespreking van wie uiteindelik as die verantwoordelike persoon of entiteit gesien sal word, met ander woorde wie vir die vergoeding van die skade of benadeling aanspreeklik gehou sal word indien aan die skuldvereiste voldoen word indien so 'n vereiste inderdaad gestel word.

3 Aanspreeklikheid vir Omgewingsbenadeling van Spesifieke Partye³⁸

Met hierdie uiteensetting word hoegenaamd nie beoog om 'n volledige bespreking van alle moontlike aanspreeklike persone of entiteite vir elke vorm van omgewingsbenadeling in die Suid-Afrikaanse omgewingsreg te gee nie, maar om die leser bewus te maak van die moontlikheid van aanspreeklikheid in verskillende omstandighede, veral verwysende na daardie gevalle waarin 'n likwidateur van 'n insolvente maatskappy hom of haar kan bevind. Verder is dit belangrik om daarop te wys dat, met betrekking tot omgewingsbenadeling, die aanspreeklikheidsreëls steeds besig is om te ontwikkel en benodig dit weliswaar verdere ontwikkeling.³⁹ Vir hierdie doeleindes is buitelandse gesag en bronne waardevol.

³⁷ Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 53; Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 43 ev. Krämer *Environmental Law* op cit noot 1 op 23 ev wys daarop dat soms geargumenteer word dat die aanvaarding van die voorsorg-beginsel 'n wetenskaplike beoordeling van die risiko vereis. Hy wys egter daarop dat hierdie argument voortspruit meer uit politieke pogings om inderdaad die toepassingsveld van die beginsel so ver as moontlik te beperk. As 'n wetenskaplike beoordeling vereis word, moet dit volgens hom ook vir al die ander maatreëls vereis word en daarom is dit sy mening dat so 'n vereiste slegs deur wetgewing ingelei kan word. Hierdie standpunt kan natuurlik die posisie van likwidateurs tot hulp wees.

³⁸ Sien bv a 19(5) van die Nasionale Waterwet 36 van 1998 en a 30 van die Wet op Nasionale Omgewingsbestuur 107 van 1998 (in die algemeen bekend as NEMA) waar die moontlike aanspreeklike partye pertinent genoem word.

³⁹ Daar bestaan verskeie internasionale instrumente wat die nasionale reg in hierdie verband probeer verbeter en harmoniseer. Sien Sands *Principles* op cit noot 1 op 869 ev. Siviele aanspreeklikheid vir omgewingsbenadeling verwys na die aanspreeklikheid van enige regs persoon of natuurlike persoon ingevolge die regsreëls van die nasionale reg wat aangeneem is na aanleiding van 'n internasionale verdrag wat harmoniserende minimum standaarde vasstel. Dit is egter so dat dit al moeiliker word om 'n onderskeid tussen staatsaanspreeklikheid en siviele aanspreeklikheid te trek agv die feit dat verdrae en ander internasionale optrede 'n verpligting vasgestel het vir die staat om publieke fondse te voorsien by waar die operateur nie sekere koste van omgewingsbenadeling kan betaal nie. Sien Sands *Principles* op cit noot 1 op 870 ev. Hierdie punt is van belang vir die latere bespreking oor die aanspreeklikheid van insolvente maatskappye.

3.1 Eienaars en Besitters⁴⁰

Tensy spesifieke wetgewing anders bepaal,⁴¹ is eienaars van grond of ander eiendom aanspreeklik vir omgewingskade op daardie grond of in verband met daardie eiendom.⁴² In gevalle van grondgebruik wat byvoorbeeld uitlatings aan bure veroorsaak, behoort aanspreeklikheid as eerste keuse aan die grondeienaar toegesê te word.⁴³

Daar bestaan verskeie standpunte oor die aanspreeklikheid van die persoon aan wie die benadelende aktiwiteit oorgedra is. Dit is tipies die geval by 'n nuwe koper van 'n perseel. Sommige skrywers verklaar bloot dat so 'n persoon aanspreeklik gehou kan word as hy geweet het⁴⁴ of moes geweet het⁴⁵ van die benadeling van sy voorganger en op voorwaarde dat hy met die aktiwiteit voortgaan. Die verhoogde gebruik van omgewingsopnames van grond en die register vir gekontameneerde grond, kan 'n vermoede daarstel dat die koper wel bewus was van die toedrag van sake. Larsson is van mening dat die koper die aanspreeklikheid vir omgewingsbenadeling erf – onder die leerstuk van caveat emptor – maar net as herstelmaatreëls teen 'n redelike koste beskikbaar is en as hy nalaat om die gevolge van die besoedeling te verminder.⁴⁶ Basse⁴⁷ wys op die posisie in die Finse reg dat persone wat 'n maatskappy oorneem, aanspreeklik is as hulle 'n invloed op die besluitneming ten opsigte van hul ekonomiese belang in die aktiwiteit het.

'n Grondeienaar het eksklusiewe beheer oor die grond en is daardeur aanspreeklik om die bron van die nadeel te remedieer byvoorbeeld besoedeling wat van sy grond af kom. Die aanspreeklikheid kan selfs gebaseer word op die late om die risiko te keer om plaas te vind en dit is derhalwe irrelevant of ander partye die bron van die nadeel op die perseel geplaas het. Volgens die Amerikaanse Comprehensive Environmental

⁴⁰ Vir goeie voorbeelde hiervan, sien Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 857–9. Sien verder Backes ea *Milieurecht* op cit noot 27 op 29 ev; Driesen & Adler *Environmental Law* op cit noot 6 op 423 ev; G Winter *European Environmental Law: A Comparative Perspective* (1996) op 232; Stander *Environmental Damage* op cit noot 8 op 340.

⁴¹ Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 853.

⁴² Sien bv a 9(1)(a) van die Marine Pollution (Control and Liability) Act 6 van 1981; Jones & Papworth *Environmental Liabilities* op cit noot 27 op 85, 277 ev; Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 855. Sien ook die soortgelyke posisie in Denemarke (Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 328).

⁴³ Om te onderskei tussen die aanspreeklikheid van operateurs (wat in par 3.2 bespreek word) en die aanspreeklikheid van eienaars, moet die volgende oorweeg word: As wetgewing die aanspreeklikheid bepaal, moet ondersoek word of die aktiwiteite per se die fokus van die bepaling is. (Die wetgewing is maw op die sg 'facility approach' gebaseer.) In so 'n geval moet die aanspreeklikheid eerder aan die operateur toegewys word. Sien Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 354 vir die soortgelyke posisie in Duitsland.

⁴⁴ Sien bv EM Basse 'Environmental Liability – Modern Developments' in: P Wahlen (red) *Tort Liability and Insurance* (2001) 31 op 49 (hierna 'Basse *Environmental Liability*'). Volgens I Witttrup 'Environmental Law Issues in Bankruptcy: The Danish position' in: JA Barrett (red) *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* (1998) 1 op 7 is dit in die Deense reg steeds onseker of die owerhede van die nuwe eienaar kan vereis om op sy eie onkoste te herstel en op te ruim, selfs as hy kennis van die benadelende aktiwiteite gehad het.

⁴⁵ Sien Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 856–7 vir 'n bespreking van hierdie aspek.

⁴⁶ Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 373.

⁴⁷ Basse *Environmental Liability* op cit noot 44 op 49.

Response, Compensation and Liability Act (CERCLA)⁴⁸ bestaan daar aanspreeklikheid vir die grondeienaar wanneer daar besoedeling of die risiko van besoedeling is, ongeag van die tyd van die optrede wat die besoedeling veroorsaak het. Sodoende word huidige eienaars en operateurs aanspreeklik gehou hoewel hulle nie in daardie posisie was (as eienaars en operateurs) ten tye toe byvoorbeeld die skadelike substansies op die grond geplaas of op die fasiliteit vrygestel is nie. So 'n bepaling sal 'n groot effek hê in die geval van insolvente boedels, want dit bring die aanspreeklikheid van banke wat eiendom terugneem, opvolgers en likwidateurs in gedrang.⁴⁹

Daar is gevalle waar aanspreeklikheid op besit, okkupasie⁵⁰ of beheer⁵¹ gebaseer is en nie op eiendomsreg nie.⁵² Waar fisiese besit van die perseel nie nodig is nie, is die persoon met regmatige beheer van die aktiwiteit aanspreeklik.

As die perseel gehuur word, is die huurder as eerste keuse aanspreeklik, maar uit die aard van die saak is dit nodig om die bepalings van die huurooreenkoms te ondersoek. As die verhuurder byvoorbeeld nie behoorlik beheer uitgeoefen het soos hy uit hoofde van die kontrak moes doen nie, soos om te herstel en in stand te hou, sal hy weer op grond van daardie bepalings van die kontrak aanspreeklik gehou word.⁵³ Gewoonlik word 'n nie-okkuperende eienaar nie aanspreeklik gehou nie. Die okkupeerder (bv die huurder) is aanspreeklik vir daadwerklike optrede wat die benadeling veroorsaak sowel as op grond van nalatigheid om die benadeling te vermy, skade te verminder of voldoende voorsorg te tref.⁵⁴ Die okkupeerder is gevolglik ook aanspreeklik ten opsigte van persone wat met sy toestemming op die eiendom is, ongeag van die feit dat die okkupeerder onbewus was van die omgewingsbenadelende feite. Die okkupeerder is soveel te meer op grond van nalatigheid aanspreeklik as die oortreder skade of benadeling veroorsaak het en hy bewus was of bewus moes gewees het van die benadeling. Die regverdiging hiervoor is die feit dat die okkupeerder enigeen van die perseel kan afsit as hy so verkies. Behalwe vir die optrede van werknemers in die uitvoering van hul pligte, is die submitisie dat die okkupeerder ook in die geval van nie-delegeerbare pligte aanspreeklik is vir die optrede van onafhanklike kontrakteurs.

Larsson wys daarop dat die aanspreeklikheid van die eienaar, besitter, okkupeerder en huurder ook kan bestaan in die geval van natuurlike oorsake

⁴⁸ 42 USC § 9601, soos gewysig. Sien ook die bespreking in Nash *Environmental Law* op cit noot 6 op 104 ev; DA Farber, J Freeman & AE Carlson *Cases and Materials on Environmental Law* 8 uitg (2010) op 890 ev.

⁴⁹ Sien ook Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 434 en 435.

⁵⁰ Die okkupeerder met werklike besit of okkupasie, ongeag of hy die eienaar is of nie.

⁵¹ In hierdie ondersoek sal 'beheer' en 'kontrole' as sinonieme gebruik word.

⁵² Sien bv aa 28 en 30 van die Wet op Nasionale Omgewingsbestuur 107 van 1998 (NEMA). In die Engelse reg bv ogv die Occupiers' Liability Act en ogv die 'doctrine of nuisance' (Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 372).

⁵³ Sien bv a 38(1) van die Mineral and Petroleum Resources Development Act 49 van 2008. Dit is ook die geval in die Engelse reg (Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 373).

⁵⁴ Sien bv a 28(8) van NEMA.

van skade, op grond van die leerstuk van aanvaarding van die benadeling of die skade, maar 'n vereiste hier blyk te wees dat die skade moes vermy kon word en aanspreeklikheid hang af van kennis of konstruktiewe kennis van nadeel.⁵⁵

3.2 Die Persoon wat die Aktiwiteit Pleeg⁵⁶

In die geval van operateurs is eerstens aanspreeklik die persoon wie se aktiwiteit die skade veroorsaak het (die de facto operateur).⁵⁷ Daar word streng by die oorsaaklikheidsvereiste⁵⁸ tussen die operateur en die benadelende gebeurtenis gehou,⁵⁹ om sodoende die aanwending van die 'deep pocket'⁶⁰ teorieë te vermy. Tweedens kan die persoon wat aan die operateur gelykgestel word, aanspreeklik gehou word. Dit is die persoon wat 'legal or economic control' uitoefen.⁶¹ Ongelukkig is die nadeel hieraan verbonde dat so 'n persoon die fasiliteit of die aktiwiteit as 'n 'hoë risiko projek' kan sien en dit dan opgee ('abandon') en sodoende die druk op die openbare beursie verhoog. Vervolgens word restitusie verlangsam en risiko's ten opsigte van publieke gesondheid skuif op die agtergrond. Dit is waar die sogenaamde 'orphan sites' vandaan kom – persele wat óf deur insolvente eienaars óf deur operateurs geabandoneer is en dan die verantwoordelikheid van die staatskas word.⁶²

'n Operateur is gewoonlik direk aanspreeklikheid vir sy eie optrede by die fasiliteit of indirek aanspreeklikheid vir iemand anders se daede by die fasiliteit.⁶³ Sodoende kan ander persone of entiteite aanspreeklik gehou word.⁶⁴ 'n

⁵⁵ Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 373–4.

⁵⁶ Sien in die algemeen a 28 van NEMA en Kidd *Environmental Law* op cit noot 1. Goeie uiteensettings word ook gevind in Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 243 ev; E Louka *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness and World Order* (2006) op 448, 466 ev; Nash *Environmental Law* op cit noot 6 op 106 ev; Bodansky ea *International Environmental Law* op cit noot 6 op 1032; Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 94 ev; D Hunter, J Salzman & D Zealke *International Environmental Law and Policy* 2 uitg (2002) op 415; Winter *European Environmental Law* op cit noot 40 op 232; Stander *Environmental Damage* op cit noot 8 op 339 ev.

⁵⁷ In hierdie geval speel veral die vervuiler betaal-beginsel 'n deurslaggewende rol. Die argument is dat die operateur wat verantwoordelik is vir die omgewingsbenadelende aktiwiteit volle verantwoordelikheid moet neem vir al die gevolge van sy aktiwiteit as teenkant van die reg om te opereer en die reg om die finansiële voordele wat dit inhoud te kry, omdat hy in die meeste gevalle die persoon is wat die grootste graad van operasionele beheer en kontrole oor die bron van die besoedeling het. Sien ook De Sadeleer *Environmental Principles* op cit noot 10 op 55.

⁵⁸ Die kousale verband tussen die persoon en die aktiwiteit moet redelikerwys gevolg kan word (Bodansky ea *International Environmental Law* op cit noot 6 op 1032).

⁵⁹ Dit is inderdaad so dat in die geval van absolute aanspreeklikheid dit nie nodig is om te bewys dat daar 'n direkte verband tussen die operateur en die omgewingsbenadeling bestaan nie. Daar moet 'n verband wees tussen die aktiwiteit wat deur die operateur uitgevoer word en die omgewingskade.

⁶⁰ Sien par 3.5 hieronder.

⁶¹ Sien Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 334 vir die posisie in Finland. Sien ook Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 94 waar verduidelik word dat die operateur enige regs persoon, privaat persoon of openbare persoon is wat 'n aktiwiteit opereer en beheer of, indien dit deur nasionale wetgewing voorsien word, daardie persoon aan wie beslissende ekonomiese magte oor die tegniese funksionering van die aktiwiteit gedelegeer is. Die begrip sluit permithouers en die persone wat die aktiwiteit registreer, in.

⁶² Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 612.

⁶³ Derhalwe kan houermaatskappye, filiale, uitleners en ander aanspreeklik gehou word. Een voorbeeld waar 'n houermaatskappy tog wel aanspreeklik gehou kan word vir sy filiaal se

Operateur is egter nie aanspreeklik nie as hy, waar skuld vereis word, geen skuld het nie, of as hy ooreenkomstig sy lisensie of permit optree of opgetree het, of as die aktiwiteit waarmee die operateur besig is of was, nie as iets beskou was wat waarskynlik of moontlik volgens die stand van wetenskaplike en tegniese kundigheid op die relevante tydstip die omgewingsbenadeling sou veroorsaak nie.⁶⁵

3.3 Amptenare van 'n Maatskappy en Ander in Beheer⁶⁶

Die uitgangspunt is dat die direkteure van 'n maatskappy aanspreeklik gehou kan word.⁶⁷ Direkteure het 'n fidusiêre verpligting teenoor die maatskappy self en nie bloot teenoor die aandeelhouders nie.⁶⁸ Direkteure moet ten alle tye bona fide optree⁶⁹ en is deur 'n standaard van lojaliteit en eerlikheid teenoor die maatskappy gebind. Daarbenewens het direkteure 'n plig om redelike sorg en vaardigheid uit te oefen.⁷⁰ Dit beteken dat die standaard van sorg nie net vereis dat direkteure strategiese besluite moet neem slegs met die aandeelhouders se belange in gedagte nie. Daar is inderdaad 'n verpligting op direkteure en maatskappyamptenare⁷¹ om aandeelhouders se rykdom of belange te maksimaliseer en om beskerming aan sekere belanghebbendes te verleen, maar die essensiële fidusiêre pligte is aan die korporatiewe entiteit verskuldig en nie aan die individuele aandeelhouders nie.⁷² Die fidusiêre plig van die direkteure van 'n maatskappy teenoor die maatskappy is 'n breë, kontekstuele konsep. Dit is nie beperk tot korttermyn wins of aandeelwaarde nie. Die direkteure moet ook na die langtermyn

omgewingsbenadeling is by die stoor van gevaarlike stowwe. Al word die benadelende aktiwiteit met oordrag van die grond aan 'n ander nie daadwerklik voortgesit nie, kan die nuwe perseleienaar in die afwesigheid van 'n operateur wel aanspreeklik gehou word omdat die 'opberging van gevaarlike stowwe' ook deur die term 'aktiwiteit' gedek is. Sien bv a 1 van NEMA; a 31A van die Wet op Omgewingsbewaring 73 van 1989 (ECA).

⁶⁴ Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 853: 'Any person, or any of the persons who caused or knowingly permitted. . .'

⁶⁵ 'State of the art'-verweer. Sien Thornton & Beckwith *Environmental Law* op cit noot 1 op 95.

⁶⁶ Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 218; Stander *Environmental Damage* op cit noot 8 op 340. Vir 'n Australiese beskouing, sien RJ Baird 'Liability of Directors and Managers for Corporate Environmental Offences – Recent Prosecutions' (1999) 16 *Environmental and Planning LJ* 192. Vir 'n Kanadese siening, sien PR Muldoon ea *An Introduction to Environmental Law and Policy in Canada* (2009) op 174 ev.

⁶⁷ Sien as voorbeeld a 38(2) van die Mineral and Petroleum Resources Development Act 28 van 2002 en a 34(7) van NEMA; M Kidd 'Liability of Corporate Officers for Environmental Offences' (2003) 18 *SA Public Law* 277.

⁶⁸ Sien a 66 van die Maatskappywet 71 van 2008 (hierna die 'Maatskappywet 2008'); F Cassim ea *Contemporary Company Law* 2 uitg (2012) op 515, 517.

⁶⁹ Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 514, 523.

⁷⁰ Idem op 507.

⁷¹ Cassim idem op 511 stel dit duidelik dat hierdie pligte uitbrei na senior werknemers of senior bestuurders van 'n afdeling van 'n maatskappy. Die skrywers verwys na *Phillips v Fieldstone Africa (Pty) Ltd and Another* 2004 (3) SA 465 (HHA) en *Volvo (Southern Africa) (Pty) Ltd v Yssel* 2009 (6) SA 531 (HHA).

⁷² Artikel 76(3)(b); Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 515 ev. Sien ook die bespreking van 'proper purpose' soos in a 76(3)(a) in Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 525 ev.

belange omsien.⁷³ Volgens hierdie inhoud van die fidusiële plig van die direkteure is dit gepas om die langtermyn volhoubaarheid en maksimalisering van toekomstige maatskappybelange in ag te neem en daarvolgens op te tree.⁷⁴

Die submitisie is vervolgens dat die maatskappybestuur as 'n geheel geneem, in die algemeen verantwoordelik is vir omgewingskwessies in die besigheid wat hulle bedryf. Dit is myns insiens deel van die verantwoordelikheid wat hulle moet uitoefen – ekonomiese beheer om 'n aktiwiteit in bedryf te hou en daarom dra hulle ook die algemene verantwoordelikheid vir enige verbreking van die 'duty to take due care' kriterium.⁷⁵

Hieruit volg dat sou die bestuur op een of ander manier sy plig van sorgsaamheid aan interne werknemers gedelegeer het, is die bestuur nie op enige wyse en sonder meer van sy verpligtinge bevry nie. Die motivering vir hierdie standpunt is eenvoudig. Die bestuur se algemene verantwoordelikheid beteken dat dit verantwoordelik bly vir die seleksie van werknemers wat kwalifiseer vir die organisasie van die maatskappy. Die bestuur het die plig om 'n behoorlike pligstaat vir sulke persone op te stel en steeds toesig oor die voldoening aan die maatskappy se verpligting tot sorgsaamheid te hou. Die maatskappybestuur moet die verantwoordelike persoon versigtig uitkies, instruksies en leiding gee.⁷⁶

Daar kan egter selfs gevalle bestaan waar die amptenare van 'n maatskappy individueel aanspreeklik gehou word vir die omgewingsbenadeling deur die maatskappy en dit kan boetes of tronkstraf insluit.⁷⁷ Daar moet wel 'n

⁷³ *Cohen v Segal* 1970 (3) SA 702 (W) op 706; Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 516. Dit impliseer dat direkteure deesdae omgewingsimpakte moet oorweeg, omdat daar 'n onvermydelike verband tussen finansiële prestasie en omgewingsprestasie is. Kortliks beteken dit dat hoe beter die maatskappy se omgewingsprestasie is, hoe beter is die bestuur van sy belanghebbendes omdat dit lei tot die ontwikkeling van tegnologie, lei tot die bevoegdheid om meer effektief in die maatskappy se aktiwiteite te wees, dit verhoog innovering deur bystand te verleen met die ontwikkeling van nuwe markte wat die reputasie en handelsmerk-waarde van die maatskappy verhoog. Vir die posisie in die Kanadese reg sien J Bone 'Corporate Environmental Responsibility in the Wake of the Supreme Court Decision of *BCE Inc and Bell Canada*' (2009) 27 *Windsor Review of Legal and Social Issues* 5 op 12 ev; Muldoon ea *Environmental Law* op cit noot 66 op 175.

⁷⁴ Artikel 73(a) en (b) van die Maatskappywet 2008; Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 515–6.

⁷⁵ Direkteure het die groot voordeel van die 'besigheidsoordeel'-reël (sien a 76(4) van die Maatskappywet 2008) wat inhou dat hulle inderdaad aanspreeklikheid kan ontkom indien hulle kan bewys dat hulle goeie besigheidsoordeel in enige besluit of optrede toegepas het. Sou die direkteure kan bewys dat hulle 'n besluit in goeie geloof geneem het, met die sorg wat 'n omsigtige persoon in soortgelyke omstandighede sou uitoefen, op 'n wyse wat die direkteure op 'n ingeligte grondslag redelikerwys geglo het in die beste belang van die maatskappy sal wees, sal hulle nie aanspreeklik gehou word nie. Handelende op ingeligte grondslag moes die direkteure nie grof nalatig in die uitvoering van hul fidusiële plig opgetree het met onbehoorlike risiko of gebrek aan versienheid nie. In Kanada word hierdie 'business judgement rule' met agterdog bejeën. Sien Bone op cit noot 73 op 15 ev.

⁷⁶ Kyk a 76(4)–(5) van die Maatskappywet 2008.

⁷⁷ Wette kan mense se optrede wat soms nie in enige sin werklik krimineel is nie maar wat in die publieke belang teen straf verbied word, reguleer. Daarom kan sulke optrede as absolute kriminele misdade geag word, sonder die vereiste van mens rea of skuld. Sien bv Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 211, 215, 217; Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 357 ev. Soms kan nalatigheid vir aanspreeklikheid vereis word. Dit is bv waar 'n bepaling in 'n wet 'n 'duty of care' oplê. Sou daar so 'n plig opgelê word, die maatskappy gelikwieder en 'n likwidateur aangestel word, kan laasgenoemde moontlik aanspreeklik wees (argumentsonthelwe waar 'n maatskappy afval produseer en die likwidateur dan in beheer van die gekontroleerde afval is). Sien ook Larsson *Liability and*

positiewe daad wees om te kan sê dat die betrokke amptenaar vir die oortreding verantwoordelik is.⁷⁸ Burnett-Hall en Jones⁷⁹ stel voor dat dit die persoon of persone moet wees wat in praktyk die gesag het om die betrokke besoedeling te voorkom of te remedieer.

Op grond van die feit dat ook die persoon in regsbeheer as operateur geag kan word, bring dit inderdaad die moontlike aanspreeklikheid van die likwidateur in gedrang.⁸⁰ Reeds in die Inleiding hierbo is daarop gewys dat uiteindelijke aanspreeklikheid afhang van die betrokke wetgewing en die reëls en beginsels van die omgewingsreg in die algemeen, wat in elke spesifieke geval noukeurig ontleed sal moet word om aanspreeklikheid vas te stel.⁸¹ Aanduidings dat 'n likwidateur wel aanspreeklik kan wees, blyk uit die volgende aanhaling:

'Reading the different environmental statutes and the sections referred to above, one sees that they provide that "any person(s) who commits (or allows or permits)" a specified act will be guilty of an offence. A trustee who participates in running a business could fall within this definition. Provisions may contain a clause imposing personal liability on "anyone who had the charge (or management or control) of the source of contaminant"; or "anyone who is, or was, in occupation of the source of contamination"; or "anyone who has control of the pollutant that is spilled". Such environmental provisions could attach personal liability to a trustee if, upon the facts, he were adjudged to be "the person by whose act (or default) the nuisance was caused". It is also submitted that an insolvency practitioner could be caught by wording such as "any person who was purporting to act (as director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate) in any such capacity"; or "the person in control of the land" or "any person who has the right to use the land at the time. . . ." or "the owner of the land at the time. . . ." or "any person who was responsible for or who directly or indirectly contributed to. . . ."⁸²

Die likwidateur sal derhalwe oorweging moet skenk aan elke stuk wetgewing wat by die aktiwiteit van die maatskappy betrokke is en die impak wat die nakoming aan die vereistes daarvan op die bates van die maatskappy sal hê, in aanmerking moet neem. Die probleem is egter dat nie-nakoming dikwels lei tot boetes en strafsanksies wat weer 'n aansienlike impak op die oorblywende bates van die maatskappy kan hê.

Reparation op cit noot 27 op 359 vir 'n voorbeeld van 'ander in beheer' waar hy daarop wys dat dit invoerders, vervoerders, bergers, behandelars ('treaters'), vernietigers ('disposers') of makelaars ('brokers') van afval wat by die kommersiële bedryf van afval betrokke is, insluit. Die sorgsaamheidspilg rus op alle houers van afval ten tye van elke stadium van die bedryf daarvan ('cradle to grave'). Dit is 'n skuldgebaseerde stelsel – dus is nalatige verbreking van die pilg 'n kriminele oortreding. Dit is ook in hierdie sin waar die rol van die likwidateur ter sprake kan kom. Vir 'n bespreking van die relevante Suid-Afrikaanse wetgewing, sien Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 129 ev.

⁷⁸ Sien ook C Shelbourn 'Waste Management and the Insolvent Company' Jan 2000 *Journal of Planning & Environment Law* 134 op 139 vir die posisie in die Engelse omgewingsreg.

⁷⁹ *Environmental Law* op cit noot 11 op 855.

⁸⁰ Daar kan myns insiens selfs geredeneer word dat die likwidateur 'n orgaan van die maatskappy is en as sodanig dan aanspreeklik is. Sy optrede is die optrede van die maatskappy self. Sien PAM Magid ea *Meskin's Insolvency Law and its Operation in Winding-up* (Byhouersdiens) op 4-54 (hierna 'Magid *Insolvency Law*').

⁸¹ Kyk bv Shelbourn op cit noot 78 op 134:

'The holder of waste is defined in section 34(1) as "any person who imports, produces, carries, keeps, treats, disposes of" waste, or who as a broker has control of waste. It seems clear that this broad definition would include an insolvency practitioner who is dealing with a company in administration, who would therefore need to ensure that the statutory duty of care was discharged.'

⁸² Stander *Environmental Damage* op cit noot 8 op 351.

3.4 Uitleners ('Lenders'), Banke en Besigheidsfinansiers⁸³

Met verwysing na die regsposisie van die uitlener (geldvoorskieter soos 'n bank) ten opsigte van die onderhawige aangeleentheid, kom twee belange en dus ook uitgangspunte teen mekaar te staan. Dit is 'kommersiële belang' versus 'omgewingsbeskerming'. Verder, in die beoordeling van aanspreeklikheid van die uitlener moet daar tussen 'n pre-oproep fase⁸⁴ en 'n post-oproep fase onderskei word.

In die eersgenoemde fase kan 'n uitlener bloot ter wille van sy sekuriteit sekere omgewingsinspeksies laat doen, opruiming van kontaminasie of aan ander omgewingsregtelike vereistes voldoen, besluite neem en waarnemings maak. Sy oogmerk en motivering is om te verseker dat die voorwerp van sy sekuriteit 'n hoë waarde behou. Die vraag is of hierdie optrede die uitlener in die omstandighede onder bespreking as 'n aanspreeklike laat kwalifiseer? Een standpunt is dat as die uitlener aan die dag-tot-dag aktiwiteite van die besigheid deelneem, hy dit beheer en dus aanspreeklik sal wees. Tog is dit billik en regverdig om die skuldeiser toe te laat om 'n negatiewe situasie te probeer verhoed. Dit is my mening dat die fokus van die uitlener waarskynlik die onderskeid is. As die beskerming van sy sekerheidsbelang die fokus is, behoort hy nie aanspreeklik te wees nie. Die kritiese vraag is vervolgens wanneer hierdie streep oorgesteeke word? Die submissie is vervolgens dat dit gebeur wanneer die beheer oor besluitneming met betrekking tot voldoening aan omgewingsfaktore op bestuursvlak uitgeoefen word.⁸⁵

Met betrekking tot die post-oproep fase moet verstaan word dat die enigste remedie wat die uitlener werklik het, is om beheer van sy sekuriteit te neem. Daarom behoort hy nie sonder meer, waar hy omgewingsverwante besluite neem, as 'eienaar' of as 'operateur' aanspreeklik gehou te word nie en selfs nie as hy reaksionêre optrede neem nie. Die voorwaarde is dat dit alles geregverdig kan word as beskerming van sy sekerheidsbelang. Waar die afdwinging van die uitlener se sekerheidsbelange egter sodanig uitgeoefen word dat dit tot beheer of kontrole lei, kan die uitkoms anders wees. Die vertrekpunt is met ander woorde dat die uitlener as aanspreeklike sal kwalifiseer as hy beheer of kontrole oor die aktiwiteit van die skuldenaar uitoefen. Beheer of kontrole kan 'n baie wye definisie hê en sal afhang van die

⁸³ Vir 'n meer volledige bespreking van die grondslag van 'n uitlener se verpligting in hierdie verband, sien Burnett-Hall & Jones *Environmental Law* op cit noot 11 op 1045; Stander *Environmental Damage* op cit noot 8 op 340 ev. Kyk ook Nash *Environmental Law* op cit noot 6 op 111; G Thompson 'Environmental Liability in Canada: The Risks for Lenders, Receivers and Trustees' in: P Thomas (red) *International Bar Association Series: Environmental Liability* (1990) op 144 (hierna 'Thompson *Environmental Liability*'); G Handl 'The Legal Mandate of Multilateral Development Banks as Agents for Change Toward Sustainable Development' in: SA Bronkhorst (red) *Liability for Environmental Damage and the World Bank's Chad-Cameroon Oil and Pipeline Project* (2000) op 76 ev, 98 ev.

⁸⁴ Dit is voor die versekerde skuldeiser – die uitlener – sy verband of lening aan die skuldenaar intrek of opse.

⁸⁵ Sien *US v Fleet Factors Corp.* 724 FSupp 955; 19 ELR 20529 (SD Ga 1988) vir dieselfde posisie in die Amerikaanse reg en CW Besant & P Shea 'Environmental Responsibilities in the Insolvency Context: The Canadian Position' in: JA Barrett *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* (1998) op 61 vir die Kanadese posisie.

feite van elke geval,⁸⁶ maar ten opsigte van uitleners beteken dit myns insiens ekonomiese beheer of kontrole in teenstelling met werklike beheer of regsbeheer. Volgens Larsson⁸⁷ behels ekonomiese beheer ‘operational management, financial management and capacity to influence management’ en resulteer in direkte aanspreeklikheid. Dit impliseer deelname in die bestuur. Volgens a 101(20)(F) van CERCLA beteken deelname in bestuur ‘actually participating in the management or operational affairs of a facility, and does not include merely having the capacity to influence, or the unexercised right to control, vessel or facility operations’.⁸⁸ So ’n uitgangspunt is aanvaarbaar. Uitleners met sekuriteit wat eiendom (die sekuriteit) terugneem, is ten opsigte van beheer oor die eiendom in dieselfde posisie as eienaars.⁸⁹ Maar as daar nie ’n deelname in die bestuur van die eiendom of aktiwiteit (in die sin van ekonomiese beheer) is nie, is hy nie aanspreeklik nie al besit hy indicia van eienaar wees primêr om sy sekuriteitsbelang in die eiendom te beskerm. Die essensiële vereiste is ekonomiese beheer en die uitgangspunt is ‘voldoende’ beheer in elke besondere geval. Hoewel ekonomiese beheer voldoende is, is ’n aktiewe element nietemin nodig. Daar moet ’n ‘demand of involvement in operational management’ wees en nie bloot die bevoegdheid om die bestuur van die besigheid te beïnvloed nie, ongeag of die uitlener werklik aan die besigheid deelneem. Daar moet ’n sekere en daadwerklike betrokkenheid in die aktiwiteite wees. Dit is ‘actual involvement in operational development beyond the financial influence that financiers normally have as part of their business’.⁹⁰ Die grondslag vir die uitlener se aanspreeklikheid is dan óf om as operateur met werklike of regsbeheer aanspreeklik gehou te word, óf as ’n de facto operateur wat deelneem aan die bestuur in die loop van die ekonomiese beheer. ’n Blote finansieringsposisie in kombinasie met die gewone monitering van ’n leningsooreenkoms is nie voldoende om die uitleners as operateurs aanspreeklik te ag nie. Om die risiko van aanspreeklikheid te verklein, moet die uitlener, terwyl dit die eiendom hou, op ’n kommersieel verantwoordelike wyse optree en die eiendom weer binne ’n kommersieel redelike tydperk vervreem.

Die feit dat ’n uitlener met ekonomiese beheer van die aktiwiteit ingesluit is in die klas van aangewese aanspreeklikes⁹¹ geld in dieselfde mate ten opsigte van omgewingsbenadelende aktiwiteite wat ’n persoon of entiteit skuldloos aanspreeklik stel. Skuldlose aanspreeklikheid vind dus aanwending ten opsigte van ’n uitlener wat, soos hierbo verduidelik, ’n aktiewe rol speel

⁸⁶ Sien Stander *Environmental Damage* op cit noot 8 op 342. Deelname in die bestuur van die lener se aktiwiteite of selfs stemreg of verteenwoordiging op die direksie kan voorbeelde van beheer wees.

⁸⁷ Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 610.

⁸⁸ Sien ook § 101(20)(E) en DA Farber ea *Cases and Materials on Environmental Law* 8 uitg (2010) op 926.

⁸⁹ Dit is ook die standpunt van Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 452, 436, 610.

⁹⁰ Idem op 461.

⁹¹ Dit is ook die posisie in Finland (idem op 339) en in Kanada. Sien Thompson *Environmental Liability* op cit noot 83 op 144.

(ekonomiese beheer) in die bestuur en produksieprosesse wat 'n omgewingsimpak kan hê omdat hy daardeur 'n direkte of indirekte invloed op latere gebeure het. Daarenteen is 'n uitlener wat net 'n sekerheidsbelang het en geen rol in die operasionele bestuur van die besigheid speel nie, selfs by skuldlose aanspreeklikheid nie ingesluit in die kategorie van aanspreeklikes nie.

Met die verskerpte fokus op omgewingsbeskerming tans sal dit uitleners gevolglik baat om op hoogte te kom van die potensiële risiko's van aanspreeklikheid vir omgewingsbenadeling van die betrokke aktiwiteit en daarvolgens beplan. In hierdie konteks sal dit derhalwe raadsaam en sinvol wees om 'n omgewingsrisiko-evaluasie by 'n normale of gewone kredietrisiko-evaluering in te sluit.⁹² Vervolgens word voorgestel dat uitleners ten minste die volgende voorsorgmaatreëls moet implementeer in 'n poging om hul blootstelling vir omgewingsaanspreeklikheid te minimaliseer.⁹³

- (a) Die uitlener moet eerstens 'n kredietanalise maak. Hy moet meer uitvind oor die besigheidsaktiwiteite van die lener. Dan behoort hy die omgewingsrisiko inherent in enige leentransaksie te assesseer. Dit sal raadsaam wees om 'n aftiklys ten opsigte van die omgewingsaspekte op te stel en te voltooi.⁹⁴ Die uitlener moet die meganismes wat in die besigheid gebruik word evalueer en ondersoek of dit veilig en in goeie toestand is, ensovoorts. Hierdie hersieningsproses moet met behoorlike ywer ('due diligence') uitgevoer word.
- (b) As die analise 'n potensiële omgewingsrisiko uitwys, moet die uitlener, op koste van die lener, 'n geskrewe omgewingsoudit aanvra wat deur 'n opgeleide omgewingsingenieur uitgevoer word. Hy moet seker maak dat hierdie persoon behoorlik gekwalifiseer en verseker is. Die oudit moet al die potensiële omgewingsrisiko's openbaar en 'n raming van die opruimingskoste aandui. As dit later blyk dat daar skade is, kan die uitlener ten minste 'n kontribusie van die ouditeur se versekeraar eis. So 'n werkswyse behoort 'n vereiste van die 'due diligence' hersiening wees.
- (c) Daarna moet die uitlener met behoorlike ywer aan die bestuur van die maatskappy deelneem.⁹⁵

⁹² Volgens Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 328 resulteer die nalate om 'n omgewingsopname van 'n potensiële skuldenaar te doen in Denemarke nie in aanspreeklikheid vir die uitlener nie. Selfs ook nie suiwer kennis van omstandighede wesenlik vir 'n eis nie. Waarskynlik is dit so omdat daadwerklike deelname aan die bestuur ook aldaar vereis word. 'n Uitlener wat 'n fasiliteit oproep en wat dan self as eienaar met die operasie aangaan, staar wel skuldlose aanspreeklikheid in die gesig.

⁹³ Sien ook Thompson *Environmental Liability* op cit noot 83 op 144 ev.

⁹⁴ Vind bv uit of enige gevaarlike stowwe op die perseel geberg, gebruik of vervaardig word.

⁹⁵ Dit is so dat die uitlener, om as versekerde skuldeiser voordeel te trek, geregtig is om aansoek te doen vir die likwidasië van die maatskappy. Die interessante vraag is of die uitlener die likwidasië van 'n skuldenaar maatskappy mag gebruik om enige boetes wat vir omgewingsbenadeling gehef is, vry te spring? Wat die situasie moeilik maak is die feit dat die uitlener sekerlik geregtig is om aansoek te doen vir die maatskappy se likwidasië om as versekerde skuldeiser voordeel te trek. Die antwoord is waarskynlik geleë in die mate van beheer wat die uitlener uitgeoefen het. As dit sodanig was dat hy as aanspreeklik geag word, bly hy verantwoordelik vir betaling van die boete. Hierdie feit het geen effek op sy posisie as skuldeiser van die insolvente maatskappy nie. Dit is twee afsonderlike eisorsake.

3.5 Gesamentlike en Afsonderlike Aanspreeklikheid⁹⁶

Hoe die aanspreeklikheid daadwerklik onder die aanspreeklike partye toegedeel word, hang weliswaar daarvan af of gesamentlike aanspreeklikheid in 'n spesifieke geval toegeskryf word of wel gesamentlik en afsonderlike aanspreeklikheid. Waar skade deur 'n verskeidenheid toestande veroorsaak is, kan die partye wat die skade veroorsaak het of die partye wat bygedra het tot die daad wat die omgewingsbenadeling veroorsaak het, gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gestel word.⁹⁷ Onder gesamentlike aanspreeklikheid moet die aanspreeklike persoon vergoeding betaal slegs vir daardie bedrag van die skade wat werklik aan sy besondere gebruik van die grond of eiendom of besoedelende aktiwiteit toegeskryf kan word.⁹⁸ Gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid beteken dat die eiser sy skade van enigeen van die betrokke persone kan verhaal, ongeag die mate waarin daardie persoon of instansie tot die skade bygedra het.⁹⁹ 'n Goeie voorbeeld waar aanspreeklikheid gesamentlik en afsonderlik is, is ingevolge CERCLA.¹⁰⁰ Dit lei gewoonlik daartoe dat die mees solvente persoon aangespreek gaan word,¹⁰¹ hoewel hy daarna sy medepartye kan dagvaar. Dit is my mening dat hierdie reël in geval van omgewingsbenadeling versag behoort te word tot die mate dat elke party betrokke die volle bedrag skade moet betaal *tensy* hy kan bewys dat hy vir slegs 'n deel van die skade verantwoordelik was; wat sy graad van betrokkenheid in die generering van die benadeling was en die graad van sorg wat hy uitgeoefen het.¹⁰² Hierdie verantwoordelikheid hang uit die aard van die saak af van die betrokke party se invloed op die besluit-

⁹⁶ Sien by Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 168, 222; D Hutchison, C-J Pretorius & J Du Plessis *Kontraktereg in Suid-Afrika* (2010) op 229. Gewoonlik is die aanspreeklikheid gesamentlik en afsonderlik (in solidum), tensy anders voorgeskryf word.

⁹⁷ Sien by die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956; MM Loubser ea *Deliktereg in Suid-Afrika* (2010) op 444. Dit is ook die geval waar die partye saam opgetree het of elkeen die bevoegdheid gehad het om die ander se optrede te beïnvloed. Sien Stander *Environmental Damage* op cit noot 8 op 339; De Sadeleer *Environmental Principles* op cit noot 10 op 53 ev.

⁹⁸ Sien ook Basse *Environmental Liability* op cit noot 44 op 48 ev.

⁹⁹ Sien by a 19 van die Nasionale Waterwet 36 van 1998; a 38(2) van die Mineral and Petroleum Resources Development Act 28 van 2002. Dit behoort te geld vir skade en beserings wat onverdeelbaar is.

¹⁰⁰ Sien Nash *Environmental Law* op cit noot 6 op 108.

¹⁰¹ Die sg 'deep pocket'. Hutchison, Pretorius & Du Plessis *Kontraktereg* op cit noot 96 op 230; Loubser ea *Deliktereg* op cit noot 97 op 444; Winter *European Environmental Law* op cit noot 40 op 232-3; Stander *Environmental Damage* op cit noot 8 op 340. Dit is in werklikheid onregverdig om volle verhaal te neem van die persoon wat in die beste finansiële vermoë is eerder as die persoon wat die meeste tot die skade bygedra het. In die geval waar bewys kan word dat die skade deelbaar is, behoort die verweerder aanspreeklikheid te ontken. Dit word erken dat nie al die bronne hierdie onderskeiding handhaaf, maak of aanbeveel nie. Die submitisie is verder dat ruimte aan 'n hof, arbiter of enige ander kompetente liggaam gegee behoort te word om te besluit, bv in die geval waar die operateur kan bewys dat die skade geheel en al veroorsaak is deur besoedelings wat uitdruklik deur sy permit toegelaat word, om daardie deel van die vergoeding vanaf die lisensiërende liggaam eerder as die vervuiler te verhaal. Dit moet weer eens erken word dat die teenkant hiervan is dat permitte tov omgewingsbenadelende aktiwiteite die regte van eenaars of grondgebruikers tov gevaarlike of beskadigende aktiwiteite verbreed. Vervolgens sal daar geen aansporing wees om die benadeling te minimaliseer of om verdere, nuwe onvoorsiene risiko's volgens 'n goeie 'voorsorgbestuurstyl' in te sluit nie.

¹⁰² Oor die deelbaarheid van skade, sien by Nash *Environmental Law* op cit noot 6 op 110 ev; Driesen & Adler *Environmental Law* op cit noot 6 op 430 ev. Vanselfsprekende uitsonderings op aanspreeklikheid is 'n 'act of God' of 'n 'act of war'.

neming met betrekking tot sy ekonomiese belang in, en sy ekonomiese voordeel uit die betrokke aktiwiteit.

3.6 Samevattend

Aanspreeklikheid is op 'n eienaar. Die huidige eienaar is aanspreeklik op grond van eiendomsreg per se. 'n Vorige eienaar is aanspreeklik vir omgewingsbenadeling wat gedurende sy periode van eienaarskap plaasgevind het. Die volgende eienaar is aanspreeklik as hy van al hierdie benadelende aktiwiteite bewus was of bewus moes gewees het en met die aktiwiteit voortgaan. Waar die eienaar nie die persoon is wat die omgewingsbenadelende aktiwiteit pleeg nie en ook nie beheer daarvoor uitoefen nie, sal die operateur aanspreeklik wees op die basis van beheer wat oor die fasiliteit uitgeoefen word. 'n Persoon in werklike, regs- of ekonomiese beheer van 'n fasiliteit word geag die operateur te wees.¹⁰³ Al die feite en omstandighede moet ondersoek en oorweeg word.

Hoewel die operateur merendeels die enigste verweerder in 'n eis vir omgewingsbenadeling is, is dit nie vreemd om iemand anders 'n verdere verweerder te maak nie. Dit is nie ongewoon om die bestuurders van 'n besigheid of maatskappy, die direkteure¹⁰⁴ of ander amptenare – saam met die houermaatskappy en sy direkteure – en die grondeienaar van waar die maatskappy opereer, ook verweerders te maak nie. Dat daar 'n moontlikheid bestaan dat die likwidateur van 'n insolvente maatskappy ook aanspreeklikheid kan oploop, is dus nie verrassend nie.¹⁰⁵

Met hierdie in gedagte is dit gepas om terug te keer na 'n bespreking van die situasie waar 'n maatskappy inderdaad vir omgewingsbenadeling aanspreeklik is.

4 Enkele Voorbeelde van Maatskappystrukture wat Gebruik Word om Aanspreeklikheid te Ontkom

4.1 Inleiding

Dikwels gebeur dit dat die maatskappystruktuur gebruik word om byvoorbeeld aanspreeklikheid vir pligte wat deur die deliktereg of deur wetgewing opgelê word, vry te spring. Dit is ook die geval by omgewingsaanleenthede. In die meeste gevalle word streng pligte ten opsigte van aktiwiteite wat die omgewing raak, opgelê. Verder, in die geval van omgewingsbenadeling is die skade gewoonlik enorm en is die verantwoordelike persoon in 'n groter versoeking om maatreëls te tref om hom van hierdie aanspreeklikheid te

¹⁰³ Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 461 meen dat beheer op twee maniere getoets word, naamlik werklike beheer en die bevoegdheid om te beheer ('capability').

¹⁰⁴ Sien a 19 van die Nasionale Waterwet 36 van 1998.

¹⁰⁵ Sien par 1.3 in die opvolgartikel AL Stander 'Die Aanspreeklikheid van 'n Insolvente Maatskappy en die Likwidateur van 'n Insolvente Maatskappy vir Vergoeding as gevolg van Omgewingsbenadeling'.

ontdoen. Vervolgens word 'n 'leë dop' maatskappy opgerig om die benadelende aktiwiteit uit te voer, of 'n maatskappy wat 'skuldig' staan dra al sy bates na 'n ander oor.¹⁰⁶

Dié inkonsekwentheid kom veral by maatskappygroepe¹⁰⁷ voor.¹⁰⁸ 'n Houermaatskappy kan 'n hele aantal filiale inisieer, wat almal direk of indirek deur die aandeelhouders van die houermaatskappy beheer word.¹⁰⁹ Sou 'n probleem ontstaan, word die filiaal wat die omgewingsbenadeling veroorsaak, ontbind. 'n Ander moontlikheid is dat as een van hierdie filiale 'n groot aanspreeklikheid oploop, die houermaatskappy eenvoudig op die afsonderlike regs persoonlikheid van die filiaal steun.

4.2 Houermaatskappye en Filiale

Omdat maatskappye oor afsonderlike regs persoonlikheid beskik, kan een maatskappy nie aanspreeklik gehou word vir die foute van 'n ander nie.¹¹⁰ So ook nie die aandeelhouders van die maatskappy nie.¹¹¹ In die geval van maatskappygroepe kan geen maatskappy ooreed word om die verpligtinge van 'n ander maatskappy in die groep na te kom slegs omdat hulle in 'n groep funksioneer nie. Die houermaatskappy en die ander filiale hoef dus nie 'n bekommernis te hê nie omdat hulle nie vir die skulde van die filiaal aanspreeklik is nie. Hierdie beginsel¹¹² geld nie slegs in Suid-Afrika nie, maar ook in vele ander jurisdiksies.¹¹³

Tensy dit vir 'n hof nodig is 'to pierce the corporate veil', sal houermaatskappye of ander filiale derhalwe nie aanspreeklik gehou word vir 'n filiaal se verpligtinge nie.¹¹⁴ 'Piercing the corporate veil' kan plaasvind wanneer maatskappye wat afsonderlik geïnkorporeer is so baie van mekaar se identiteit deel, dat 'n minimum aanvaarbare drumpel van korporatiewe

¹⁰⁶ Sien bv *Re Southard & Co Ltd* [1979] 1 All ER 582; Nash *Environmental Law* op cit noot 6 op 106; D Campbell & C Campbell *International Product Liability* (1993) op 220 vir die posisie in die Engelse reg waar gemeld word dat selfs die wye definisie van vervaardiger nie die eiser sal help wat poog om aanspreeklikheid deur 'n maatskappyopvolger bewerkstellig te kry nie. Dit is maw baie maklik om aanspreeklikheid vry te spring deur 'slim' gebruik te maak van maatskappystrukture.

¹⁰⁷ Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 194 ev; D Davis ea *Maatskappye en ander Besigheidstrukture in Suid-Afrika* 2 uitg (2011) op 63 ev.

¹⁰⁸ Sien ook S Grundmann & F Mölslein *European Company Law* (2007) op 27 ev, 62 ev, 182–3, 516; Campbell & Campbell *International Product Liability* op cit noot 106 op 219.

¹⁰⁹ Sien a 3 van die Maatskappywet 2008 vir die omskrywing van filiaal-groepe.

¹¹⁰ Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 31 ev, 196 ev; S Kopel *Guide to Business Law* 5 uitg (2012) op 404; Davis ea *Maatskappye* op cit noot 107 op 63 ev.

¹¹¹ Kopel *Business Law* op cit noot 110 op 405. Die submitisie is dat as aandeelhouders bedrieglik die maatskappystruktuur gebruik het, die hof die korporatiewe sluier sal deurdring. Die feit dat die aandeelhouders nie as eienaars aanspreeklik is nie, beteken nie dat hulle nie moontlik as operateurs aanspreeklik gehou kan word nie. Maw, as 'n meerderheid-aandeelhouer van 'n maatskappy effektief die werking van die fasiliteit gelas of voorskryf, kan hy as 'n operateur aanspreeklik gehou word selfs al kan hy nie as eienaar aanspreeklik wees nie.

¹¹² Tensy deur wetgewing anders bepaal word.

¹¹³ Sien Nash *Environmental Law* op cit noot 6 op 106; Campbell & Campbell *International Product Liability* op cit noot 106 op 220.

¹¹⁴ S Kopel *Guide to Business Law* 4 uitg (2009) op 309; Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 39, 43 ev; Davis ea *Maatskappye* op cit noot 107 op 21 ev. Sien ook D Jacoby & A Eremich 'Environmental Liability in the USA' in: P Thomas ea *International Bar Association Series: Environmental Liability* (1990) 63 op 86 vir dieselfde beginsel in die Verenigde State van Amerika.

afsonderlikheid oorgesteek is. Die hof mag dan die korporatiewe sluiër deurdring.¹¹⁵ Dieselfde kan gebeur waar 'n filiaal 'n lid is van 'n potensieel aanspreeklike klas persone en die houermaatskappy het 'n substansiële finansiële of eiendomsbelang in die filiaal, terwyl die houermaatskappy ook beheer het (of beheer gehad het) soos deur die wet voorgeskryf, oor die filiaal se bestuur en besigheidsaktiwiteite gedurende die relevante tydperk.

4.3 Maatskappyopvolgers

In die geval van maatskappyopvolgers moet die omstandighede versigtig onderskei word. Weens 'n gebrek aan genoegsame voorbeelde in die Suid-Afrikaanse reg sal hierdie aspek verduidelik word aan die hand van enkele buitelandse voorbeelde. Ten opsigte van produkte-aanspreeklikheid in Australië is die reël dat waar daar 'n samesmelting¹¹⁶ van twee maatskappye is om 'n nuwe maatskappy te vorm, die nuwe maatskappy inderdaad die verpligtinge van die saamgesmelte maatskappye kan oploop, insluitend die aanspreeklikheid vir defektiewe produkte. Die resultaat kan dieselfde wees waar daar 'n oordrag van korporatiewe eiendomsreg deur 'n oordrag van aandele is. Waar, egter, die oordrag van korporatiewe eiendomsreg gemaak word deur die verkoop van bates, sal die koper nie noodwendig aanspreeklik wees vir die gevolg van die defektiewe produkte van die verkoper nie, behalwe waar daardie verpligtinge uitdruklik aangeneem is of in omstandighede waar die verkoop plaasgevind het in bedrog teenoor die skuldeisers.¹¹⁷ Uit die aard van die saak sal die bewys daarvan myns insiens baie moeilik wees.

In Oostenryk kan 'n maatskappy wel aanspreeklik gehou word vir die verpligtinge van 'n ander maatskappy indien die eersgenoemde maatskappy deur middel van kontrak die algehele of 'n groot deel van die ander se besigheid of eiendom verkry het. Nogtans bly die aanspreeklikheid van die oorspronklike skuldenaar staan. Die addisionele aanspreeklikheid van die koper (deur regsweë verkry) kan nie deur ooreenkoms uitgesluit word nie maar is weliswaar beperk tot skulde en verpligtinge waarvan die 'opvolger in eiendom' of die 'opvolger in besigheid' bewus was of bewus moes gewees het en tweedens beperk tot die bedrag gelyk aan die waarde van die bates wat verkry is.¹¹⁸ Artikel 25 van die Oostenrykse Commercial Code lê aanspreeklikheid vir alle skulde wat aan 'n besigheid behoort het op persone wat die besigheid koop en aanhou om hierdie besigheid te bedryf onder

¹¹⁵ *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd and Others* 1995 (4) SA 790 (A); *Die Dros (Pty) Ltd and Another v Telefon Beverages CC and Others* 2003 (4) SA 207 (K); *Airport Cold Storage (Pty) Ltd v Ebrahim and Others* 2008 (2) SA 303 (K).

¹¹⁶ Tov maatskappysamesmeltings sien ook G Ferrarini ea *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (2004) op 1036; Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 441 wat beklemtoon dat die oorlewende maatskappy of korporasie al die skulde en verpligtinge van die maatskappye wat saamgesmelt het, oorneem.

¹¹⁷ *Sien Campbell & Campbell International Product Liability* op cit noot 106 op 44.

¹¹⁸ Weer eens is dit my mening dat 'n maatskappy aanspreeklikheid kan ontkom omdat die bewyslas so moeilik is.

dieselfde besigheid as waarmee die eienaar dit bedryf het. Die aanspreeklikheid is op geen wyse beperk nie maar mag deur ooreenkoms tussen die koper en die verkoper van die besigheid uitgesluit word. Die uitsluitingsooreenkoms moet egter in die besigheidsregister geregistreer word.¹¹⁹ Nie een van hierdie reëls geld of vind toepassing indien die besigheid verkry is in die loop van insolvensieprosedures nie.¹²⁰

In die Kanadese saak van *Newfoundland & Labrador Housing Corp v Trinity Construction Ltd*¹²¹ was die vierde respondent 'n houermaatskappy waarin die tweede en derde respondente 'n aantal jare tevore vrywillig gelikwieder het, spesifiek om die eiser se eis vir nalatigheid teen hulle te negatiewer. Die eerste respondent was die algemene kontrakteur van 'n konstruksieprojek. Dit het met die tweede en derde respondente gesubkontraakteer vir die vervaardiging en installering van betonpanele. Die werk is voltooi en die tweede en derde verweerders het vrywillig in hul houermaatskappy gelikwieder. Drie jaar later het die applikant agtergekom dat daar defekte in die konstruksieprojek was wat deur nalatigheid met betrekking tot die vervaardiging en installering van die betonpanele veroorsaak was. 'n Aksie vir skadevergoeding teen die genoemde partye op grond van kontrak en nalatigheid het gevolg. Daar is beweer dat die tweede respondent nalatig was ten opsigte van die ontwerp en vervaardiging van die betonpanele en dat die derde verweerder nalatig was ten opsigte van die oprigting en installering van die panele. Verder is beweer dat die houermaatskappy aanspreeklik was vir die nalatigheid van sy filiale want met likwidasië het dit al die bates en verpligtinge van die filiale op hom geneem. Die eis vir nalatigheid was gebaseer op die verbintenis ('proximity') van die houermaatskappy met sy filiale en op hul beurt, die verbintenis ('proximity') van hierdie maatskappy met die applikant. Die hof het hierdie argument verwerp en beslis dat daar geen eisoorzaak in nalatigheid bestaan het teen die houermaatskappy nie, want daar was geen verbintenis ('proximity') tussen daardie maatskappy en die applikant nie en geen sorgsaamheidsplig ('duty of care') het uit enige 'verhouding' ontstaan nie.¹²²

Die hof moes gaan kyk of daar 'n 'sufficient relationship of proximity or neighbourhood' was en beantwoord die vraag negatief, want die houermaatskappy het geen betrokkenheid gehad met die konstruksie van die defektiewe panele en, die belangrikste, het geen kennis gehad van die bestaan van enige potensiële eise wat uit die aktiwiteite van die twee filiale ten tye van hul likwidasiës sou voortspruit nie. Opmerklik het die hof geweier om die korporatiewe sluier te deurdring en die uitgangspunte te aanvaar dat, as gevolg van die gemeenskaplike aandeelhouders, al drie maatskappye eintlik as een en dieselfde maatskappy geag moet word. Die hof het baie duidelik aanvaar dat die maatskappye drie afsonderlike regsentiteite was.

¹¹⁹ Of hierdie werkswyse sukses het om die vermyding van aanspreeklikheid hok te slaan, is onseker.

¹²⁰ Sien Campbell & Campbell *International Product Liability* op cit noot 106 op 66.

¹²¹ (1989) 33 CLR 127 (Nfld SC).

¹²² Sien ook Campbell & Campbell *International Product Liability* op cit noot 106 op 114.

Hierdie situasie verskil van die geval waar daar nie 'n likwidasie in die houermaatskappy van 'n filiaal is nie, maar byvoorbeeld 'n samesmelting van twee of meer maatskappye in een. Volgens die Kanadese Corporations Act hou die individuele samesmeltende maatskappye nie met samesmelting op om te bestaan nie en die nuwe saamgesmelte maatskappy kan weliswaar aanspreeklik gehou word vir die verpligtinge van die samesmeltende maatskappye. Geen 'nuwe' maatskappy word geskep nie en geen 'ou' maatskappy word beëindig of uitgewis nie. Campbell stel dit so dat die same-smeltende maatskappye sonder vermindering in die saamgesmelte maatskappy voortgaan, met al hul sterk punte en hul swak punte, hul perfeksies en imperfeksies, en al hul sondes (as hulle sondaars is).¹²³

Om aanspreeklikheid te bepaal word ook in Denemarke gevra of die korporatiewe opvolger dieselfde regsenteit is en of 'n nuwe regsenteit gevorm is. Ten opsigte van produkte-aanspreeklikheid is die beginsel duidelik: Onderskei die omstandighede van elke geval. Die koop van aandele in 'n maatskappy verander nie die regstatus van die enteit nie. Gevolglik is daar geen kwessie van die *uitbreiding* van aanspreeklikheid nie. Die vervaardigingsmaatskappy alleen is verantwoordelik. Waar daar 'n same-smelting tussen 'n vervaardigingsmaatskappy en 'n ander maatskappy is wat die besigheid gaan voortsit, sal die maatskappy wat die besigheid voortsit aanspreeklik wees vir defektiewe produkte vervaardig deur die vervaardigingsmaatskappy. Die verkryging van die bates van 'n maatskappy brei egter nie die aanspreeklikheid vir defektiewe produkte uit na die korporatiewe opvolger ten opsigte van produkte bemark en verkoop vóór die datum van die verkryging nie, tensy spesifiek so bepaal is.¹²⁴

Ingevolge tradisionele korporatiewe beginsels in die Suid-Afrikaanse reg word 'n opvolger beskerm teen die voorganger se skulde en verpligtinge, behalwe indien dit uitdruklik anders in die kontrak ooreengekom is of by bedrog of ander vorms van wanoptrede.¹²⁵ Die Maatskappywet 2008¹²⁶ bevat egter spesifieke bepalinge relevant ten opsigte van hierdie onderwerp. In hierdie wet word samesmelting en amalgamasie in 'n saamgestelde omskrywing gedefinieer. Dit is 'n situasie waar elkeen van twee maatskappye ontbind en die bates en laste van die samesmeltende maatskappye aan 'n nuutgestigte maatskappy(e) oorgedra word. Die ander situasie is waar een van die twee maatskappye oorleef. Die een word dus geheel en al deur die ander geabsorbeer. Die minder belangrike maatskappy verloor sy identiteit en word deel van die belangrikste een wat sy identiteit behou. Die bates en laste van die maatskappy wat deur regsverwerking ontbind word, word aan die oorlewende

¹²³ Idem op 115.

¹²⁴ Campbell & Campbell *International Product Liability* op cit noot 106 op 150.

¹²⁵ Kyk bv die werking en effek van a 34 (nietige verkoop van besigheid) van die Insolvensiewet 24 van 1936, wat toepassing vind selfs as daar nie 'n likwidasie of sekwestrasie is nie. Sien Magid *Insolvency Law* op cit noot 80 in par 5.31.18 vir 'n bespreking van a 34.

¹²⁶ Sien aa 1 (woordoms krywing) en 113.

maatskappy oorgedra. Dit kan selfs oorgedra word aan die oorlewende maatskappy sowel as 'n nuutgestigte maatskappy.¹²⁷ Hoe dit ook al sy, die kruks is dat die oorlewende of nuwe maatskappy(e) al die bates en laste hou waarmee die verskillende samesmeltende of amalgamerende maatskappy(e) vroeër beklee was en dat die ander samesmeltende of amalgamerende maatskappye by afhandeling van sodanige transaksie ophou om te bestaan.¹²⁸ Verder belangrik vir hierdie bespreking is dat a 116(6)(b) bepaal dat die samesmeltende nie enige bestaande aanspreeklikheid van enige samesmeltende party of van sy direkteur wat kragtens 'n toepaslike wet vervolg staan te word, raak nie.¹²⁹ Dit raak ook nie enige siviele, kriminele of administratiewe handeling of geregtelike stappe wat deur of teen 'n amalgamerende of samesmeltende maatskappy hangende is nie, en enige sodanige geregtelike stappe kan deur of teen enige geamalgameerde of saamgesmelte maatskappy voortgesit word. Verder raak dit ook nie enige vonnis teen, of beslissing, bevel of uitspraak ten gunste van of teen 'n amalgamerende of saamsmeltende maatskappy nie. So 'n beslissing, bevel of uitspraak kan deur of teen enige geamalgameerde of saamgesmelte maatskappy toegepas word.¹³⁰

4.4 Ontbinde Maatskappye

Hierbo is genoem dat maatskappye soms ontbind word om hulle verpligtinge vry te spring. Die kans dat iemand enigiets van die maatskappy sal kry as die bates daarvan reeds gelijkwieder en onder die aandeelhouers verdeel is, is uiters skraal. In die Engelse reg¹³¹ kan 'n benadeelde persoon tog wel suksesvol wees met 'n eis teen 'n maatskappy wat ontbind is, maar versekering gehad het ten opsigte van eise vir persoonlike beserings. Die beginsel is dat aansoek gedoen kan word om 'n ontbinde maatskappy weer te laat oprig vir die doel om prosedures teen dit te bring vir skade weens persoonlike beserings. Geen bevel sal egter gemaak word indien die hof meen dat die eis vir persoonlike beserings nie sal slaag nie as gevolg van enige ander wetsbepaling soos die Limitation Act 1980. Daar sal in so 'n geval vereis word dat die heroprigting van die maatskappy voldoen aan die voorwaardes van die Third Parties' (Rights Against Insurers) Act 1930.¹³² Dit is so omdat, hoewel die voormalige maatskappy se eie regte teen sy versekeraars in die benadeelde party vestig, die benadeelde eers die prosedures om aanspreeklikheid te vestig teen die maatskappy moet begin.

¹²⁷ Of een of meer van oorlewende of nuutgestigte maatskappye (Davis ea *Maatskappye* op cit noot 107 op 218 ev, 227 ev; Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 676, 678, 702).

¹²⁸ Davis ea *Maatskappye* op cit noot 107 op 218.

¹²⁹ Sien ook die bespreking in Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 684 ev.

¹³⁰ Sien idem op 685 ev vir 'n bespreking van die stappe wat kragtens die Maatskappyywet 2008 geneem moet word by maatskappy samesmeltings. Van belang is die vereiste dat kennis aan alle bekende skuldeisers van die betrokke maatskappye gegee moet word. Artikel 116 verskaf ook 'n remedie vir skuldeisers met besware teen die samesmelting.

¹³¹ Deur a 651 van die Companies Act 1985, soos gewysig deur die Companies Act 1989.

¹³² Vir 'n kort bespreking van hierdie wet, sien AL Stander 'Skadevergoeding Betaalbaar deur die Insolvente Versekerde in die Geval van Omgewingsbenadeling' (2004) 16 *SA Merc LJ* 327 in par 4.

Wat die Suid-Afrikaanse reg aanbetref moet die volgende ten opsigte van die situasie waar maatskappye soms ontbind word om hulle verpligtinge vry te spring, in gedagte geneem word: Enige maatskappy wat ontbind wil word, moet deur 'n proses van likwidasie gaan en die Maatskappywet 2008 maak voorsiening daarvoor dat solvente maatskappye deur 'n prosedure van vrywillige likwidasie kan gaan. 'n Vrywillige likwidasie van 'n maatskappy begin wanneer die besluit van die maatskappy ingedien is. 'n Likwidasie van 'n maatskappy deur 'n hof begin wanneer 'n aansoek aan die hof gerig is¹³³ of die hof 'n bevel uitgereik het¹³⁴ waarvoor aansoek gedoen is.

Wanneer maatskappy se sake geheel en al gelikwedeer is, moet die Meester kragtens a 82(1) 'n sertifikaat van likwidasie van die maatskappy op die voorgeskrewe wyse liasseer. Daar is egter ietwat verwarring van wat verder eerste volg en die verwarring kom uit die wet self.¹³⁵ Artikel 82(2) bepaal dat wanneer 'n sertifikaat ingevolge a 82(1) ontvang word, die Kommissie die ontbinding van die maatskappy op die voorgeskrewe wyse moet aantekene en ook die maatskappy se naam van die maatskappyregister afhaal.¹³⁶ Dit impliseer dat dit die ontbinding is wat aangeteken word voor of wanneer die naam uit die register verwyder word.¹³⁷ Artikel 83(1) impliseer weer dat die ontbinding die gevolg van die verwydering van die maatskappy se naam is.¹³⁸ Volgens Cassim¹³⁹ het beide 'ontbinding' en 'deregistrasie'¹⁴⁰ die effek om die regsbestaan van die maatskappy te beëindig.

Ten einde 'n verpligting wat voor ontbinding en deregistrasie bestaan het te kan afdwing, of indien iemand namens die maatskappy regte wil afdwing of eiendom wil opvorder, moet die ontbinding tersyde gestel word. Die posisie behoort dan te wees asof die maatskappy nog heelyd bestaan het. Dit wil sê

¹³³ Ingevolge a 81(1)(a) of (b).

¹³⁴ Ingevolge a 81(1)(c), (d), (e) of (f).

¹³⁵ Die poging van die Maatskappywet 2008 om die onderskeid tussen ontbinding en deregistrasie te verwyder, was nie baie geslaagd nie.

¹³⁶ Indien die Kommissie 'n maatskappy deregistreer, mag enige belanghebbende persoon op die voorgeskrewe wyse en vorm by die Kommissie aansoek doen om die registrasie van die maatskappy te herstel. As die registrasie herstel word, herleef die maatskappy se regte en verpligtinge wat voor deregistrasie bestaan het en die bevel wat die deregistrasie nietig gemaak het, het retrospektiewe werking (Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 922–3).

¹³⁷ Ook die opskrif by a 82 dui op hierdie interpretasie.

¹³⁸ So verklaar Kopel *Business Law* op cit noot 114 op 314 dat 'n maatskappy bly voortbestaan tot sy naam van die maatskappy register verwyder is. In die nuutste uitgawe stel Kopel *Business Law* op cit noot 110 op 414 dat 'n maatskappy 'is dissolved as of the date its name is removed from the companies register'.

¹³⁹ Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 922.

¹⁴⁰ Die afhaal van 'n maatskappy se naam vanaf die maatskappyregister affekteer egter nie die aanspreeklikheid van enige voormalige direkteur of aandeelhouer van die maatskappy of enige ander persoon ten opsigte van enige handeling of versuim wat plaasgevind het voordat die maatskappy van die Register afgehaal is nie. Enige sodanige aanspreeklikheid gaan voort en kan afgedwing word asof die maatskappy nie van die register afgehaal is nie. Sien a 83(2). Daarenteen, bloot met ontbinding van 'n maatskappy kom die verpligtinge van sy direkteure, beamptes en lede tot 'n end. Sien Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 922–3. (Artikel 83(2) gaan nie oor die maatskappy se eie aanspreeklikheid nie. 'n Direkteur wat egter teenoor bv 'n aandeelhouer ogv a 20(6) aanspreeklik is, sal steeds aanspreeklik gehou kan word. Logieserwys gaan dit ook nie meer vir die nie-bestaande maatskappy moontlik wees om enige aanspreeklikheid van direkteure of aandeelhouders teenoor die maatskappy af te dwing nie. Dus vind a 83(2) toepassing by aanspreeklikheid waarby die maatskappy nie self betrokke sal wees nie.)

dit is die ontbinding self wat nietig was.¹⁴¹ Maar in lyn met die verwarde gebruik van ‘deregistrasie’ en ‘ontbinding’ bepaal a 82(4) dat in die administratiewe deregistrasie-gevalle dit die registrasie is wat herstel word, terwyl a 83(4) slegs van die ontbinding praat. Artikel 83(4) bepaal dat op enige tydstip nadat ’n maatskappy ‘ontbind’ is, die likwidateur van die maatskappy, of ander persoon met ’n belang in die maatskappy, by ’n hof mag aansoek doen vir ’n bevel wat verklaar dat die ontbinding nietig was, of enige ander bevel wat in die omstandighede billik en regverdig is. Indien die hof verklaar dat die ontbinding nietig was, mag enige geregtelike stappe teen die maatskappy gedoen word wat gedoen sou kon word indien die maatskappy nie ontbind is nie.

Die submitisie is dat die mees aanvaarbare interpretasie van a 83(1) waarskynlik is dat ontbinding en deregistrasie gelyk plaasvind, tensy die rede vir die verwydering die oordrag van die maatskappy se registrasie na ’n vreemde jurisdiksie is. Dit is egter ’n vraag hoe sinvol ’n aansoek vir die nietigverklaring van ontbinding sal wees na ’n verloop van ’n aantal jare vanaf die ontbinding.¹⁴²

4.5 Kontraktuele Verskuiwing van Aanspreeklikheid en die Verkoop van Bates of Onderneming

Maatskappye kan inderdaad die aanspreeklikheid vir omgewingsbenadeling deur kontrak afstaan, in besonder by verkrygings (‘acquisitions’) en die verkoop van onroerende eiendom. Die submitisie is dat sulke ooreenkomste net tussen die partye geldig behoort te wees. Die reg van ’n derde party wat omgewingskade opgedoen het, behoort nie geraak te word nie.¹⁴³ So ’n reël sal verhoed dat byvoorbeeld ’n verkoping van eiendom gebruik word om aanspreeklikheid vry te spring.¹⁴⁴

Die Maatskappyyet 2008 hanteer die vervreemding van die geheel of

¹⁴¹ Uiteraard is dit makliker gesê as gedaan. Vandaar die bevoegdheid van die hof om ’n bevel te maak wat hy goedvind (a 83(4)(a)).

¹⁴² Veral gesien in die lig daarvan dat die boeke en rekords van die maatskappy na 5 jaar vanaf ontbinding kragtens a 422 van die Wet op Maatskappye 61 van 1973 nie meer beskikbaar hoef te wees nie, is die posisie van ’n moontlike skuldeiser baie verswak. Hoofstuk XIV van hierdie wet vind uhv Item 9 van Skedule 5 vd Maatskappyyet 2008 steeds toepassing in die geval van die likwidasie van ’n insolvente maatskappy, totdat die relevante artikels in die 1973 wet met die nuwe voorgestelde insolvensiewetgewing vervang word.

¹⁴³ Dit is inderdaad die posisie in Denemarke (Larsson *Liability and Reparation* op cit noot 27 op 327).

¹⁴⁴ sien ook idem op 441; Grundmann & Möslin *European Company Law* op cit noot 108 op 551 ev; 561 ev; 564, 570. Aan die ander kant kan dit vir onskuldige derdes net meer effektief wees om die koper vir omgewingsbenadeling aanspreeklik te hou. Dit sal egter net kan gebeur as die tradisionele maatskappyyeregbesinsels geïgnoreer word, juis as gevolg van die beginsel dat ’n maatskappy oor afsonderlike regspersoonlikheid beskik. Waar daar ’n verkryging of verkoping plaasgevind het, is die voorstel dat ’n mens in die omgewingskonteks eerder moet werk met ’n vermoede dat die voorganger se omgewingsaanspreeklikheid as dié van die opvolger geag word, as die benadeling substansieel met die voorganger se aktiwiteite plaasgevind het. In ’n omgewingskonteks moet met ander woorde die volgende faktore-analise gemaak word: As die opvolger dieselfde werknemers en bestuurspersoneel in diens stel, dieselfde besigheidsnaam behou, in dieselfde lyn van besigheid met dieselfde produksiefasieliteit op dieselfde plek of perseel aangaan, dan word omgewingsaanspreeklikheid vermoed.

grootste deel van 'n maatskappy se bates¹⁴⁵ of onderneming, amalgamasies of samesmeltings en reëlinskemas as fundamentele transaksies. Relevant vir hierdie paragraaf is die vervreemding van die geheel of grootste deel van bates of onderneming, wat deur a 112 van die Maatskappywet 2008 beheers word. Artikel 112, saamgelees met a 115, stel vereistes waaraan streng voldoen moet word wanneer 'n maatskappy beoog om 'n transaksie soos dié aan te gaan.¹⁴⁶ Verder word in aa 119 en 120 bepaal dat die Oornamereguleringspaneel jurisdiksie ten aansien van sodanige transaksie¹⁴⁷ beskik. Die hoofdoel van hierdie paneel is daarin geleë om geaffekteerde transaksies en die oornameregulasies te reguleer en om aandeelhouers van geregleerde maatskappye oor die algemeen teen onbillike optrede te beskerm.¹⁴⁸ 'n Leemte in die wet is myns insiens dat die wet dit nie duidelik maak wat van die gewone verpligtinge van die maatskappy word waar die geheel of grootste deel van die bates of onderneming van die maatskappy vervreem word nie.

5 'Long-tail' Skade

In die praktyk gebeur dit vrywel dat die maatskappy wat die omgewingsbenadeling veroorsaak het, lank reeds opgehou het om te bestaan. Hierdie situasie is inderdaad baie aktueel, veral in die gevalle van 'long-tail' skade.¹⁴⁹ Dit is skade wat geleidelik oor 'n lang tydperk berokken word of eers na verloop van 'n aansienlike tyd manifesteer. Die eis kan of word dus eers heelwat later na die ontstaan van die skade ingestel. Die vraag is hoe aanspreeklikheid vasgestel moet word indien hier geen sprake meer is van 'n bestaande entiteit nie? Hiervoor word geen oplossing of verduideliking geredelik in die bronne aangebied nie. Omdat kousaliteit in verband met veroorsaking van skade wesenlik belangrik is, verloor die derde alle regte om te eis as die aksie nie ingestel is vóór die maatskappy opgehou het om te bestaan nie.¹⁵⁰ Die skade wat hier ter sprake is, word 'n verpligting vir die staat.¹⁵¹ 'n Voorstel in hierdie verband is dat die verpligting nie slegs op die staat val nie, maar deels ook op die lisensie-owerheid (indien van toepassing), die toesighoudende departement (indien van toepassing), sowel as die buitelandse owerheid indien die maatskappy wat vir die omgewingsbenadeling verantwoordelik was, van vreemde nasionaliteit was.

¹⁴⁵ Die maatskappy is ten volle aanspreeklik vir sy skulde. Die eise van die skuldeisers van die maatskappy word beperk tot die bates van die maatskappy.

¹⁴⁶ Sien Davis ea *Maatskappye* op cit noot 107 op 215 ev, 222 ev.

¹⁴⁷ As dit 'n geaffekteerde transaksie is.

¹⁴⁸ Davis ea *Maatskappye* op cit noot 107 op 238.

¹⁴⁹ Dit is skade wat geleidelik oor 'n tydperk berokken word en die eis dus eers heelwat later ná die ontstaan van die skade ingestel word.

¹⁵⁰ Sien ook *Bradley v Eagle Star Insurance Co Ltd* [1989] AC 957 op 966; [1989] 1 All ER 961 (HL) op 965H vir die posisie in die Engelse reg.

¹⁵¹ Op nasionale vlak in die omgewingsfeer bestaan 'n aantal staatsorgane wat vir omgewingsadministrasie verantwoordelik is. Hoofrolspelers is gewoonlik die Departemente van Omgewingsake en van Waterwese en die Minister van Water en Omgewingsake. Sien Kidd *Environmental Law* op cit noot 1 op 207; Sands *Principles* op cit noot 1 op 870 ev.

6 Die Maatskappy in 'n Staat van Insolvensie

Die probleme in die geval waar 'n individu 'n verpligting op grond van die aanspreeklikheid weens omgewingsbenadeling oploop, is ooglopend. Waar 'n individu, met geen bates óf versekering nie, verantwoordelik raak vir die vergoeding van sulke skade, is dit uit die aard van die saak nie gewens om so 'n persoon te dagvaar nie. 'n Eiser mors sy tyd en geld wanneer dit duidelik is dat geen vergoeding kan resulteer nie. Dit is presies dieselfde wanneer 'n maatskappy groot eise vir omgewingskade in die gesig staar, terwyl dit geen bates óf versekering het nie. Die koste om te dagvaar sal nie deur die eindresultaat geregverdig word nie. Omdat 'n maatskappy oor regs persoonlikheid beskik, is die aanspreeklikheid van sy lede beperk tot die nominale waarde van sy aandele.¹⁵² Die probleem is voorts dat die benadeelde 'remedieloos' is en die maatskappy 'wegkom' met sy sondes. Daar bestaan wel die moontlikheid dat die amptenare van die maatskappy of ander in beheer van die maatskappy aktiwiteite aanspreeklik is,¹⁵³ maar selfs hierdie opsie hou probleme in, óf as gevolg van die bewyslas óf omdat volle vergoeding nie sal kan geskied nie.¹⁵⁴

In sulke gevalle kan die beter opsie wees om die maatskappy te likwideer, maar ook hierdie opsie is nie sonder kostes vir die skuldeiser (benadeelde) nie en waarborg ook nie dat die skuldeiser (benadeelde) in likwidasië voldoende vergoed sal word nie.

7 Ten Slotte

Uit die voorgaande uiteensetting is dit baie duidelik dat daar verskeie risiko's ten aansien van omgewingsbenadeling en die skade wat daaruit ontstaan, kan volg. Die eerste risiko is dat 'n persoon of entiteit aanspreeklikheid kan oploop. Persone en entiteit wat hierdie risiko loop behoort 'n basiese kennis te hê van die beginsels wat hierdie aanspreeklikheid bepaal. Vir hierdie rede is in paragrafe 2 en 3 kortliks verwys na enkele omgewingsregtelike beginsels wat 'n rol in die bepaling van aanspreeklikheid kan speel. In die tweede plek bestaan daar die risiko dat maatskappystrukture in 'n besondere geval gebruik kan word om aanspreeklikheid vry te spring. Vir 'n beter insig, sou sulke praktyke voorkom, is daar in paragraaf 4 kortliks verwys na enkele maatskappyregbeginsels wat 'n rol kan speel om aanspreeklikheid in spesifieke omstandighede te bepaal. Derdens kan dit gebeur dat die skade eers materialiseer jare nadat met die benadelende aktiwiteit begin is of nadat dit reeds afgehandel is en die maatskappy wat verantwoordelik is, nie meer bestaan nie. Gevolglik is die voorkoms van 'long-tail' skade in paragraaf 5 verduidelik en die dilemma in verband

¹⁵² Cassim ea *Contemporary Company Law* op cit noot 68 op 35 ev.

¹⁵³ Sien par 3.3.

¹⁵⁴ Skade weens omgewingsbenadeling is gewoonlik baie groot en die betrokke persoon is bloot nie in die finansiële vermoë om die verpligting na te kom nie.

daarmee uitgewys. Vir doeleindes van hierdie artikel is daar ten slotte verwys na die risiko van insolvensie van die persoon of entiteit wat vir die skade verantwoordelik is en die gevolgtrekking is dat die koste om te dagvaar gewoonlik nie deur die eindresultaat geregverdig sal word nie.

Die moontlikheid om aansoek te doen vir die likwidasië van die insolvente maatskappy blyk 'n oplossing te wees en die risiko's en probleme in hierdie verband sal vervolgens in 'n volgende artikel 'Die Aanspreeklikheid van 'n Insolvente Maatskappy en die Likwidateur van 'n Insolvente Maatskappy vir Vergoeding as gevolg van Omgewingsbenadeling' ondersoek word.
