

Die Aanspreeklikheid van 'n Insolvente Maatskappy en die Likwidateur van 'n Insolvente Maatskappy vir Vergoeding as gevolg van Omgewingsbenadeling

AL STANDER*
Noordwes-Universiteit

SUMMARY

With regard to environmental harm by an insolvent company, the concern with the liquidator of the insolvent company is usually the extent to which he or she shall personally be held liable for environmental harm caused while operating the business of the company in performing the duty to liquidate the business properly. It is necessary to distinguish between damage that occurred prior to the winding-up by the harmful activity itself and damage that occurred during the winding-up. Damage during liquidation could again result from activities prior to liquidation or damage flowing from the activities of the liquidator while operating the business of the insolvent company with a view to the proper liquidation and settlement of the business and affairs of the company. The liability for damages by the harmful activity itself should also be distinguished from the reimbursement or payment of costs under the liability to take certain steps such as cleaning up, remediation, prevention and limiting of any environmental damage. Again, it can be a failure by the company before the liquidation or a failure by the liquidator after the liquidation. It is submitted that the liability of the liquidator will probably depend on the degree of skill that the courts believe will reasonably be expected from the liquidator. The answer lies in the liquidator's duty of care. It is possible that, unlike the trend in English law, the courts will not expect the same level of skill or knowledge as expected from company management. The liquidator will not be held liable unless the harm resulting from an act or an omission is unreasonable, even for a liquidator. However, in each case the courts will require appropriate management skills. It is therefore recommended that the liquidator ensures that he or she has adequate 'tools' in place for performing environmental obligations, with duties delegated to appropriate persons.

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

1 Daadwerklike Likwidasië van die Maatskappy

1.1 Inleiding

In die geval van die daadwerklike likwidasië van 'n insolvente maatskappy bestaan gewoonlik twee moontlike risiko's wat vir benadeeldes en likwidateurs probleme kan veroorsaak: Die kommer by die benadeeldes is gewoonlik of hulle enigsins in die likwidasië vergoeding gaan kry vir die skade wat aan hulle berokken is. Derhalwe sal die regsposisie van die benadeelde en sy eis in likwidasië in oënskou geneem word. Daarteenoor is die kommer by likwidateurs gewoonlik in welke mate hulle persoonlik aanspreeklik gehou sal word vir omgewingskade wat berokken is of word terwyl hulle die besigheid van die maatskappy bedryf in die uitvoering van hul plig om die besigheid behoorlik te likwideer.¹ Die aangeleentheid is in werklikheid nog meer kompleks as dit. Dit is nodig om te onderskei tussen skade wat voor die likwidasië ingetree het deur die skadestigtende aktiwiteit self en sulke skade wat tydens likwidasië intree. Hierdie kan weer skade wees wat tydens likwidasië intree óf as gevolg van optrede voor likwidasië óf terwyl die likwidateur die besigheid van die maatskappy bedryf met die oog op die likwidasië en afhandeling van die besigheid en sake van die maatskappy. Die aanspreeklikheid vir die vergoeding van skade deur die skadestigtende aktiwiteit self moet ook onderskei word van die vergoeding of die betaling van kostes op grond van die aanspreeklikheid om sekere stappe te neem soos opruiming, remediëring, voorkoming en beperking van enige omgewingskade. Weer eens kan dit 'n versuim deur die maatskappy wees vóór die likwidasië of 'n versuim deur die likwidateur ná die likwidasië. Gevolglik sal die verpligting en aanspreeklikheid van die likwidateur in die bestuur van die maatskappy beoordeel word, in 'n poging om 'n riglyn vir likwidateurs daar te stel.

1.2 Skadevergoeding weens Omgewingsbenadeling

1.2.1 Die Eise

(a) Eise op grond van die benadelende aktiwiteit self

In hierdie geval moet onderskei word tussen eise wat voor die likwidasië ontstaan het en eise wat eers na die likwidasië ontstaan het. Ten opsigte van die eise voor likwidasië word daarop gewys dat die eis van die benadeelde in die geval van omgewingsbenadeling bloot 'n konkurrente eis is.² Dit is dieselfde in die geval van eise vir skade wat ná likwidasië intree, maar die

¹ Dieselfde probleem kom voor waar 'n likwidateur aangestel is en 'n poging word aangewend om die maatskappy se besigheid te red: Die besigheid moet op so 'n wyse bedryf word om te verseker dat aan omgewingswetgewing voldoen word, aangesien 'n versuim die maatskappy of moontlik selfs die likwidateur persoonlik kan blootstel aan aanspreeklikheid, straf- of ander sanksies. Daarbenewens kan omgewingsverpligtinge ongetwyfeld 'n impak hê op die waarde van die eiendom of perseel wat deur die maatskappy gehou word.

² Tensy die regsposisie deur spesifieke wetgewing gewysig of vasgestel word.

gevolg is van benadelende optrede deur die maatskappy vóór likwidasië. Dit is so omdat die eis vir omgewingsbenadeling ontstaan wanneer die benadelende optrede plaasvind en nie wanneer die skade manifesteer nie. Nié die Insolvensiewet³ óf die Maatskappywet⁴ verleen enige preferensie met betrekking tot so 'n eis nie. Die kans van volle of voldoende betaling van die benadeelde se skade is uiters gering. Daar bestaan meer as dikwels ook die moontlikheid dat die skuldeiser aanspreeklik kan wees vir kontribusie.⁵ Hierdie moontlikheid word groter waar 'n mens te doen het met enorme industrieë of besighede waar, behalwe vir die aanspreeklikheid op grond van omgewingskade, aansienlike eise teen die insolvente boedel gewoonlik die reël is. Die benadeelde is merendeels sonder verhaal.

Sou die eis vir skadevergoeding op grond van die benadelende aktiwiteit self ná die likwidasië ontstaan, is dit my mening dat die benadeelde wel 'n eis teen die insolvente maatskappy sal kan instel en verskil die posisie geensins van die regsposisie soos in die eerste paragraaf uiteengesit nie. Dit is so omdat die likwidateur van 'n insolvente maatskappy kragtens a 386(4)(f) van die Maatskappywet 1973 uitdruklik die bevoegdheid verkry om die besigheid van die maatskappy voort te sit as dit noodsaaklik is vir die voordelige likwidasië daarvan.⁶ Uit die aard van die saak sal skadevergoeding op grond van omgewingsbenadeling in hierdie situasie nie deel van die likwidasiëkoste uitmaak nie. Dit is nie kostes aangegaan vir die bedryf van die besigheid nie. Die skrywer is verder van mening dat nié die bepalings van die Insolvensiewet óf die bepalings van die Maatskappywet 1973 die likwidateur persoonlik aanspreeklik stel vir sodanige skade nie, tensy die skade die gevolg is van 'n verbreking van sy plig as likwidateur van 'n insolvente maatskappy.⁷

Indien die benadelende aktiwiteit ná die likwidasië plaasvind, maar die skade eers jare na die ontbinding van die gelikwideerde maatskappy intree ('long-tail' skade), het die benadeelde nie werklik 'n realistiese kans om enige vergoeding te ontvang nie, tensy die bepalings ten opsigte van die aanspreeklikheid van die direkteure van die maatskappy en ander persone toepassing vind.⁸ Daar is ook 'n kans dat 'n benadeelde kragtens a 420 van die Maatskappywet 1973 aansoek kan doen vir die nietigverklaring van die ontbinding van die maatskappy, maar dit word betwyfel dat so 'n stap na 'n

³ 24 van 1936, hierna die 'Insolvensiewet'.

⁴ 61 van 1973, hierna die 'Maatskappywet 1973'. Tov die likwidasië van insolvente maatskappye is Hoofstuk XIV van hierdie wet steeds van toepassing. Sien Sked 5 par 9 van die Wet op Maatskappye 71 van 2008, hierna die 'Maatskappywet 2008'.

⁵ In die geval waar die vrye oorskot van die boedel nie voldoende is om die sekwestrasiekoste te delg nie.

⁶ 'n Likwidateur se bevoegdheid om met die maatskappy se besigheid voort te gaan, sluit bv die bevoegdheid in om ander in diens te neem om die besigheid namens hom te bedryf en om alle dag-tot-dag uitgawes wat die dryf van die besigheid inhou, aan te gaan. Die likwidateur mag ook die maatskappy met addisionele verpligtinge belas in die uitvoering van hierdie plig. Kyk PAM Magid ea *Meskin's Insolvency Law and its Operation in Winding-up* (Byhouersdiens) in par 5.27 (hierna 'Magid *Insolvency Law*').

⁷ Sien die volledige uiteensetting van hierdie plig in par 3 hieronder.

⁸ Sien aa 423 en 424 van die Maatskappywet 1973.

aantal jare suksesvol sal wees en dat bates of geld gekry sal word om die skade te vergoed.⁹

(b) Eise op grond van die aanspreeklikheid vir opruiming, remediëring, voorkoming en beperking van enige omgewingskade

Sou die insolvente maatskappy nie voor likwidasië die vereiste optredes van opruiming, herstel, voorkoming, ensovoorts, uitgevoer het nie en die 'benadeling'¹⁰ dus voor die likwidasië gemanifesteer het, moet 'n mens die optrede van die staat of relevante omgewingsdepartement ondersoek. As die staat of die relevante departement die vereiste stappe reeds self geneem het (byvoorbeeld, die perseel skoongemaak het) en eis vir die koste, sal dit beslis 'n konkurrente eis teen die insolvente maatskappy kan instel. Dit is 'n toelaatbare eis selfs al is die spesifieke bedrag van die eis nie ten tye van die likwidasië-aansoek bekend nie, maar die bestaan van die eis is bekend (byvoorbeeld, waar die skuldenaar kennis ontvang het dat dit verantwoordelik is vir die betaling van die opruimingskoste). As die aksie van die staat of departement in die vorm van 'n verwyderingskennisgewing is wat die maatskappy beveel om die perseel op te ruim en die staat of departement self nog geen stappe geneem het nie, is dit nog geen geldeis teen die insolvente maatskappy nie. Dit is bloot 'n dwangbevel om onafwendbare gevaar van gesondheid of die benadeling van die omgewing te stop. Dit neem natuurlik nie die moontlikheid weg dat 'n dwangbevel-verligting geredelik in 'n skade-of geldeis omgesit kan word nie. So byvoorbeeld kan die koste van opruiming 'n bevel vir die opruiming self vervang, terwyl 'n bevel om 'n sekere tipe aktiwiteit te staak, nie geredelik na 'n skade-eis omgesit kan word nie.

Ten opsigte van die situasie ná likwidasië is dit so dat 'n maatskappy se insolvensie¹¹ in beginsel geen effek op enige van die reëls ten opsigte van boetes, dwangbevele, opruiming, beperking, remediëring, ensovoorts, het nie en word die likwidateur nie van enige verpligting deur enige omgewingswet vrygestel nie. Nié die Insolvensiewet óf die Maatskappywet 1973 bepaal dat so 'n verpligting weggaan nie. Solank dit nie 'n eis vir geld is nie, word die verpligtinge nie opgeskort nie. Die posisie word egter bemoelik deur die feit dat die meerderheid van hierdie soort verpligtinge (byvoorbeeld om omgewingsbenadeling wat selfs voor likwidasië plaasgevind het te remedieer of op te ruim) net kan plaasvind en aan voldoen kan word deur geld te spandeer. Dit is inderwaarheid geldbevele. Daarom is die submissie dat 'n eis teen die gelikwideerde maatskappy vir die (koste van die) remediëring, voorkoming, beperking, ensovoorts van enige skade aan die omgewing wat die eiendom van die maatskappy affekteer ('n verpligting wat nou op die likwidateur rus tot en met die likwidasiëproses ten opsigte van die betrokke

⁹ Die feit dat die boeke en rekords van die maatskappy na 5 jaar vanaf ontbinding nie meer beskikbaar hoef te wees nie (a 422 van die Maatskappywet 1973), verswak die posisie van 'n moontlike skuldeiser.

¹⁰ Die benadeling is die kostes wat deur 'n ander aangegaan is om daardie stappe te neem.

¹¹ Of die insolvensie van 'n skuldenaar of 'n beslote korporasie.

eiendom afgehandel is) verseker moet wees deur 'n las op sodanige eiendom en op enige ander onroerende eiendom van die insolvente maatskappy wat verband hou met enige aktiwiteit wat die skade aan die omgewing veroorsaak het.¹² Die belasting van die eiendom moet voorkeur geniet bo enige versekerde eis teen die eiendom en in dieselfde kategorie val as die eise en die koste vermeld in a 89(1), (4) en (5) van die Insolvensiewet.¹³ Dit is die geval tensy skade veroorsaak is of vergroot het omdat die likwidateur nie sy sorgsaamheidsplig ten opsigte van die administrasie van die insolvente maatskappy nagekom het nie, in welke geval die eis in daardie mate teen die likwidateur persoonlik ingestel moet kan word.¹⁴

Vervolgens aan die orde is 'n bespreking van die regsposisie indien die gemelde verpligting(e) van opruiming, remediëring, voorkoming, beperking, ensovoorts finansiële nie haalbaar is nie.

1.2.2 Die Betrokke Eiendom¹⁵

Reeds in 'n vorige bydrae¹⁶ is aangevoer dat omdat situasies kan ontstaan waar daar so 'n swaar las (om enige skade aan die omgewing te herstel, te

¹² Die publiek (deur remediërings-, voorkomings- of beperkingsoptrede van die staat, of te wel die verantwoordelike departement omdat die insolvent nie in staat is om dit te doen nie) moet nie belas word met die genoemde koste terwyl die ander versekerde en voorkeurskuldeisers moontlik suksesvol betaal kan word nie. Kritiek teen so 'n standpunt is dat die nakoming van opruimings-, remediërende, voorkomende of beperkende optrede enige eis kragtens die siviele reg ignoreer en dit is onbillik. Dit is inderdaad so dat nie die insolvensiereg óf die omgewingsreg 'n regsbasis vir so 'n interpretasie verskaf nie. Dit is ook in stryd met die neiging om preferente eise teen insolvente boedels te verminder sodat daar meer kom van die beginsel van gelyke behandeling van skuldeisers. Ander administratiewe optredes asook privaatregtelike optredes teen 'n insolvent (behoudens spesifieke uitsonderings) word opgeskort – soos bv dat spesifieke nakoming van onuitgevoerde kontrakte nie deur die solvente party geëis kan word nie. Waarom geld dieselfde beginsel nie ook tov hierdie omgewingsregtelike optrede nie? En verander dit enigsins aan die situasie as die staat die optrede (beperking, remediëring, opruiming, ens) self uitvoer en dan 'n eis instel wat bloot 'n konkurrente eis teen die insolvente maatskappy is? Is dit dan billik? Die antwoord teen hierdie kritiek is waarskynlik geleë in die aard van die optrede nl dat dit kan lei tot onverantwoordelike gevare vir die omgewing en dus indirek tot die nadeel van publieke gesondheid en veiligheid. Dit is inderdaad interim veiligheidsmaatreëls in plaas van spesifieke nakomingsaksies.

¹³ Sien L Stander 'The Claim against an Insolvent for Environmental Damage' in: P Omar (red) *International Insolvency Law: Themes and Perspectives* (2008) op 350 ev (hierna 'Stander *Environmental Damage*') vir 'n motivering van hierdie standpunt. Die skrywer voer aan dat hierdie standpunt die banke en ander finansiers wat so maklik kapitaal leen aan persone, besighede en nywerhede wat aktiwiteite uitvoer wat ernstige skade kan berokken of die omgewing nadelig kan raak, sal dwing om 'n streng toepassing van redelike maatreëls om skade aan die omgewing te voorkom, te vereis. Hulle behoort in sulke gevalle groter beheer oor die aktiwiteite en bedrywighede uit te oefen. Sien bv par 3.4 van die artikel deur AL Stander 'Enkele Relevante Aspekte ten opsigte van Risiko's waar Maatskappye Aanspreeklik is vir Omgewingsbenadeling' (2012) 24 *SA Merc LJ* 148 op 162 ev.

¹⁴ Sien die bespreking hiervan in par 3 hieronder.

¹⁵ 'n Standpunt in die Spaanse reg waarvan kennis geneem kan word, is dat in die geval waar die bates in insolvensie verkoop word, verpligtinge om sekere hangende omgewingskade te remedieer en om bv mynpersele te restoureer, aan die koper van die geaffekteerde eiendom oorgedra word. Dié verpligtinge is verpligtinge om op te tree eerder as om te betaal en word hanteer soos enige ander las wat aan die eiendom kleef. Daar is ook geen verpligting op die 'likwidateur' om aan aspirant kopers te openbaar of verslag te doen mbt bestaande of potensieële omgewingsverpligtinge nie. Die veiling van vaste eiendom van 'n insolvente maatskappy wat aan giftige en gevaarlike afval blootgestel is, word deur die koper verkry onderworpe aan al die toekomstige verpligtinge wat vereis word (HR Molnar 'Impact of Environmental Liabilities and Responsibilities on Insolvency Situations: The Spanish Perspective' in: JA Barrett *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* (1998) 9 op 27). Die submissie is dat dieselfde ook in die Suid-Afrikaanse reg sal geld en dat dit ook agterstallige verpligtinge behoort in te sluit.

¹⁶ Sien Stander *Environmental Damage* op cit noot 13 op 350 ev.

beperk, op te ruim, ensovoorts) op die eiendom van die insolvente boedel is dat die likwidateur nie in staat is om die eiendom winsgewend of ekonomies te verkoop nie, die likwidateur in hierdie omstandighede toegelaat moet word om die eiendom te verwerp¹⁷ binne 'n redelike tyd ná sy aanstelling en met die toestemming van die skuldeisers van die boedel. Dit is spesifiek daardie bates wat belas is met verpligtinge wat kostes inhou, geen waarde het nie of moeilik is om te realiseer. Dié beginsel, om die likwidateur toe te laat om die insolvente maatskappy se belang in sekere bates op te gee waar die likwidateur bepaal dat die afstanddoening in die belang van die insolvente maatskappy is, is in ooreenstemming met die doel van maksimalisering van die waarde en die vermindering van die koste van die opbrengs van die insolvente maatskappyboedel. Die uitoefening van daardie bevoegdheid moet verder onderhewig gestel word aan goedkeuring deur die hof.¹⁸ Waar die betrokke bate omgewingsgevaarlik of gevaarlik vir openbare gesondheid en veiligheid is, mag die hof sekere bykomende voorwaardes oplê. Situasies relevant hier sluit in die geval waar die bate op so 'n wyse belas is dat behoud daarvan buitensporige uitgawes vereis wat die opbrengs van die realisering van die bate oorskry; of aanleiding gee tot 'n swaar verpligting of 'n verpligting om geld te betaal; of waar die bate onverkoopbaar is; of nie geredelik deur die likwidateur verkoopbaar is nie. Behalwe dat die skuldeisers toestemming moet verleen, moet hulle 'n geleentheid gegun word om beswaar aan te teken.

Die voorstel is verder dat, onderhewig aan die voorwaardes soos deur die hof bepaal, die likwidateur onmiddellik die Minister van Omgewingsake in kennis moet stel, sodat hy die verantwoordelikheid kan aanvaar. Die effek van die verwerping is dat die eiendom bona vacantia word en as sodanig aan die staat toeval.¹⁹ In hierdie geval sal eise vir herstellkoste of skade na likwidasie nie deel van die sekwestrasiekoste vorm nie.²⁰

Ter motivering van hierdie standpunt word in hierdie paragraaf baie oorsigtelik verwys na die posisie van die likwidateur ten opsigte van die betrokke bates in enkele ander stelsels, waaruit dit duidelik sal blyk dat die afstaan van die eiendom nie 'n vreemde idee in die insolvensiereg is nie.

¹⁷ Of af te staan of te laat vaar of ontken. Soortgelyke bepalings kom baie algemeen voor, oa in Australië, die Verenigde Koninkryk en die Verenigde State.

¹⁸ Sien Stander *Environmental Damage* op cit noot 13 op 352 ev.

¹⁹ Hierdie standpunt is in lyn met die uitgangspunt in NEMA dat die staat die trustee van die omgewing is ten behoeve van die inwoners van die land (M Van der Linde & L Feris *Compendium of South African Environmental Legislation* 2 uitg (2010) op 31 (hierna 'Van der Linde & Feris *Compendium*').

²⁰ Daarom is die goedkeuring van die hof nodig. In die geval van bv 'n lisensie wat aan 'n maatskappy toegeken is en dit weens die bepalings van die magtende wet nie moontlik is om die lisensie as bona vacantia na die staat te laat toeval nie, is dit my mening dat die lisensie bloot sal ophou om te bestaan. Sien bv *Re Mineral Resources Ltd, Environment Agency v Stout* [1999] 1 All ER 746; C Shelbourn 'Waste Management and the Insolvent Company' 2000 *Journal of Planning & Environment Law* (Jan) 134 op 137–9.

Weer eens is die klem op die hantering van omgewingseise en die vraag wat die verantwoordelikheid van die likwidateur in soortgelyke omstandighede is.

1.2.3 Die Posisie in die Verenigde State van Amerika²¹

Indien 'n trustee 'n insolvente maatskappy 'erf' met groot eise weens omgewingsbenadeling, kan die eiendom van die insolvente maatskappy in sekere omstandighede en kragtens a 554 van Title 11 Chapter 5 van die Amerikaanse Bankruptcy Code verwerp word:

- (a) After notice and a hearing, the trustee may abandon any property of the estate that is burdensome to the estate or that is of inconsequential value and benefit to the estate.
- (b) On request of a party in interest and after notice and a hearing, the court may order the trustee to abandon any property of the estate that is burdensome to the estate or that is of inconsequential value and benefit to the estate.
- (c) Unless the court orders otherwise, any property scheduled under section 521(1) of this title not otherwise administered at the time of the closing of a case is abandoned to the debtor and administered for purposes of section 350 of this title.
- (d) Unless the court orders otherwise, property of the estate that is not abandoned under this section and that is not administered in the case remains property of the estate.'

Hierdie artikel gee die trustee die bevoegdheid om bates wat beswarend is, te verwerp of ontken of af te staan, tipies omdat die koste van instandhouding daarvan of omdat die skuld wat daarop betaalbaar is die waarde van die eiendom vir die boedel te bowe gaan.²² Die trustee werk met ander woorde met 'n 'margin of value to the estate'.²³ Die verwerping kan wees ten gunste van enige persoon met 'n besitsbelang in die eiendom wat verwerp word. Subartikel (c) skep die vermoede dat die hof verwerping ten opsigte van eiendom in a 521(1) en wat nie geadmistreer is voor die saak gesluit is nie, ten gunste van die skuldenaar gemagtig het.

Rule 6007 van die Federal Rules of Bankruptcy Procedures²⁴ bevat bepalings oor die kennisgewing van verwerping, die besware en die verhoor. Dit kom kortliks op die volgende neer:

- (a) Tensy andersins deur die hof beveel word, moet die trustee kennis van die voorgenome verwerping (dus voor daadwerklike afstaan of ontkenning of verkoping in die bedryf van die insolvent se besigheid) van die eiendom aan die United States Trustee,²⁵ al die skuldeisers en 'indenture trustees' gee. Binne 15 dae vanaf die pos van die kennisgewing of binne 'n tyd wat deur die hof bepaal word, mag 'n belanghebbende party 'n beswaar liasseer en dien. As die beswaar betyds gemaak word, sal die hof 'n verhoordatum bepaal met

²¹ Sien SL Bufford ea *United States International Insolvency Law 2008-2009* (2009) op 319; JA Barrett 'The US Approach to Resolving the Tension between Environmental Liabilities and Bankruptcy Debt Forgiveness' in: JA Barrett *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* (1998) 135 op 157 (hierna 'Barrett *Environmental Liabilities*'). Daar word na die posisie in die VSA gewys as voorbeeld van 'n stelsel waar vereis word dat 'n hofbevel vir verwerping of ontkenning van eiendom nodig is.

²² Barrett *Environmental Liabilities* op cit noot 21 op 157.

²³ Bufford ea *Insolvency Law* op cit noot 21 op 319 ev.

²⁴ Sien ook idem op 459.

²⁵ Dit is die ekwivalent van die Meesterskantoor.

kennisgewing van die United States Trustee en aan ander entiteite soos die hof mag aandui.

- (b) 'n Belanghebbende persoon kan 'n mosie by die hof liasseer wat die hof versoek om die trustee te beveel om eiendom van die boedel te verwerp.

Bufford meen dat hierdeur baie duidelik gestel word dat alle belanghebbende partye voor die verwerping kennis moet kry. Veral essensieel is kennis aan die skuldeisers. Nietemin wys hy daarop dat die howe in die praktyk die kennisgewing beperk tot die grootste skuldeisers in die betrokke geval.²⁶

Barrett²⁷ wys daarop dat die reg in a 554 potensieel deur gekontameneerde perseleienaars gebruik kan word om aanspreeklikheid vir opruiming- en herstelkoste te ontkom. Om hierdie groot skuiwergat te hanteer, het die Supreme Court beslis dat insolvensiehowe nie die verwerping van beswarende eiendom kan goedkeur in stryd met 'n statuut of regulasie wat ontwerp is om publieke gesondheid en veiligheid teen geïdentifiseerde gevare te beskerm, sonder om voorwaardes te stel wat die gesondheid van die publiek voldoende sal beskerm nie.²⁸ Hierdie standpunt is geïnterpreteer as om verwerping te verbied tensy die omgewingsreg so beswarend is dat dit met die insolvensie sal inmeng;²⁹ of nie redelikerwys ontwerp is om die publiek te beskerm nie; of slegs spekulatief deur verwerping geskend word.³⁰ Ander howe het die verwerping van beswarende eiendom aanvaar waar die bedreiging ten opsigte van die publiek nie so dreigend was nie.³¹

1.2.4 Die Posisie in die Engelse Reg³²

Ingevolge aa 178–182 en aa 315–321 van die Insolvency Act 1986 mag die trustee³³ of likwidateur (afhangende van die geval) sonder toestemming van die hof³⁴ beswarende eiendom ontken ('disclaimer of onerous property'). Sodoende beëindig hy die regte, belange en verpligtinge van die maatskappy in die ontkende eiendom, al het hy dit al in besit geneem, probeer verkoop of enige eienaarsbevoegdhede ten opsigte daarvan uitgeoefen. Die verwerping raak egter nie die regte of verpligtinge van enige ander party nie, behalwe in soverre dit nodig is om die maatskappy van enige verpligting te ontdoen. Die likwidateur³⁵ word onthef van enige persoonlike aanspreeklikheid in verband met daardie eiendom vanaf die oomblik wat sy ampsbevoegdheid begin het. Die belangrike onderskeiding hier – en dus ook belangrik vir die fokus van

²⁶ Bufford ea *Insolvency Law* op cit noot 21 op 460.

²⁷ Barrett *Environmental Liabilities* op cit noot 21 op 157.

²⁸ Sien by *In re FCX Inc* 96 BR 49 (Bankr EDNC 1989).

²⁹ Presies wat dit beteken is nie duidelik nie.

³⁰ *In re Anthony Ferrante and Sons Inc* 119 BR 45 (DNJ 1990).

³¹ Barrett *Environmental Liabilities* op cit noot 21 op 157.

³² IF Fletcher *The Law of Insolvency* 4 uitg (2009) op 283–5, 767–8; Shelbourn op cit noot 20 op 207–22.

³³ In die Suid-Afrikaanse insolvensiereg word na hom as die kurator verwys.

³⁴ En dus anders as in die VSA reg.

³⁵ En ook die kurator, maar daar sal voortaan net na die posisie van die likwidateur verwys word.

die ondersoek – is dat sy vrystelling net aanwending vind ten opsigte van aanspreeklikheid wat vanselfsprekend op hom gerus het as gevolg van die feit dat hy in die skoene van die insolvent getree het.³⁶ Dit is belangrik om daarop te let dat hy nie vrygestel word van enige verbandhoudende aanspreeklikhede wat hy opgeloopt het deur sy eie, vrywillige optrede³⁷ sedert die datum van die vestiging nie. Hierdie standpunt verdien instemming.

As beswarende eiendom³⁸ word gesien (a) enige nie-winsgewende kontrak; (b) enige eiendom van die maatskappy wat nie verkoopbaar of maklik verkoopbaar is nie óf waar dit nodig gaan wees om geld uit te gee om dit te verkoop of om enige ander belastende optrede te doen. Eiendom is ook 'beswarend' vir die doeleindes van a 178 of a 315 indien dit onderworpe is aan 'n belastende verpligting of vereiste.

Daar is geen tydsbeperking waarbinne die likwidateur die verwerping moet doen nie, maar enige persoon kan die likwidateur skriftelik aansê om sy keuse vir verwerping of nie, uit te oefen en so 'n einde te maak aan die onsekerheid. Daardie persoon kan wel dan die likwidateur se keuse deur die hof laat hersien, maar die hof sal nie sonder meer die likwidateur se diskresie met sy eie diskresie vervang nie, tensy die hof 'n aanduiding kry dat die likwidateur buite die bevoegdheid, soos vasgestel deur die oogmerk en doel van hierdie bepalings, beweeg. Dus, tensy iemand beweer dat daar 'n gebrek aan bona fides was of dat die likwidateur se keuse om die bates te ontken mala fide was, sal die hof nie met die likwidateur se besluit inmeng nie. Fletcher wys daarop dat die doel met hierdie bepalings is om die likwidateur in staat te stel om die administrasie van die insolvente boedel en sake af te handel en sy lêers toe te maak, deur 'n lyn te trek deur enige voortdurende verpligting wat die effek het om die beskikbare fondse in die boedel nog verder te erodeer. Hierdie verreikende diskresionêre bevoegdheid wat aan die likwidateur gegee is, mag nie misbruik of geëksploiteer word byvoorbeeld om 'n meevaller vir die insolvente boedel te bewerkstellig nie.³⁹

Waar dit oor grond gaan⁴⁰ kan enige ander persoon wat een of ander reg op of belang in die grond het, by die hof aansoek doen dat die eiendom in hom of haar vestig. Waar niemand so 'n aansoek rig nie en die grond van regsweë terugval na die oorspronklike eienaar (waar toepaslik), is daardie persoon nie aanspreeklik vir enige bedrae wat verskuldig is ten opsigte van die grond vir die tyd voor hy besit of okkupasie of beheer geneem het nie.⁴¹ Enige persoon wat verlies of skade ly as gevolg van die likwidateur se verwerping van beswarende eiendom, word 'n skuldeiser van die insolvente boedel en mag 'n eis tot daardie bedrag teen die boedel bewys.⁴²

³⁶ Hy het die titel tot die eiendom van die insolvente maatskappy verkry.

³⁷ Maw waar hy 'n definitiewe keuse gemaak het of besluit geneem het om op 'n sekere manier op te tree.

³⁸ Sien Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 284, 768–9; Shelbourn op cit noot 20 op 221.

³⁹ Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 285, 767, 771.

⁴⁰ Sien aa 317–319 van die Insolvency Act 1986.

⁴¹ Artikel 181 en a 319. Sien ook Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 286–7.

⁴² Artikel 178(6); a 315(5); Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 288, 772.

Relevant as voorbeeld in hierdie geval is die saak van *Re Mineral Resources Ltd, Environment Agency v Stout*.⁴³ In hierdie saak moes die hof van appèl beslis of 'n afvalbestuurslisensie soos bedoel in a 35 van die Environmental Protection Act 1990 binne die definisie van 'property' val vir doeleindes van die Insolvency Act 1986. Die hof het beslis dat dit wel 'property' was. Vervolgens moes die hof die vraag beantwoord of dit kragtens a 178 deur die likwidateur as beswarende eiendom verwerp of ontken kon word. Insiggewend is die slotsom van die hof van appèl dat ongeag die oënskynlike konflik tussen die twee statutêre regimes wat ingevolge die genoemde twee wette vasgestel is, die openbare beleid-vereiste ingevolge die Insolvency Act (naamlik dat die likwidateur bevoeg was om beswarende eiendom te verwerp of ontken ter beskerming van die skuldeisers) selfs nie deur 'n latere wet uitgesluit kon word nie, behalwe deur middel van duidelike en uitdruklike woorde tot daardie effek.⁴⁴ Hierdie standpunt kan inderdaad daartoe lei dat 'n maatskappy in vrywillige likwidasie gaan eenvoudig as 'n manier om regulerende verpligtinge te vermy. In *Re Wilmott Trading Ltd (in liquidation) (Nos 1 and 2)*⁴⁵ het regter Neuberger egter beslis dat daar 'n baie sterk argument is, gebaseer op openbare beleid, vir die konklusie dat solank as wat die maatskappy bates het wat dit in staat sal stel om aan die verpligtinge uit hoofde van die lisensie te voldoen, die maatskappy nie in staat behoort te wees om van die verpligtinge bevry te word deur in vrywillige likwidasie te gaan en 'n likwidateur te kry wat die lisensie verwerp of afstaan nie. Dit impliseer dat die openbare beleid ten gunste van die beskerming van die omgewing voorkeur moet kry bo die beskerming van die maatskappy se skuldeisers. Die reg van 'n solvente maatskappy wat in finansiële moeilikheid is om in vrywillige likwidasie te gaan *alleen* as 'n wyse om sy verpligtinge te vermy, word dus ontken.

Die eise op grond van die insolvente maatskappy se omgewingsbenadeling is nie verseker nie.⁴⁶ Artikels 156 en 324(1) bepaal dat die kurator of likwidateur enige uitgawe wat aangegaan is of uitbetaling wat in die bedryf van die besigheid van die insolvent gemaak is, uit die boedel moet betaal en dit lê tweede in rangorde by sekwestrasie of likwidasie- en administrasiekoste. Dit moet vóór konkurrente skulde en vóór ander preferente skulde uitbetaal word.⁴⁷

⁴³ Supra noot 20.

⁴⁴ Sien ook Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 769. In *Re Mineral Resources Ltd, Environment Agency v Stout* supra noot 20 was die hof obiter van mening dat die beskerming van die skuldeisers voorkeur moet kry bo die beskerming van die omgewing. Die regter in hierdie saak het verder ontken dat die verwerping van beswarende eiendom in stryd met die vervuiler betaal-beginsel is want volgens hom kan die beginsel nie toegepas word in gevalle waar die vervuiler nie kan betaal nie. ⁴⁵ [1999] 2 BCLC 541.

⁴⁶ Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 333 ev, 773 ev.

⁴⁷ Sien ook *Re Nolton Business Centres Ltd* [1996] BCC 500; Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 340, 773, 777.

1.3 Samevattend

Die regsposisie tans in Suid-Afrika is dat daar in die insolvensiereg geen bepalinge bestaan wat voorsiening maak vir die verwerping van beswarende bates ('abandonment of burdensome assets') nie. Die dilemma is dat die likwidateur met hierdie bates sit en as gevolg van die kostes daaraan verbonde kan hy nie die plig ten opsigte van opruiming, remediëring, beperking en voorkoming nakom nie. Daar is tans ook geen statutêre beperking op die omgewingsaanspreeklikheid van 'n likwidateur nie. Soos reeds gemeld het 'n maatskappy se insolvensie in beginsel geen effek op enige van die reëls ten opsigte van boetes, dwangbevele en opruiming⁴⁸ of word die likwidateur in die bedryf van die insolvente maatskappy se besigheid nie van enige plig deur enige omgewingswet vrygestel nie. 'n Likwidateur kan dus geraak word deur wetlike bepalinge wat ontwerp is om aanspreeklikheid toe te dig aan diegene wat die bestuur van besighede waarneem. Omdat likwidateurs in sekere omstandighede die dag-tot-dag bestuur van 'n insolvente maatskappy oorneem, is hulle uit hoofde van hierdie bepalinge veral onder groot risiko.⁴⁹ Aan die een kant sit onskuldige derdes sonder verhaal en aan die ander kant is die maatskappy insolvent. Daarom word die volgende aangevoer: Ten opsigte van eise vir omgewingsbenadeling deur die betrokke aktiwiteit self (a) voor likwidasië van die maatskappy waar die skade (1) reeds voor likwidasië sowel as waar die skade (2) na die likwidasië ingetree het, en ook ten opsigte van sulke eise (b) na die likwidasië van die maatskappy waar die skade na die likwidasië intree, het die benadeelde 'n konkurrente eis teen die insolvente maatskappy. In die geval van 'long-tail' skade waar die maatskappy nie meer bestaan nie, wil dit voorkom dat die kans uiters skraal is dat enigiets verhaal sal kan word, tensy daar 'n moontlikheid bestaan om voormalige direkteure en/of ander persone aanspreeklik te hou. Ten opsigte van eise vir die nakoming van sekere verpligtinge of vir die kostes daaraan verbonde, moet weer eens onderskei word tussen die tydperk voor likwidasië en die tydperk na die likwidasië. Eerstens is 'n aanmaning om die verpligtinge na te kom nog nie 'n geldeis nie, maar dit is 'n feit dat nié die Insolvensiewet óf die Maatskappywet 1973 bepaal dat so 'n verpligting weggaan nie. Solank dit nie 'n eis vir geld is nie, word die verpligtinge nie opgeskort nie. Die likwidateur sal daardie verpligtinge na likwidasië moet nakom. Kostes wat voor die likwidasië deur die skuldeiser of die staat of die verantwoordelike departement aangegaan is, is 'n konkurrente eis teen die insolvente maatskappy. Kostes wat na die likwidasië deur die likwidateur of 'n skuldeiser aangegaan is, behoort voorkeur te geniet deur 'n las op sodanige eiendom en op enige ander onroerende eiendom van die insolvente

⁴⁸ Dit beteken egter nie dat die likwidateur persoonlik vir daardie kostes, boetes, ens aanspreeklik is nie. Dieselfde is die posisie in die Amerikaanse reg. Sien Bufford ea *Insolvency Law* op cit noot 21 op 212 ev waar gemeld word dat kragtens a 322(c) van die Bankruptcy Code, Chapter 3 is 'n 'trustee in insolvency' nie persoonlik óf op sy sekuriteitstelling aanspreeklik vir enige boete of verbeuring wat deur die insolvente skuldenaar aangegaan is nie.

⁴⁹ Sien Stander *Environmental Damage* op cit noot 13 op 351.

maatskappy wat verband hou met enige aktiwiteit wat die skade aan die omgewing veroorsaak het. Die belasting van die eiendom moet voorkeur geniet bo enige versekerde eis teen die eiendom en in dieselfde kategorie val as die eise en die koste vermeld in a 89 (1), (4) en (5) van die Insolvensiewet. As daar egter so 'n swaar las (om enige skade aan die omgewing op te ruim, te herstel, beperk of te voorkom) op die eiendom van die insolvente boedel is dat die likwidateur nie in staat is om die eiendom winsgewend of ekonomies te verkoop nie, moet die likwidateur in hierdie omstandighede toegelaat word om die eiendom af te staan of te verwerp binne 'n redelike tyd ná sy aanstelling en met die toestemming van die meerderheid skuldeisers van die boedel (myns insiens volgens waarde en getal) sowel as die hof. Onderhewig aan die voorwaardes soos deur die hof bepaal (waar die publiek se veiligheid en gesondheid in gedrang is), moet die likwidateur onmiddellik die Minister van Omgewingsake in kennis stel, sodat laasgenoemde die verantwoordelikheid kan aanvaar. Kennisgewing van verwerping behoort ook aan die Meester gegee te word. Die effek van die verwerping of ontkenning of afstaan is dat die eiendom bona vacantia word en as sodanig aan die staat toeval, tensy dit andersins suksesvol opgeëis word. Eise vir herstelkoste of skade sal dus nie deel vorm van die sekwestrasiekoste nie. Enige persoon wat verlies of skade ly as gevolg van die likwidateur se verwerping van beswarende eiendom, word 'n gewone skuldeiser van die insolvente boedel en mag 'n eis tot daardie bedrag teen die boedel bewys. Boetes teen die maatskappy in likwidasië is onversekerde verpligtinge, en staan gelyk met ander gewone eise in 'n insolvensie.

Dit word erken dat hierdie afwenteling van aanspreeklikheid 'n anomalie skep ten opsigte van die vervuiler betaal-beginsel en inderdaad spreek teen aanvaarding van die standpunt dat die vervuiler betaal-beginsel regtens 'n bindende beginsel is. Die submissie is dat hierdie 'afwyking' van die genoemde beginsel 'n uitsondering is (juis omdat die vervuiler nie in staat is om te betaal nie), gebaseer op openbare belang en gemotiveer deur ernstige pogings om omgewingsbenadeling te herstel, beperk en te voorkom en daardeur te verhoed dat onskuldige derdes benadeel word.⁵⁰ Die doelwit van die insolvensiereg om die skuldenaar, waar dit 'n persoon is, weer 'n nuwe blaadjie te laat omslaan sodat hy van vooraf kan begin, is duidelik in stryd met die omgewingsreg se oogmerk dat die vervuiler moet betaal en voorsiening moet maak vir spoedige opruiming van enige omgewingsgevaar. Hierdie konflik word gekompliseer deur die vrees dat vervuilers, waar 'n maatskappy betrokke is, likwidasiëbeskerming sal soek as 'n metode om beswarende verpligtinge wat deur wetgewing opgelê word te ontsnap. Dit is my mening dat hierdie probleem oorkom behoort te word indien die hof 'n aansoek vir verwerping met groot omsigtigheid en met 'n vergrootglas ondersoek voordat die nodige toestemming verleen word, en onderhewig aan

⁵⁰ Ander sien hierdie benadering weer as een waar die skuldeisers se belang voorkeur verkry bo beskerming van die omgewing. Sien Shelbourn op cit noot 20 op 139.

die hof se plig om voorwaardes te stel waar die publiek se veiligheid en gesondheid in gedrang is.

Die volgende vraag is wanneer die likwidateur persónlik aanspreeklik gestel kan word vir omgewingsbenadeling omdat hy versuim het om sy plig as likwidateur na behore na te kom.⁵¹ Dit noop 'n ondersoek na die inhoud en omvang van hierdie plig wat op die likwidateur rus.⁵²

2 Die Likwidateur se Aanspreeklikheid ten opsigte van Omgewingsbenadeling

Weer eens gaan vlugtig na die regsposisie van die likwidateur in enkele ander jurisdiksies verwys word.

2.1 Engeland⁵³

Fletcher⁵⁴ wys daarop dat die status van die likwidateur uniek in verskeie opsigte is: Die likwidateur vervang die direkteure en daarom lyk sy posisie baie soos hulle s'n, maar die graad van vaardigheid en sorg wat hy moet openbaar en die aard van die oorheersende plig waaraan hy onderworpe is, is op 'n hoër vlak. Die howe het al die taal en uitdrukkings van die trustreg gebruik om die aard van die rol wat die likwidateur in loop van 'n likwidasie vertolk, te beskryf. Regter James het in *Re Oriental Inland Steam Co*⁵⁵ opgemerk dat die bates van 'n maatskappy in likwidasie deur 'n wet van die parlement geplaas word in 'n trust vir die gelyke verdeling onder die skuldeisers. As sodanig is hy 'n agent van die maatskappy waaroor hy aangestel is.⁵⁶

⁵¹ In *Kerbels Flooring and Carpeting (Pty) Ltd v Shrosbree and Another* 1994 (1) SA 655 (SOK) op 657–8 verduidelik die hof dat likwidateurs persoonlike besluite neem. Hulle het nie in hul hoedanigheid as die likwidateurs 'n geestelike besluitnemingsproses afsonderlik van hul persoonlike hoedanigheid as individue nie. In die neem van sulke besluite behoort hulle regtens nie in 'n meer gunstige posisie as ander individue te wees nie. Om te vereis dat hulle net aanspreeklik is indien hulle bedrieglik of mala fide of roekeloos of met growwe nalatigheid opgetree het, sal hulle in 'n baie meer gunstige posisie as hul medemens plaas. Per slot van rekening is hulle nie verplig om fidusiêre posisies te aanvaar nie en hulle word goed daarvoor betaal. Hulle kan ook teen publieke aanspreeklikheid verseker. Die hof was van mening dat (of 'n likwidateur dieselfde posisie as die direksie beklee en of hy 'n trustee vir die skuldeisers is, of albei) geen bron voorstel dat daar nie persoonlike verantwoordelikheid vir sy dade uhv die normale kriteria vir Aquiliese aanspreeklikheid is nie.

⁵² Volgens I Wittrup 'Environmental Law Issues in Bankruptcy: The Danish position' in: JA Barrett *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* (1998) 1 op 8 word volgens die Deense reg bloot gevra of die likwidateur nalatig was. Van hom word verwag om die normale veiligheidsvoorsorgmaatreëls te neem wat van die bestuur van die maatskappy vereis word.

⁵³ Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 736 ev. Daar word na die Engelse reg verwys vanweë Suid-Afrika se geskiedkundige bande met hierdie jurisdiksie wat 'n betekenisvolle rol in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse handelsreg en ook die insolvensiereg gespeel het.

⁵⁴ Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 736.

⁵⁵ (1874) LR 9 Ch App 557 op 559. Dit is bevestig in *Ayerst (Inspector of Taxes) v C&K (Construction) Ltd* [1976] AC 167 (HL).

⁵⁶ Volgens Magid *Insolvency Law* op cit noot 6 par 4.54 is die likwidateur in die Suid-Afrikaanse insolvensie- en maatskappyereg nie bloot die verteenwoordiger of agent van die maatskappy nie, maar ook 'n orgaan van die insolvente maatskappy. E Bertelsman ea *Mars: The Law of Insolvency in South Africa* 9 uitg (2009) op 293 wys daarop dat die funksie van die kurator in sekere opsigte aan dié van 'n agent gelykgestel kan word, maar tog ook in 'n groot mate daarvan verskil.

Die likwidateur is egter nie 'n trustee in die volle en letterlike sin van die woord nie. Netsoos in die Suid-Afrikaanse reg⁵⁷ vestig die regstittel van die maatskappy se bates nie in die likwidateur nie.⁵⁸ Die maatskappy self behou die regstittel ten opsigte van sy bates totdat dit afgestaan word en die opbrengs volgens die insolvensieregsreëls verdeel word. Nietemin is dit so dat die 'beneficial title' ten opsigte van die bates van die maatskappy in likwidasië op die skuldeisers oorgaan en dat die maatskappy se sake geadministreer word deur die likwidateur vóór voordeel van die skuldeisers in ooreenstemming met die Insolvency Act 1986. Die likwidateur, wat 'n fidusiêre posisie beklee, is 'n verteenwoordiger van die maatskappy⁵⁹ wat in diens geneem word teen vergoeding om 'n statutêre taak uit te voer met redelike en professionele vaardigheid. Hy moet eerlik en onpartydig optree, die belange van die algemene liggaam van skuldeisers dien, maar die terugvallende belang (indien enige) van die kontribuante ook in gedagte hou.⁶⁰

By verpligte likwidasië word die likwidateur op grond van sy aanstelling as 'n amptenaar van die hof geag.⁶¹ In hierdie opsig is die posisie analoog aan dié van 'n kurator⁶² en is hy gevolglik onderworpe aan 'n spesiale plig om billik en regverdig op te tree en op 'n voorbeeldige wyse in alle aspekte in die uitvoering van sy plig.⁶³ Hy is gebonde aan die reël in *Ex parte James*⁶⁴ wat stel dat hy ten alle tye in goeie geloof teenoor alle partye moet optree, streng in ooreenstemming met die doel van die likwidasië, met algehele onpartydigheid en die afwesigheid van enige belangekonflik wat hom persoonlik raak.⁶⁵ Fletcher stel dit duidelik dat 'n likwidateur, as amptenaar van die hof, op 'n voorbeeldige wyse behoort op te tree 'by forbearing to insist upon his legal entitlement to retain money or property which, morally, ought to be made over to some other person'.⁶⁶ Fletcher bepleit die evolusie van hierdie teorie op alle vlakke van die insolvensiereg – 'n formele hergieting van die pligte van 'n amptenaar soos 'n likwidateur of kurator, in elke vertakking van die

⁵⁷ *Secretary for Customs & Excise v Millman NO 1975 (3) SA 544 (A) 552*; Magid *Insolvency Law* op cit noot 6 par 4.54.

⁵⁸ Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 736; P Ellington & M Steiner 'Environmental Issues in Insolvency under English Law' in: JA Barrett (red) *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* (1998) 93 op 109 (hierna 'Ellington & Steiner *Environmental Issues*').

⁵⁹ Ellington & Steiner *Environmental Issues* op cit noot 58 op 109.

⁶⁰ Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 737.

⁶¹ Volgens Magid *Insolvency Law* op cit noot 6 in par 4.54 word die likwidateur in die Suid-Afrikaanse insolvensie- en maatskappyereg nie so geklassifiseer nie. Die likwidateur is 'n beampte van die maatskappy. Sien ook Bertelsman ea *Law of Insolvency* op cit noot 56 op 293n2.

⁶² Dit is nie die geval volgens die Suid-Afrikaanse insolvensie- en maatskappyereg nie. Sien Magid *Insolvency Law* op cit noot 6 in par 4.20. In die Suid-Afrikaanse insolvensiereg is die kurator nie 'n beampte van die hof nie. Sien Bertelsman ea *Law of Insolvency* op cit noot 56 op 293.

⁶³ Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 737.

⁶⁴ (1874) 9 Ch App 609 (CA).

⁶⁵ Die likwidateur het 'n sorgsaamheidsplig ('duty of care') teenoor al die skuldeisers en die aandeelhouders (G McCormack 'Control and Corporate Rescue – An Anglo-American Evaluation' (2007) 56 *International & Comparative Law Quarterly* 519).

⁶⁶ Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 248. Volgens hom is hierdie reël in werklikheid gebaseer op beginsels van natuurlike geregtigheid eerder as op beginsels van 'equity' in sy formele, tegniese sin. Dit dien as 'n remedie om 'n ongeregverdigde verryking van die insolvent se boedel tot niet te maak.

insolvensieprosedure sodat die beginsels van billike, objektiewe en onpartydige afhandeling van die sekwestrasie- of likwidasiëproses 'n integrale deel van die amptenaar se gedragkode gemaak word. Hierdie uitgangspunt verduidelik dan ook waarom die opvatting in die Engelse insolvensiereg is dat die likwidateur se graad van vaardigheid en sorg wat hy moet openbaar en die aard van die oorheersende plig waaraan hy onderworpe is, op 'n hoër vlak moet wees.

Die likwidateur moet beheer oor die maatskappy neem.⁶⁷ Vir sover as wat dit nodig is vir 'n suksesvolle likwidasië van die maatskappy, het die likwidateur die bevoegdheid om met die besigheid van die maatskappy voort te gaan, en by verpligte likwidasië het die likwidateur die toestemming van die hof of die skuldeiserskomitee daarvoor nodig.⁶⁸ Omdat die likwidateur die direkteure vervang, kan hy vervolgens blootgestel word aan kriminele, deliktuele of kontraktuele verpligtinge van die maatskappy, netsoos wat die direkteure blootgestel mag wees.⁶⁹

Ten opsigte van die wyse waarop die likwidateur sy verpligtinge – en dus ook sy verpligtinge in die verdere dryf van die besigheid van die insolvente maatskappy en moontlike aanspreeklikheid vir omgewingskade – nakom, is dit so dat die likwidateur aan die einde van sy termyn vrystelling van aanspreeklikheid vir sy dae en versuime gedurende die administrasie van die insolvente maatskappy en met betrekking tot sy optrede as likwidateur kan verkry.⁷⁰ Die betekenis van hierdie tegniese proses is dat, vanaf die oomblik wat sy vrystelling effek neem, die likwidateur heeltemal vrygestel is van enige aanspreeklikheid, beide wat betref die dae en versuime of late gedurende die likwidasië en andersins met betrekking tot sy optrede as likwidateur.⁷¹ Netsoos in die geval van 'n kurator van 'n insolvente boedel,⁷² bly die

⁶⁷ Idem op 737 ev.

⁶⁸ Artikel 167 van die Insolvency Act 1986, saamgelees met Skedule 4 van die Wet. Mbt die uitoefening van enige van sy magte is die likwidateur onderworpe aan hersiening op aandrang van enige skuldeiser of kontribuant of deur enige verontregte persoon, maar die hof sal in praktyk slegs tussenbeide tree as bewys word dat die likwidateur nie die magte in goeie geloof uitgeoefen het nie of as hy opgetree het op 'n manier waarop geen redelike likwidateur sou opgetree het nie. Sien ook Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 771, 737 ev.

⁶⁹ Ellington & Steiner *Environmental Issues* op cit noot 58 op 109. Ellington en Steiner wys daarop dat die risiko hiervan in die meeste geval klein is omdat die likwidateur in die geval van insolvensie onwaarskynlik verder gaan handeldryf. As daar egter voortdurende oortredings is, is aanspreeklikheid moontlik. Relevant vir die fokus van hierdie ondersoek op omgewingsbenadeling, wys Ellington en Steiner ook daarop dat uhv die Engelse waterregime daar 'n risiko is dat die likwidateur binne die definisie van eienaar kan val.

⁷⁰ Dit word bewerkstellig deur a 174 van die Insolvency Act 1986. Sien ook Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 735.

⁷¹ Artikel 174(6).

⁷² Vrystelling hang af van die omstandighede waaronder sy ampstermyn tot 'n einde gekom het. As die kurator byvoorbeeld deur die skuldeiserskomitee uit sy amp verwyder is of op grond van 'n hofbevel sy amp ontruim het, word die kurator se vrystelling eers effektief wanneer die Secretary of State so bepaal (a 299 van die Insolvency Act 1986; Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 214). Waarskynlik sal die kurator se nalatige en roekelose optredes 'n rol speel in die beoordeling deur die Secretary of State. Waar die ontruiming van die kurator se amp plaasvind met voltooiing van sy administrasie, is die vrystelling van aanspreeklikheid afhanklik daarvan of die skuldeiserskomitee op die finale vergadering teen sy vrystelling besluit. As die komitee so besluit, word sy vrystelling afhanklik van die besluit van die Secretary of State. Ongeag die feit dat die kurator kragtens a 299 van die Insolvency Act 1986 behoorlik vrystelling verkry het, is die reël in die Engelse insolvensiereg dat

summiere remedie kragtens a 212 staan, naamlik dat die likwidateur tot skadevergoeding verplig kan word in die geval van wanadministrasie, selfs al het die vrystelling van sy aanspreeklikheid effektief geword. As daar dus 'n pligsversuim was wat tot omgewingsbenadeling gelei het, is dit wanadministrasie waarvoor die likwidateur steeds aanspreeklik is.

Die Insolvency Act 1986 bied egter nie verdere lig op spesifiek die posisie en verpligting van die likwidateur waar omgewingsbenadeling ter sprake kom of ten opsigte van die likwidateur se kundigheid wat vereis word om behoorlike stappe te neem in verband met die opruiming, herstel, voorkoming, beperking of remediëring van omgewingsbenadeling nie. Samevattend is die reël in die Engelse reg dat die persoon wat in 'n amptelike hoedanigheid in 'n insolvensie optree (soos 'n likwidateur), nie persoonlik aanspreeklik gehou sal word nie solank as wat daardie optrede redelik is vir 'n persoon wat in so 'n hoedanigheid optree.⁷³ Die likwidateur is geregtig om beswarende bates te verwerp⁷⁴ en die effek daarvan is dat, tensy die eiendom andersins suksesvol opgeëis word, dit in die staat ('Crown') vestig. Die benadeelde party(e) kan gevolglik 'n eis as gewone skuldeiser teen die insolvente boedel bewys. Uit hoofde hiervan kan byvoorbeeld besoedelde grond of afvalbeheerslisensies verwerp ('abandon') word.⁷⁵ Derdepartye soos verhuurders, huurders, lisensieerders, ensovoorts, moet ook hul eise as gewone skuldeisers instel. Verwerping is nie terugwerkend vanaf die aanvang van likwidasie nie. Boetes teen 'n maatskappy in likwidasie is onversekerde verpligtinge, gelyk met ander gewone skuldeisers in 'n insolvensie.⁷⁶

2.2 Kanada⁷⁷

Volgens Thompson⁷⁸ (en netsoos in Suid-Afrika) maak die Kanadese Insolvensiewet nie voorsiening vir statutêre immunitet vir die trustee teen aanspreeklikheid teenoor 'n derde vir 'n gewone delik gepleeg in die loop van sy administrasie nie. Die wet sê ook nie uitdruklik dat 'n trustee wel persoonlik aanspreeklik is vir 'n gewone delik teenoor die derde gepleeg tydens sy ampstermyn nie, maar die suggestie is sterk dat so 'n aksie wel beskikbaar sal wees as die eiser sou kon bewys dat die trustee persoonlik en

die (voormalige) kurator kragtens a 304 van die Insolvency Act 1986 steeds onderworpe is aan die bevoegdheid van die hof om 'n bevel uit te reik dat hy restitusie maak, of vergoeding betaal, met betrekking tot gelde of eiendom waarvoor hy verantwoordelik gehou is, of vir verlies wat deur sy wanadministrasie of die verbreking van sy fidusiêre plig teenoor die insolvent en die skuldeisers gedurende die loop van sy administrasie veroorsaak is. Sien verder Fletcher *Law of Insolvency* op cit noot 32 op 214 ev. Dit wil daarom voorkom of hierdie bepaling wyd genoeg is om aanspreeklikheid in die geval van pligsversuim wat tot omgewingsbenadeling lei, in te sluit, solank dit onder wanadministrasie geklassifiseer kan word.

⁷³ Sien Ellington & Steiner *Environmental Issues* op cit noot 58 op 103.

⁷⁴ Sien par 1.2.4 hierbo.

⁷⁵ Tsv beperkinge of oorgawe. Sien Ellington & Steiner *Environmental Issues* op cit noot 58 op 110.

⁷⁶ Sien idem op 110.

⁷⁷ Daar word na die Kanadese reg verwys vanweë die ontwikkeling wat in daardie jurisdiksie spesifiek op hierdie spesifieke gebied van die reg gemaak is.

⁷⁸ G Thompson 'Environmental Liability in Canada: The Risks for Lenders, Receivers and Trustees' in: P Thomas ea *International Bar Association Series: Environmental Liability* (1990) 113 op 137.

nalatig opgetree het.⁷⁹ Soos in die Engelse reg is die trustee 'n beampte van die hof.⁸⁰ Met sy besit van die insolvent se bates kan nie ingemeng word nie. As die trustee uit hoofde van en op grond van die wet opgetree het, moet verloop van die hof verkry word alvorens 'n aksie teen hom ingestel kan word. Tensy die hof van mening is dat die trustee nalatig was met betrekking tot sy eie optrede, is die trustee nie persoonlik aanspreeklik vir enige verlies wat uit so 'n optrede voortspruit, of die koste van enige prosedure om 'n eis daarop vas te stel nie. In die Kanadese reg is die toetssteen dus nalatigheid.

Dit is egter so dat, omdat die bates van die insolvent in die trustee vestig, die trustee persoonlik aanspreeklik kan wees vir die verbreking van 'n plig wat in 'n omgewingswet uiteengesit is.⁸¹ Betreffende omgewingsbenadeling wat deur die insolvent vóór die insolvensie (likwidasië) veroorsaak is, is reeds in *In re Lamford Products Limited*⁸² beslis dat die trustee nie persoonlik aanspreeklik is nie. Ten opsigte van omgewingskade en in skerp kontras met die Suid-Afrikaanse posisie, bevat die Bankruptcy and Insolvency Act van Kanada, inter alia, die volgende bepalings in a 14.06 vir die beskerming van die trustee⁸³ teen onbepaalde omgewingsaanspreeklikheid:

'(2) Notwithstanding anything in any federal or provincial law, a trustee is not personally liable in that position for any environmental condition that arose or environmental damage that occurred

(a) before the trustee's appointment; or

(b) after the trustee's appointment unless it is established that the condition arose or the damage occurred as a result of the trustee's *gross negligence or wilful misconduct* (beklemtoning aangebring).

Gewone nalatigheid is nou nie meer voldoende om aanspreeklikheid daar te stel nie, wat beteken dat die standaard (vir na-aanstelling aanspreeklikheid in die geval van omgewingsbenadeling) verslap is van due diligence na growwe nalatigheid of opsetlike wanoptrede. Besant en Shea⁸⁴ verwelkom hierdie verslapping. Volgens hulle sal dit positief werk teen die gedurige soeke om iemand vir omgewingsbenadeling aanspreeklik te stel en verhoed dat werklik onskuldige partye aanspreeklik gestel word vir probleme wat hulle nie veroorsaak het nie.

'(4) Notwithstanding anything in any federal or provincial law but subject to subsection (2), where an order is made which has the effect of requiring a trustee to remedy any environmental condition or environmental damage affecting property involved in a bankruptcy, proposal or receivership, the trustee is not personally liable for failure to comply with the order, and is not personally liable for any costs that are or would be incurred by any person in carrying out the terms of the order,

(a) if, within such time as is specified in the order, within ten days after the order is made if no time is so specified, within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, or during the period of the stay referred to in

⁷⁹ Thompson *Environmental Liability* op cit noot 78 op 137.

⁸⁰ Contra die posisie in Suid-Afrika (Bertelsman ea *Law of Insolvency* op cit noot 56 op 293).

⁸¹ Thompson *Environmental Liability* op cit noot 78 op 137. Sien ook par 7.2.3 en 7.2.4. 'n Mate van troos is dat hy beswarende eiendom kan ontken. Sien by CW Besant & P Shea 'Environmental Responsibilities in the Insolvency Context: The Canadian Position' in JA Barrett *Environmental Issues in Insolvency Proceedings* (1998) 29 op 71–2 (hierna 'Besant & Shea *Environmental Responsibilities*').

⁸² (1991) 86 DLR (4th) 534 (BCSC).

⁸³ Die beskerming geld ook vir receivers, interim receivers en court appointed monitors.

⁸⁴ Besant & Shea *Environmental Responsibilities* op cit noot 81 op 59.

- paragraph (b), the trustee (i) complies with the order, or (ii) on notice to the person who issued the order, abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property affected by the condition or damage;
- (b) during the period of a stay of the order granted, on application made within the time specified in the order referred to in paragraph (a), within ten days after the order is made or within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, by (i) the court or body having jurisdiction under the law pursuant to which the order was made to enable the trustee to contest the order, or (ii) the court having jurisdiction in bankruptcy for the purposes of assessing the economic viability of complying with the order; or
- (c) if the trustee had, before the order was made, abandoned or renounced or been divested of any interest in any real property affected by the condition or damage.’

Opsommend verskaf subartikel (4) verdere beskerming in die sin dat wanneer ’n remediëringsbevel nietemin teen ’n trustee toegestaan word, hy bevry word van sy verpligting om aan die bevel te voldoen as hy binne 10 dae optree om (i) die eiendom te verwerp met kennis aan die partye wat die bevel uitreik; (ii) met kennisgewing ’n opskorting van die remediëringsbevel versoek; (iii) steun op die feit dat hy die eiendom verwerp het of van die eiendom ontnem is voor die remediëringsbevel gemaak was. Die tydperk van 10 dae waarin opgetree moet word, is egter baie kort veral gedagtig daaraan dat ’n verslag gewoonlik vereis word voor ’n trustee die bestaan of omvang van ’n omgewingsprobleem ten opsigte van die bates wat hy administreer, kan bepaal. Waarskynlik sal die trustee in die praktyk, die oomblik wanneer hy kennis van enige remediëringsbevel kry, eerder ’n opskorting van die bevel versoek. As die bevel ten tye van sy aanstelling reeds in effek is, sal die trustee waarskynlik weier om besit te neem en ’n opskorting versoek vir ’n ondersoek van die situasie om vas te stel of hy besit behoort te neem of nie.⁸⁵ Wanneer ’n opskorting by die Bankruptcy Court versoek word, moet die hof die ekonomiese lewensvatbaarheid van voldoening aan die remediëringsbevel oorweeg om vas te stel of die opskorting toegestaan moet word of nie. Volgens Besant en Shea⁸⁶ sal hierdie bepaling veroorsaak dat trustees eerder bates sal verwerp as om dit te behou en die risiko te loop dat ’n opskorting nie toegestaan sal word nie.

‘(7) Any claim by Her Majesty in right of Canada or a province against the debtor in a bankruptcy, proposal or receivership for costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property of the debtor is secured by a charge on the real property and on any other real property of the debtor that is contiguous thereto and that is related to the activity that caused the environmental condition or environmental damage, and the charge (a) is enforceable in accordance with the law of the jurisdiction in which the real property is located, in the same way as a mortgage, hypothec or other security on real property; and (b) ranks above any other claim, right or charge against the property, notwithstanding any other provision of this Act or anything in any other federal or provincial law.

(8) Notwithstanding subsection 121(1), a claim against a debtor in a bankruptcy or proposal for the costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property of the debtor shall be a provable claim, whether the condition arose or the damage occurred before or after the date of the filing of the proposal or the date of the bankruptcy.’

⁸⁵ Idem op 60.

⁸⁶ Ibid.

Subartikel (7)⁸⁷ bepaal dat eise vir omgewingsremediëring nie as administrasiekoste in die likwidasië kwalifiseer nie en het as sulks geen spesiale prioriteit nie. Sulke eise is 'n spesiale heffing ('charge') in rangorde voor alle kostes ('charges') op die gekontameneerde eiendom en enige eiendom aangrensend daartoe en wat verband hou met die aktiwiteit wat die skade veroorsaak. Dus, met betrekking tot gekontameneerde eiendom en verbandhoudende en aangrensende eiendom, kom die remediëringskoste voor alle ander eise – nie slegs versekerde skuldeisers nie, maar ook voor die trustee met betrekking tot sy eie kostes en uitgawes, en voor verskeie statutêre prioriteite ingevolgt federale en provinsiale reg.⁸⁸

3 Die Plig van die Likwidateur van 'n Insolvente Maatskappy in die Suid-Afrikaanse Reg

Ook in die Suid-Afrikaanse insolvensiereg geskied likwidasië met bestuur-vervanging.⁸⁹ Die direksie bly in amp maar verloor alle bestuurs-bevoegdhede wat oorgedra word aan 'n likwidateur⁹⁰ wat deur die skuldeisers verkies word.⁹¹ Sy optrede is die optrede van die maatskappy self.⁹² Die likwidateur is onderworpe aan die oorkoepelende plig om sy funksie in die belang van die skuldeisers as 'n geheel uit te oefen. Hy het 'n *fidusiêre plig* teenoor die maatskappy, skuldeisers as geheel en die aandeelhouers as geheel.⁹³ Daar is met ander woorde 'n spesiale verhouding wat op gesamentlike vertrouwe gebaseer is. Dit is moeilik om 'n fidusiër presies te omskryf, maar essensieel beteken dit 'n persoon wat onder 'n verpligting verkeer om namens iemand anders en in laasgenoemde se beste belang op te tree.⁹⁴ Die persepsie in die Suid-Afrikaanse insolvensiereg is dat die likwidateur die 'onwrikbare hekwagter' is. Die likwidateur is nie 'n verteenwoordiger van die maatskappy nie. Sy bevoegdheid word of is nie afgelei vanaf die maatskappy nie. Hy tree op uit hoofde van die magte wat deur die Maatskappywet opgelê word of gesaghebbend gevestig is deur ander

⁸⁷ Sien ook subartikels 1.3 en 6.

⁸⁸ Besant & Shea *Environmental Responsibilities* op cit noot 81 op 71.

⁸⁹ Sien Magid *Insolvency Law* op cit noot 6 in par 4.54; JA Kunst, B Galgut & P Delpont *Henochoberg on the Companies Act* (2011) op 789.

⁹⁰ Sien Magid *Insolvency Law* op cit noot 6 par 4.54; Kunst, Galgut & Delpont *Henochoberg* op cit noot 89 op 789.

⁹¹ Artikel 364 van die Maatskappywet 1973; F Cassim ea *Contemporary Company Law* 2 uitg (2012) 921. Sien McCormack op cit noot 65 op 515–51 vir 'n vergelyking tussen die Amerikaanse en Engelse stelsels by maatskappy insolvensies.

⁹² *AMS Marketing Co (Pty) Ltd v Holzman and Another* 1983 (3) SA 263 (W) op 269; *Barclays Zimbabwe Nominees (Pvt) Ltd v Black* 1990 (4) SA 720 (A) op 726.

⁹³ *Cronje NO and Others v Hillcrest Village (Pty) Ltd and Another* 2009 (6) SA 12 (HHA); Magid *Insolvency Law* op cit noot 6 in par 4.54; Kunst, Galgut & Delpont *Henochoberg* op cit noot 89 op 789. Vir 'n goeie en volledige bespreking van die inhoud van die fidusiêre plig van 'n likwidateur of kurator in die Australiese insolvensiereg, sien PW Young 'Fiduciary Obligations and Trustees in Bankruptcy' (2009) 83 *Australian LJ* 263.

⁹⁴ So het die likwidateur 'n plig teenoor die maatskappy om toe te sien dat sy bates gerealiseer word en sy verpligtinge verminder word tot die beste voordeel van die maatskappy en het die likwidateur 'n plig teenoor die skuldeisers om toe te sien dat hulle die geringste verlies ly en die mees voordelige dividend ontvang.

bronne as die maatskappy.⁹⁵ As die likwidateur byvoorbeeld die bates van die maatskappy verkoop, mag hy nie die belange van die skuldeisers onnodig benadeel nie. Hy moet na die beste van sy vermoë alle werk wat die maatskappy aan die gang het, beëindig, die skulde invorder, die oorblywende bates realiseer en die skuldeisers betaal. As dit nodig is vir doeleindes van likwidasië, kan die likwidateur nuwe verpligtinge aangaan. Al die buitelandse bronne wat vir doeleindes van hierdie navorsing bestudeer is, stem wat betref die plig wat die likwidateur in hierdie verband het, ooreen.⁹⁶ Dit is my mening dat iemand wat 'n fidusiër is twee tipe verpligtinge ten opsigte van die persoon of entiteit vir wie hy optree, verskuldig is, naamlik (1) 'n plig om betroubaar te wees (plig tot lojaliteit) en (2) 'n plig om sorg en vaardigheid te gebruik.

Die likwidateur se *plig tot lojaliteit* teenoor die maatskappy is op professionaliteit⁹⁷ gebaseer en die belang van die maatskappy is die enigste riglyn vir optredes wat deur hom geneem word.⁹⁸ Die verskil tussen die sorgsaamheidsplig en die plig tot lojaliteit is dat eersgenoemde gemeet word aan 'n breë en sake-geïntereerde oordeel-standaard. In teenstelling hiermee word die plig tot lojaliteit onbuigbaar streng gemeet. Dit behels die vermyding van 'n konflik van belange om sodoende die beleggers en aandeelhouers te beskerm. Dit behels onafhanklikheid, onpartydigheid, onbevooroordeeldheid.⁹⁹ Aspekte van hierdie plig is:

- (a) 'n Lojale of ernstige poging – die likwidateur moet werklik betrokke raak en daadwerklik aandag aan die saak te gee ('apply his mind to the matter').
- (b) Geen eie belang – met betrekking tot die spesifieke pligte van die likwidateur en die doel van sy pligte, moet hy nie die besigheid van die maatskappy dryf om vir homself of sy eie maatskappy voordele te bekom nie.¹⁰⁰ Daarom moet hy 'n onafhanklike persoon wees met geen persoonlike belang in die maatskappy nie.¹⁰¹

⁹⁵ Sien by a 386 van die Maatskappywet 1973; Kunst, Galgut & Delpont *Henochsberg* op cit noot 89 op 789.

⁹⁶ Sien weer par 1.2.3, 1.2.4, 2.1 en 2.2 hierbo.

⁹⁷ En nie op kontrak of op besigheidsbeginsels nie.

⁹⁸ Direkte aanspreeklikheid van likwidateurs teenoor skuldeisers en aandeelhouers kom in uitsonderlike gevalle voor. In die praktyk tans is daar 'n verskil tussen die aanspreeklikheid van die bestuurders van 'n maatskappy en die aanspreeklikheid van die likwidateur met 'n definitiewe beperking van aanspreeklikheid aan die kant van die likwidateur. Die uitgangspunt is dat die likwidateur slegs teenoor die maatskappy aanspreeklik is. 'n Interessante ontwikkeling in die EU is 'n neiging onder EU lande om likwidateurs se aanspreeklikheid ekwivalent te maak aan dié van bestuurders. Sien S Grundmann & F Möslin *European Company Law* (2007) op 744–5. Die skrywers bespreek oa die 1987 Draft Proposal for a Directive on the basis of Article 54(3)(g) of the Treaty on Winding-up and Liquidation of Limited Companies, Partnerships limited by shares and Private Limited Companies (as amended) DOC XV/43/87 wat in a 9 die 'liability regime' uiteensit.

⁹⁹ *Standard Bank of South Africa v The Master of the High Court and Others* 2010 (4) SA 405 (HHA) op 432. Sien G Ferrarini ea *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (2004) op 56 vir 'n bespreking van die posisie in die Europese Unie.

¹⁰⁰ Sien ook Ferrarini ea *Takeover Law* op cit noot 100 op 58 en Grundmann & Möslin *Company Law* op cit noot 99 op 234–7 vir die erkenning van die plig tot lojaliteit in die Europese maatskappyereg.

¹⁰¹ Kunst, Galgut & Delpont *Henochsberg* op cit noot 89 op 789.

Die tweede faset van die likwidateur se fidusiêre plig is die sorgsaamheidsplig. Waar die grondslag van die plig tot lojaliteit 'n spesiale verhouding is wat op gesamentlike vertroue en die likwidateur se verantwoordelikheid gegrond is,¹⁰² is die grondslag van die sorgsaamheidsplig die werklike bevoegdheid en regsbevoegdheid om met ander se finansiële belange om te gaan. Verantwoordelikheid en bevoegdheid moet natuurlik in verhouding met mekaar wees en die konneksie tussen hierdie twee aspekte – en gevolglik ook tussen die plig tot lojaliteit en die sorgsaamheidsplig – is ooglopend.

Uit hoofde van die *sorgsaamheidsplig*¹⁰³ mag die likwidateur alles doen wat vir die bestuur van die maatskappy nodig is en dit is sy taak om hiervoor goeie oordeel en wel kommersiële oordeel of sake-oordeel te gebruik.¹⁰⁴ Die Engelse begrip van 'n 'business judgment rule' verduidelik dit mooi en daarvoor behoort die likwidateur die verantwoordelikheid vir alle areas van die besigheid te dra en redelike¹⁰⁵ sorg en vaardigheid in die hantering van sy verantwoordelikheid uit te oefen. Persone wat 'n likwidateur kies, kies hom hoofsaaklik vir sy kundigheid.

Ten opsigte van die aanspreeklikheid van die likwidateur vir omgewingsbenadeling terwyl hy met die besigheid van die insolvente maatskappy voortgaan vir doeleindes van likwidasie, moet die volgende belangrike vrae vervolgens gevra word:

1. Tot watter omvang, indien enige, moet die likwidateur kennis hê van wesenlike feite, en as hy moet, watter soort feite moet as wesenlik geag word?
2. Het hy die expertise en kundigheid oor die gevare van die betrokke besigheid?
3. Moes die likwidateur self een of ander positiewe handeling gepleeg het?
4. Moes die likwidateur in 'n posisie gewees het om, direk of deur die implementering van effektiewe bestuurs- en tegniese stelsels, die plaasvind van die onregmatige gebeurtenis te stop?
5. Tot watter omvang, indien enige, is die optrede van derde partye relevant tot die aanspreeklikheid van die likwidateur?

Die antwoord op hierdie vrae is opgesluit in die sorgsaamheidsplig van die likwidateur. Die sorgsaamheidsplig hou vervolgens in dat wanneer 'n persoon as likwidateur aangestel wil word van 'n maatskappy wat aktiwiteite bedryf wat die omgewing skade kan besorg, daardie persoon moet poog om idealistiese en gesonde standaarde vir die beskerming van die omgewing te

¹⁰² Die gewone sanksie vir die verbreking van die plig van lojaliteit is aanspreeklikheid vir skade teenoor die maatskappy. Die aanspreeklikheid vir skade behoort as vergoeding sowel as voorkoming te dien. Sien ook Ferrarini ea *Takeover Law* op cit noot 100 op 82.

¹⁰³ 'Duty of care'.

¹⁰⁴ Die sake-oordeeltoets behels dat 'n likwidateur nie aanspreeklik behoort te wees vir besluite wat tot ongewenste gevolge aanleiding gee nie, mits sodanige besluite in goeder trou, met sorg en op 'n ingeligte basis geneem is en die betrokke likwidateur van mening was dat dit in die beste belang van die maatskappy was. Vir 'n volledige bespreking van die 'business judgment rule', sien L Coetzee & S Kennedy-Good 'The Business Judgment Rule' (2006) 27 *Obiter* 277.

¹⁰⁵ Daarom kan gekonstateer word dat die standaard van sorg van *diligentia quam in suis* (sorg soos wat jy vir jou eie sake sou sorg), verouderd is.

bereik.¹⁰⁶ Hy kan dit nie bloot ignoreer nie.¹⁰⁷ Daar moet aanspreeklikheid wees, anders sal dit so maklik vir 'n likwidateur wees om substantiewe reëls te ignoreer. Netsoos enige ander aanspreeklike¹⁰⁸ het die likwidateur van 'n insolvente maatskappy ook twee verpligtinge, naamlik om skade te voorkom en waar dit nie moontlik is nie, om die beskadigde omgewing te herstel. Tans moet 'n likwidateur erken dat voortdurende navorsing deel is van sy hedendaagse taak¹⁰⁹ sodat die omgewing beskerm kan word in elke geval waar hy by 'n besigheid betrokke raak wat die risiko van omgewingsbenadeling inhou.¹¹⁰ Volgens my is die likwidateur self in die beste posisie om sy bevoegdheid te vergelyk met dit wat vir die spesifieke taak nodig is.¹¹¹

¹⁰⁶ Volgens a 107(n) van die Amerikaanse Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA, 42 USC 1980) is die algemene reël dat 'n fidusiër se verpligting tov die vrystelling van 'n giftige stof by die fasiliteit wat hy in 'n fidusiële kapasiteit hou, nie die waarde van die bates wat so gehou word, sal oorskry nie. Die algemene reël geld egter nie wanneer die persoon onafhanklik van sy posisie of optrede as 'n fidusiër aanspreeklik is nie. Dit beperk ook nie die aanspreeklikheid van so 'n persoon as sy nalatigheid die vrystelling veroorsaak of daartoe bygedra het nie. Sien DA Farber, J Freeman & AE Carlson *Cases and Materials on Environmental Law* 8 uitg (2010) op 927. Die submitisie is dat dieselfde ook in die Suid-Afrikaanse reg behoort te geld.

¹⁰⁷ So het die National Environmental Management Act (NEMA) 107 van 1998 'n verreikende *algemene sorgsaamheidsplig* om die effek van besoedeling en omgewingsbenadeling te voorkom, te beheer en te rehabiliteer (Van der Linde & Feris *Compendium* op cit noot 19 op 31).

¹⁰⁸ Sien ook J Thornton & S Beckwith *Environmental Law* 2 uitg (2004) op 93 ev.

¹⁰⁹ Dit is egter my mening dat daar so 'n groot 'verwagting gaping' bestaan tussen wat die publiek wil hê en wat die likwidateur se werklike bevoegdheid is. Vervolgens word aangevoer dat die profesie sal moet intree en in gevalle waar spesialiteitskundigheid nodig is, sorg dat daar genoeg opgeleide persone is om as kundiges op te tree. Elke beroepsdiggaam soos die prokureursordes, die raad vir ouditeurs en die raad vir kurators en likwidateurs, die Meesterskantoor en die dissiplinêre komitees daarvan het uit die aard van die saak 'n kollektiewe self-belang om sy eie risiko van aanspreeklikheid of openbare kritiek te verminder. Die likwidateur-profesie moet maw opleiding doen en positief optree om sy kapasiteit te verhoog. Daarbenewens het elke tradisionele toesighoudende gesagsdiggaam professionele reëls wat in aanmerking geneem en nagekom moet word. Die hoofbron van die reëls wat op likwidateurs en kurators van toepassing is, is nie soseer net die betrokke wetgewing nie, maar ook die toesig van die Meesterskantoor en die howe (regspraak).

¹¹⁰ Sien by IFI Shihata *The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures* band II (1995) op 13, 52, 541 ev waar gewys word op die Wêreldbank se 'Operational Policy' waarin uitdruklik erken word dat die personeel van die bank kennis moet neem van beleide in verband met omgewingsbeoordelings en -bestuur. Die bank erken dat omgewingsbepalings in elke projek wat deur die bank gefinansier word, aangespreek word selfs waar sulke bekommernisse slegs moontlik kan voorkom.

¹¹¹ Die likwidateur speel 'n sentrale rol in die effektiewe en bekwame toepassing van 'n insolvensiereg. Hulle moet verseker dat die reg effektief en onpartydig toegepas word. Gevolglik is dit essensieel dat die likwidateur toepaslik gekwalifiseer is en daardie kennis, ervaring en persoonlike kwaliteite besit wat nie alleen die effektiewe en bekwame hantering van die hele likwidasiëproses sal verseker nie maar ook sal verseker dat daar vertrou in die insolvensieregstelsel is. Die rol van die likwidateur, ten spyte daarvan dat hy toegerus is met aansienlike magte en sy amp ontwerp is om funksies van aansienlike openbare en private impak en betekenis uit te voer, gaan mank aan statutêre regulasie wat gepaste bepalinge vir kwalifikasie, bevoegdheid en paslikheid neerlê. Daar bestaan geen bepalinge in die Maatskappywet 1973 of die Maatskappywet 2008 aangaande kwalifikasievereistes, opleiding of ervaring nie. Daar word nie van likwidateurs vereis om enige professionele opleiding te ondergaan of 'n lid van 'n professionele diggaam te wees nie. Artikel 138(3) van die Maatskappywet 2008 bepaal dat die Minister van Handel en Nywerheid by magte is om regulasies uit te vaardig wat voorsiening maak vir voorskrifte ten aansien van die ondernemingsreddingspraktisyn, insluitende verskillende minimum kwalifikasies vir verskillende kategorieë maatskappye. Kyk reg 133 van die Companies Regulations Pursuant To The Companies Act 71 of 2008 (Algemene Kennisgewing 1664 SK 32832/2009 van 22 Desember 2009). Geen sulke regulasies bestaan vir die kwalifikasie van likwidateurs nie. Die kompleksiteit van die likwidasiëprosedure (veral by groot maatskappye) maak dit uiters gewens dat die likwidateur toepaslik gekwalifiseer moet wees, met kennis en kundigheid van die reg – nie net die insolvensiereg nie, maar ook relevante handelsreg, besigheidsreg, finansiële reg en omgewingsreg, indien dit in 'n spesifieke geval toepaslik is – sowel as voldoende ervaring in kommersiële en finansiële aangeleenthede, insluitende rekeningkunde.

Dit is ook 'n feit dat sodra die moontlikheid van aanspreeklikheid verminder, of sodra dit makliker raak om aanspreeklik te ontком, sal nalatige omgewingsbenadeling vermeerder. Dit verminder ook die likwidateur se aansporing tot goeie verantwoordelikheid en gehalte werk. Dit word erken en die dilemma is inderdaad dat as die risiko vir die likwidateur te groot word, die mark vir hul dienste eenvoudig te klein sal raak en die fooie te hoog. Daarom is dit my mening dat die openbare beleid 'n gepaste balans moet trek tussen oormatige aanspreeklikheid en onvoldoende regsbedreiging. Presiese kalibrering is waarskynlik onmoontlik.¹¹² 'n Likwidateur kan die verweer gebruik dat hy deur onkundige of korrupte persone op wie hy regverdiglik kon steun, mislei is. So 'n verweer kan 'n likwidateur aanspoor om nie 'n behoorlike of grondliggende ondersoek in te stel nie, net vir ingeval hy op iets afkom wat hom gaan noop om verder ondersoek in te stel. Openbare beleid behoort die insentiewe wat die likwidateur moontlik kan aanspoor om nie behoorlik ondersoek in te stel nie, te elimineer of te verminder. Die skrywer meen dat daar onderskei moet word tussen besluitnemings- en beleidsoprede deur die likwidateur aan die een kant en administratiewe dade of roetine take deur die likwidateur aan die ander kant. Waar 'n besluit geneem moet word of waar beleid bepaal moet word, moet die likwidateur persoonlik doen wat nodig is om te doen. Dit beteken nie dat hy nie advies van ander of verslae van personeellede behoort te kry nie, maar uiteindelik moet hy die besluit persoonlik neem. Met administratiewe, roetine of meganiese take word van die likwidateur verwag om gesonde verstand te gebruik om die taak so ekonomies as prakties moontlik uit te voer, ook deur ander persone.¹¹³

4 Konklusie

As algemene reël kan gekonstateer word dat die likwidateur aanspreeklik sal wees as hy as operateur geag kan word. Dit is as hy die bevoegdheid gehad het om tydig die nadeel wat veroorsaak word, te ontdek of daarvan uit te vind; of as hy die bevoegdheid gehad het om die meganisme wat die benadeling veroorsaak, te bestuur of te rig ('direct'); of as hy die bevoegdheid gehad het om die benadeling te verhoed en te verminder. In die lig van wat alles hierbo gesê is, is die submissie ook dat aanspreeklikheid vir omgewingsbenadeling en die skade as gevolg daarvan waarskynlik sal afhang van die graad van vaardigheid wat die howe meen redelikerwys van die likwidateur verwag kan word. Dit is moontlik dat, anders as die neiging in die Engelse reg,¹¹⁴ die

¹¹² Want eksogene faktore – soos die openbare gemoedstoestand, insluitende beide die publiek se skeptisisme teenoor korporatiewe akteurs en die publiek se drang na vergelding – kan die 'regsbedreiging' wat likwidateurs in die gesig staan, vinnig verander.

¹¹³ Sien ook bv Ferrarini ea *Takeover Law* op cit noot 100 op 490.

¹¹⁴ Sien par 2.1 hierbo.

howe nie dieselfde vlak van vaardigheid of begrip mag verwag soos van die normale bestuur van die maatskappy verwag word nie. (Van laasgenoemde kan verwag word om oor spesifieke kundigheid en vaardigheid te beskik met betrekking tot die besondere proses of aktiwiteit wat die maatskappy beoefen.) Tog moet ook kennis geneem word van die neiging onder EU lande om likwidateurs se aanspreeklikheid ekwivalent te maak aan dié van bestuurders. Dit is my mening dat die likwidateur nie aanspreeklik gehou behoort te word nie tensy die nadeel die gevolg is van 'n optrede of 'n late wat *onredelik en nalatig* is selfs vir 'n likwidateur. As voorbeeld kan a 78X(3) en (4) van die Engelse Environmental Protection Act 1990 Part IIA geneem word waar daar geen aanspreeklikheid vir gekontameneerde grond is nie in gevalle waar die persoon wat andersins aanspreeklik sou wees, opgetree het in 'n relevante kapasiteit (byvoorbeeld as likwidateur of kurator van 'n insolvente maatskappy of boedel) en het niks onredeliks gedoen terwyl hy so opgetree het nie. Omdat likwidateurs gewoonlik persone is waarvan 'n mens nie kan verwag om ervaring te hê van argumentsonthalwe gevaarlike stowwe wat grond kan besoedel nie, sal daar nie van 'n uitermate hoë standaard van redelikheid gebruik gemaak word nie.¹¹⁵ Nietemin sal die howe in elk geval gepaste bestuursvaardigheid verwag. Die hof het reeds in *Kerbels Flooring and Carpeting (Pty) Ltd v Shrosbree and Another*¹¹⁶ die mening uitgespreek dat likwidateurs in die neem van besluite regtens in 'n meer gunstige posisie as ander individue behoort te wees. Om te vereis dat hulle net aanspreeklik is indien hulle bedrieglik of mala fide of roekeloos of met growwe nalatigheid opgetree het, sou hulle in 'n baie meer gunstige posisie as hul medemens plaas. Die hof was van mening dat die normale kriteria vir Aquiliese aanspreeklikheid van toepassing behoort te wees. So 'n standpunt is ook in lyn met byvoorbeeld die posisie in die Deense reg waar bloot gevra word of die likwidateur nalatig was. Van hom word verwag om die normale veiligheidsvoorsorgmaatreëls te neem wat van die bestuur van die maatskappy vereis word.

Dit is daarom aan te beveel dat die likwidateur verseker dat hy voldoende 'gereedskap' in plek het om omgewingsverpligtinge uit te voer, met pligte gedelegeer aan gepaste persone. Vermoedelik sal van die likwidateur vereis word om (as die maatskappy se fondse dit toelaat) gepaste gekwalifiseerde persone aan te stel om ondersoek te doen. Versuim om dit te doen, kan as nalatige optrede kwalifiseer.

Die is verder my mening dat 'n perseel assessering (site assessment) die grondslag kan vorm van 'n verweer deur die likwidateur. Hiervoor moet die likwidateur bewys dat hy alle redelike en toepaslike navraag gedoen het om uit te vind oor die gebruik van die eiendom in ooreenstemming met goeie kommersiële of gebruikelike praktyk in 'n poging om aanspreeklikheid te minimaliseer. Die likwidateur moet met ander woorde behoorlike omgewings-

¹¹⁵ Kyk by R Burnett-Hall & B Jones *Burnett-Hall on Environmental Law* 2 uitg (2009) op 864.

¹¹⁶ 1994 (1) SA 655 (SOK).

ywer onderneem. As die benadeling deur die grof nalatige of opsetlike optrede van die likwidateur veroorsaak is of veroorsaak is deur optrede in stryd met pertinente regulasies, moet hy in elk geval aanspreeklik wees.
