

DIE STRAFREGTELIKE AANSPREEKLIKHEID VAN MAATSKAPPYE: 'N VERGELYKENDE ONTLEDING VAN DIE KORPORATIEWE KULTUUR LEERSTUK BINNE DIE SUID-AFRIKAANSE KONTEKS

Nandi Pretorius

Universiteit van Stellenbosch

1 Inleiding

“Did you ever expect a corporation to have a conscience when it has no soul to be damned and no body to be kicked?”¹

Hierdie aanhaling van Lord Chancellor Edward Thurlow bied 'n akkurate illustrasie van die probleem wat die oplegging van strafregtelike aanspreeklikheid in die konteks van maatskappye, as aparte regspersoon, kniehalter.

Dit is in meeste gevalle onproblematies om die vereisde handelingselement van 'n misdryf aan 'n maatskappy toe te reken. Dit is eerder die toekenning van die nodige skuldelement wat 'n struikelblok daarstel. Oor die algemeen ontstaan hierdie probleem op grond van die afwesigheid van 'n koherente skakel tussen die bewussyn van die samevoegende individue wat die maatskappy vorm en die maatskappy as aparte regsentiteit.² Die tradisionele benaderings wat tot op hede in meeste jurisdiksies toepassing vind, bied slegs beperkte remedies vir hierdie onreg. Daar is egter 'n nuwe benadering wat blyk daarin te slaag om 'n stywer greep op die komplekse aard van 'n maatskappy te vestig. Die moderne korporatiewe kultuur leerstuk as grondslag vir strafregtelike aanspreeklikheid van maatskappye, soos dit in die Australiese reg bestaan, sal in hierdie skryfstuk met spesifieke fokus op die toerekening van die skuldelement aan 'n maatskappy ondersoek word. Die moontlike impak van 'n erkenning van hierdie leerstuk in die Suid-Afrikaanse maatskappyyereg sal oorweeg word.

¹ HL Mencken *A New Dictionary of Quotations on Historical Principles Ancient and Modern Sources* (1942) 223; JC Coffee “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment” (1981) 79 *Michigan Law Review* 386 386.

² C Phillips “‘Corporate Culture’ As A Basis For the Criminal Liability of Corporations” (4-3-2008) *Allens Arthur Robinson* <<http://198.170.85.29/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>> (accessed 15-03-2013).

2 Huidige grondslae vir strafregtelike aanspreeklikheid

Tradisioneel is die twee hoofteorieë van strafregtelike aanspreeklikheid die middellike aanspreeklikheidsmodel en die identifikasieteorie.³ 'n Onlangse ontwikkeling weg van die tradisionele benadering werp 'n lig op die konflik tussen die benaderings ten opsigte van die regs persoonlikheid van maatskappye gebaseer op die teorie van individualisme, aan die een kant, en realisme aan die ander.⁴ Individualisme ag 'n maatskappy bloot 'n samevoeging van individue te wees terwyl realisme 'n onderskeid tref tussen die samestellende individue en die maatskappy as aparte regspersoon met afsonderlike persoonlikheid.⁵ Die individualistiese benadering vereis, dus, dat die handeling en skuld van die samestellende individue op een of die ander grondslag aan die maatskappy toegereken moet word alvorens aanspreeklikheid sal vestig. Onder die middellike aanspreeklikheidsteorie, soos in Amerika toepassing vind, word die maatskappy indirek aanspreeklik gehou vir optrede van 'n werknemer en/of agent deurdat die bewussyn van daardie individu, in sekere omstandighede, aan die maatskappy toegeskryf word.⁶ In die Verenigde Koninkryk en Kanada, word die identifikasieteorie gebruik om maatskappye direk aanspreeklik te hou vir onregmatige gedrag van senior amptenare op grond daarvan dat die bedoeling van daardie senior amptenare die van die maatskappy s'n vorm. Die argument hier is dat die senior bestuurders die "directing minds" van die maatskappy uitmaak en, sodoende, sy wilsuiking ook "direct".⁷ In die Engelse saak *Tesco Supermarkets v Natrass* word die identifikasieteorie verduidelik.⁸ Die *Tesco* reël bepaal dat omrede senior amptenare, op grond van die *directing minds*-leerstuk, as die maatskappy self optree waar hulle binne die bestek van hulle bevoegdheid as direkteur optree, daardie maatskappy primêr aanspreeklik gehou kan word vir die optrede van senior amptenare.⁹

³ Phillips "'Corporate Culture' As A Basis For the Criminal Liability of Corporations" (4-3-2008) *Allens Arthur Robison*.

⁴ E Colvin "Corporate Personality and Criminal Liability" (1995) *Crim LF* 1 1.

⁵ Colvin (1995) *Crim LF* 4-16; vir 'n gedetailleerde en kritiese bespreking van metodologiese individualisme as grondslag van korporatiewe strafregtelike aanspreeklikheid sien B Fisse & J Braithwaite *Corporations, Crime and Accountability* (1994) 17-58.

⁶ Phillips "'Corporate Culture' As A Basis For the Criminal Liability of Corporations" (4-3-2008) *Allens Arthur Robison*.

⁷ J Clough & C Mulhern *The Prosecution of Corporations* (2002) 64-65; Phillips "'Corporate Culture' As A Basis For the Criminal Liability of Corporations" (4-3-2008) *Allens Arthur Robison*.

⁸ [1972] AC 153.

⁹ Die *directing minds*-leerstuk behels die redenasie dat aangesien senior bestuur die besluitnemers van die maatskappy se hoof besluite is, hulle die *directing minds* van die maatskappy is. Op grond hiervan word hulle dus geag as die maatskappy self te handel. Sien verder *Tesco Supermarkets v Natrass* [1972] AC 153; Clough & Mulhern *The Prosecution of Corporations* 64-65.

Hierdie teorieë, hoofsaaklik gegrond op die benadering van individualisme, is handig, maar bied, in die moderne kommersiële konteks, nie 'n voldoende grondslag vir die oplê van strafregtelike aanspreeklikheid nie. Alhoewel dit 'n genoegsame grondslag vir die vasstel van die skuldelement in vroeëre stadiums, waar die maatskappy nog 'n aansienlik eenvoudiger entiteit was, gebied het, is dit nou nodig om die regulering van hierdie liggame in pas met die ontwikkeling in ander aspekte van die maatskappy te bring.

“We have, over the last three hundred years constructed a remarkably efficient wealth-creating machine, but it is now out of control.”¹⁰

Om met die realiteit van komplekse maatskappy strukture in pas te bly nie, sal die reg die veelvoudigheid van die betrokke belanghebbendes en hulle onderskeie bedoelinge in ag moet neem.¹¹ Die benadering van realisme voorsien dat die maatskappy onafhanklik van sy samestellende lede, 'n unieke entiteit met eie-identiteit en, gevolglik, eie bewussyn is.¹² Hierdie realistiese benadering maak dit moontlik om 'n maatskappy aanspreeklik te hou op grond van die korporatiewe kultuur wat heers binne sy strukture, soos daargestel deur die onderliggende samevoegende individue, maar nie noodwendig toerekenbaar aan een of meer spesifieke individue nie.¹³ In hierdie lig het sekere jurisdiksies in onlangse jare 'n nuwe grondslag vir strafregtelike aanspreeklikheid oorweeg – die van organisatoriese aanspreeklikheid.¹⁴ Dit is onder hierdie benadering wat Australië die model van “corporate culture” ontwikkel het.¹⁵

3 Die Suid-Afrikaanse benadering tot strafregtelike aanspreeklikheid van maatskappye

¹⁰ J Bakan *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power* (2005) 159.

¹¹ Phillips “‘Corporate Culture’ As A Basis For the Criminal Liability of Corporations” (4-3-2008) *Allens Arthur Robison*.

¹² E Lederman “Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity” (2000) 4 *Buff Crim L Rev* 641 686.

¹³ B Fisse & J Braithwaite “The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability” (1988) 11 *Syd LR* 468 478-479.

¹⁴ 473-513.

¹⁵ Artikel 12 van die *Criminal Code Act* 12 van 1995 (Cth).

Die Suid-Afrikaanse model om maatskappye strafregtelik aanspreeklik te hou vir wederregtelike optrede, hetsy gemeenregtelike of statutêre misdrywe, word statutêr gereguleer.¹⁶ Die algemene posisie word deur die bepalings van artikel 332 van die Strafproseswet 51 van 1977 gereguleer. Hierdie artikel bepaal dat:

332(1) Ten einde 'n regspersoon strafregtelike aanspreeklikheid op te lê weens 'n misdryf, hetsy statutêr of gemeenregtelik, word –

(a) 'n handeling wat deur of in opdrag of met uitdruklike of stilswyende toestemming van 'n direkteur of dienaar van daardie regspersoon, met of sonder 'n besondere opset, verrig word; en

(b) die versuim, met of sonder 'n besondere opset, om 'n handeling te verrig wat verrig moes geword het, maar nie verrig is nie deur of in opdrag van 'n direkteur of dienaar van daardie regspersoon,

by die uitoefening van sy bevoegdhede of die uitvoering van sy pligte as so 'n direkteur of dienaar of ter bevordering of gepoogde van die belange van daardie regspersoon, geag 'n handeling (met dieselfde opset, as daar opset by is) deur daardie regspersoon verrig te gewees het of, na gelang van die geval, 'n versuim (en met dieselfde opset, as daar opset by is) aan die kant van daardie regspersoon te gewees het.¹⁷

Artikel 332(5) van hierdie wet het voorsien dat 'n persoon in diens of 'n direkteur van 'n maatskappy wat 'n misdryf gepleeg het, aan daardie misdryf skuldig is en persoonlik aanspreeklik vir bestrawwing geag word, tensy die persoon in diens of die direkteur kan bewys dat hulle nie aan die misdryf deelgeneem het nie en dit nie kon voorkom het nie. In 1997 het die Konstitusionele Hof hierdie bepaling as ongrondwetlik verklaar in *S v Coetzee and Others*.¹⁸ Die argument was dat die artikel indring op die vermoede van onskuld soos verskans in artikel 25(3) van die Grondwet. Gevolglik het die hof artikel 332(5) as ongeldig verklaar. Die artikel is vanaf die datum van bevel nie meer van krag nie.

Blackman se stelling: "It is settled that *mens rea* can be attributed to a company.", in sy kommentaar op die nuwe Maatskappywet blyk duidelik uit die laaste gedeelte van die artikel waar te wees.¹⁹ Die toerekening van die skuldelement is egter beperk tot die wat bewys kan word in verband met die handeling van "'n direkteur of

¹⁶ M Blackman, R Jooste & G Everingham *Commentary on the Companies Act* (2002) 120; Phillips "Corporate Culture' As A Basis For the Criminal Liability of Corporations" (4-3-2008) *Allens Arthur Robinson*.

¹⁷ Artikel 332 van die Strafproseswet 51 van 1977.

¹⁸ 1997 3 SA 527 (CC).

¹⁹ Blackman, Jooste & Everingham *Commentary on the Companies Act* 120.

dienaar” van die maatskappy te wees. Artikel 332, in geheel, implementeer dus aanspreeklikheid gegrond op die benadering van middellike aanspreeklikheid en is dus meer gegrond in die individualistiese teorie.²⁰ Die effek van die artikel is ook wyer as die van die gemenerereg aangesien dit aanspreeklikheid voorsien selfs waar ‘n werknemer buite die omvang van indiensneming of uitvoer van sy pligte opgetree het, maar wel ter bevordering van sy werknemer se belange gehandel het.²¹ Die gemenerereg posisie is gebaseer op die ‘alter ego’ en ‘directing minds’-leerstuk, wat volgens Blackman, ‘n beperking van middellike aanspreeklikheid is.²² Op grond van die werk van verskeie akademici erken Blackman 5 bestaande modelle van strafregtelike aanspreeklikheid vir maatskappye: middellike aanspreeklikheid, middellike aanspreeklikheid onderhewig aan *due diligence* of ander soortgelyke verwerre, die identifikasieteorie, aanspreeklikheid vir lates en organisatoriese aanspreeklikheid.²³ In lig hiervan trek Blackman die huidige Suid-Afrikaanse benadering in twyfel deur sy kommentaar op die grondwetlikheid van die model:

“It is unlikely to escape constitutional scrutiny at some stage, at which time the question of what theory of corporate criminal liability we ought to have will need to be faced.”²⁴

Sy opinie, hier, blyk aanduidende gesag te wees vir die mening dat die Suid-Afrikaanse statutêre raamwerk, en heel waarskynlik die gemeenregtelike posisie, in hierdie verband nog nie voldoende ontwikkel het nie. Voortspruitend uit Suid-Afrika se lidmaatskap tot die OECD Bribery Convention, is die vraag ook al gevra of ‘n stelsel gebaseer op ‘n model van pure middellike aanspreeklikheid voldoende sal wees om die vereistes van hierdie konvensie te bevredig.²⁵ Die tekortkominge van die huidige Suid-Afrikaanse konstruksie noodsaak die oorweging van die potensiële voordeel wat ‘n inkorporasie van die korporatiewe kultuur benadering vir strafregtelike aanspreeklikheid van maatskappye mag inhou.²⁶

²⁰ V Borg-Jurgensen & K Van der Linde “Corporate Criminal Liability in South Africa: Time for Change? I” (2011) 3 *TSAR* 452 457.

²¹ 457.

²² Blackman, Jooste & Everingham *Commentary on the Companies Act* 120 n 4, 5.

²³ 120 n 6.

²⁴ 120.

²⁵ Suid-Afrika het in 2007 die 37ste lid geword om die OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions aan te neem; OECD Working Group on Bribery “Annual Report 2007” (2008) *OECD* <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/40896091.pdf>> (accessed 06-05-2013).

²⁶ Die ‘directing minds’-leerstuk word op 2 gronde deur die OECD Anti-Bribery Convention se Working Group gekritiseer: dat dit beperk is tot die toerekening van die bewussyn van die direkteure en moontlik senior bestuurslede aan die maatskappy. Die tweede punt van kritiek is dat dit nie

4 Korporatiewe kultuur

4 1 Die ontwikkeling van die korporatiewe kultuur grondslag in die Australiese strafreg

Australië het aanvanklik ook strafregtelike aanspreeklikheid op grond van middelike aanspreeklikheid en later die identifikasieteorie voorsien.²⁷ In die Australiese jurisdiksie geld 'n federale regstelsel waar die Australiese Gemenebes, volgens die Grondwet, slegs beperkte wetgewende mag het om oor sekere kwessies te besleg. Die onderskeie state het elk hul eie strafregtelike kodes. Sommige state het omvangryke kodes terwyl ander se stelsels uit 'n kombinasie van die Australiese gemenereg en wetgewing bestaan. Die Australiese Criminal Code Act 12 van 1995 ("die wet") voorsien al die bepalings wat strafsake waar die gemenereg geldend is, reguleer. Hierdie wet het internasionale aansien verwerf vir die nuwe aanslag wat dit tot die oplê van strafregtelike aanspreeklikheid vir maatskappye ontwikkel het. Die wet voorsien aanspreeklikheid vir maatskappye op grond van organisatoriese aanspreeklikheid met bepalings wat die grondslag van korporatiewe kultuur insluit. Hierdie wet, wat in 1999 in werking getree het, stel die Australiese benadering tot korporatiewe strafregtelike aanspreeklikheid as, argumenteerbaar, die gesofistikeerdste stelsel van strafregtelike aanspreeklikheid vir maatskappye in die wêreld.²⁸

4 2 Die werking van die organisasieteorie en die korporatiewe kultuur grondslag

Die *Explanatory Memorandum to the Criminal Code Bill* ("die memorandum") maak dit duidelik dat die bogemelde bepalings in verband met korporatiewe kultuur die reël soos neergelê in *Tesco Supermarkets v Natrass* uitbrei.²⁹ Dit brei die reël uit deurdat dit nie meer voorsien slegs vir die toerekening van senior bestuur se gedrag en skuld aan die maatskappy nie, maar dat die maatskappy self sy eie skuldelement toegereken kan word op grond daarvan dat die maatskappy se geskrewe reëls die

voorsiening maak vir die samevoeging van die skuld van verskeie individue as grondslag vir aanspreeklikheid nie. Sien in hierdie verband verder die *OECD Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Australia* (2002) 12-13.

²⁷ Phillips "Corporate Culture' As A Basis For the Criminal Liability of Corporations" (4-3-2008) *Allens Arthur Robison*.

²⁸ Clough & Mulhern *The Prosecution of Corporations* 138.

²⁹ *Explanatory Memorandum to the Criminal Code Bill* 1994 (Cth).

nie-nakoming van voorgeskrewe regsreëls stilswyend magtig of dat die maatskappy nie daarin geslaag het om 'n kultuur van nakoming te skep nie.³⁰

Die memorandum verskaf 'n breë omskrywing van wat korporatiewe kultuur vorm. In artikel 12.3.6 van die Criminal Code Act word korporatiewe kultuur gedefinieer as 'n ingesteldheid, beleid, reël en gedragspraktyk wat binne die regspersoon in die algemeen of in die spesifieke afdeling van die regspersoon waarin die relevante aktiwiteite plaasvind, bestaan.³¹ Die memorandum verduidelik dat hierdie definisie wyd genoeg is om ook situasies in te sluit waar formele dokumente van 'n organisasie voorkom asof dit nakoming met regsvoorskrifte vereis, maar die realiteit is dat nie-nakoming egter verwag word.³² Dit is dus duidelik dat waar bepalinge organisatoriese aanspreeklikheid op lê dit "feitlik onmoontlik" sal wees om dit bloot te doen deur verwysing na die skuld van die individue verbonde aan die maatskappy.³³ Dit maak voorsiening vir iets meer, maar sluit dit nie uit nie, as die samevoeging van besluite van individue. Die struktuur van die organisasie as geheel moet oorweeg word. In hulle ontleding van die teoretiese beginsels rondom die grondslag van korporatiewe identiteit omskryf die Suid-Afrikaanse akademici, Du Toit en Pienaar, korporatiewe gedrag as 'n ingewikkelde mosaïek van individuele besluite, vasgestelde institusionele prosedures en die struktuur eie aan die betrokke korporatiewe entiteit.³⁴ In 'n artikel aangaande die modelle om korporatiewe strafregtelike aanspreeklikheid aan maatskappye toe te reken beskryf Lederman hierdie benadering, en bevestig hierdie definisie:

"The chief assumption underlying the self-identity model of corporations is that a large organisation is not only a collection of people who shape it and activate it, but also a set of attitudes and positions, which influence, constrain, and at times even define the modes of thinking and behavior of the people who populate it."³⁵

Die organisatoriese teorie wat toelaat dat 'n maatskappy as strafregtelik aanspreeklik gehou kan word op grond van die korporatiewe kultuur van die

³⁰ *Explanatory Memorandum to the Criminal Code Bill 1994* (Cth).

³¹ Artikel 12.3.6 van die *Criminal Code Act 12 van 1995* (Cth): "corporate culture means an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities takes place".

³² *Explanatory Memorandum to the Criminal Code Bill 1994* (Cth).

³³ P Du Toit & G Pienaar "Korporatiewe Identiteit as Grondslag van die Strafregtelike Aanspreeklikheid van Regspersone (1): Teoretiese Grondbeginsels" (2011) 14 *PER/PELJ* 33.

³⁴ 34.

³⁵ Lederman (2000) *Buff Cril L Rev* 686.

organisasie, spreek dus die dilemma van die toerekening van die skuldelement op meer realistiese wyse aan.

4.3 Die toerekening van die skuldelement

Indien die korporatiewe kultuur grondslag toegepas word, kan die maatskappy sy eie bewussyn hou en op grond daarvan vir sy eie misdrywe aanspreeklik gehou word. Die Criminal Code Act voorsien afsonderlik vir gevalle waar nalatigheid die vereisde skuldelement is en vir gevalle waar 'n vorm van skuld anders as nalatigheid vereis word.

Artikel 12.3(1) van die Criminal Code Act bepaal dat waar 'n handeling opsetlik, bewustelik of op roekelose wyse gepleeg is, daardie skuldelement die maatskappy toegereken kan word waar so maatskappy die gedrag uitdruklik, stilswyend of by implikasie gemagtig of toegelaat het.³⁶

Artikel 12.3(2) van die wet voorsien vier moontlike gronde waarvolgens 'n maatskappy geag sal word 'n wederregtelike handeling uitdruklik, stilswyend of by implikasie gemagtig of toegelaat het. Die skuldelement sal die maatskappy toegereken word:

- a) waar die direksie opsetlik, bewustelik of roekeloos die relevante handeling uitgevoer het of uitdruklik, stilswyend of by implikasie gemagtig of toegelaat het, of
- b) *a high managerial agent* van die organisasie opsetlik, bewustelik of roekeloos in die relevante handeling betrokke was of dit uitdruklik, stilswyend of by implikasie gemagtig of toegelaat het, of
- c) 'n korporatiewe kultuur binne die maatskappy geskep is wat nie-nakoming aanwys, aanmoedig, verdra of daartoe lei, of
- d) die organisasie daarin gafaal het om 'n korporatiewe kultuur te skep en te onderhou wat nakoming van regsreëls vereis.

Die gronde voorsien in 12.3(2)(a) en (b) is in essensie 'n toepassing van die identifikasieteorie. Die gronde in (c) en (d) behels egter 'n uitbreiding in die rigting

³⁶ Artikel 12.3(1) van die *Criminal Code Act* 12 van 1995 (Cth): "If intention, knowledge or recklessness is a fault element in relation to a physical element of an offence, that fault element must be attributed to a body corporate that expressly, tacitly or impliedly authorised or permitted the commission of the offence."; Die konsepte in die wet word uitgedruk by wyse van Australiese terminologie.

van die nuwe organisatoriese benadering gebaseer op die maatskappy se korporatiewe kultuur.

Artikel 12.4 reguleer nalatigheidsgevalle. Daar moet egter gemerk word dat nalatigheid 'n heel ander betekenis in die Australiese reg dra as in die Suid-Afrikaanse konteks. Sub-artikel (2) is interessant. Dit bepaal dat selfs waar geen enkele individu die nodige skuldelement openbaar nie, die maatskappy skuld toegeskryf kan word deur die gedrag van die maatskappy in geheel te beskou.³⁷ Hierdie enkele bepaling blyk revolusionêr te wees in vergelyking met die huidige Suid-Afrikaanse benadering. Suid-Afrikaanse howe handhaaf 'n posisie van uiterse omsigtigheid en so te sê blatante onwilligheid om sulke stappe te doen. Ondersteuning vir hierdie benadering word gevind in die redenasies van *Gobert* in sy kritiek teen die ou engelsregtelike benadering.³⁸ *Gobert* gebruik as illustreerende voorbeeld die feit dat die bedoeling van die wetgewer hom toegereken word sonder dat daardie bedoeling noodwendig die wilsuiking van al die lede van die wetgewer was nie. Nogtans word die bedoeling die wetgewer toegeskryf. Net soos die bedoeling van die wetgewer vasgestel word uit 'n vertolking van die betrokke stuk wetgewing, moet die korporatiewe kultuur uit 'n vasstelling van die korporatiewe beleid van die maatskappy gelees word.³⁹ Artikel 12.4(3) bepaal dat nalatigheid bewys kan word indien die uitvoer van die misdryf wesenlik toeskryfbaar is aan:

- a) onvoldoende korporatiewe bestuur, beheer of toesig oor die optrede van een of meer werknemers, agente of amptenare van die maatskappy, of
- b) die mislukking daarin om voldoende stelsels vir die oordrag van relevante inligting aan relevante persone in die organisasie in plek te stel.

Dit is dus duidelik dat die korporatiewe kultuur benadering groter voorsiening maak vir die inagneming van die interne struktuur en komplekse besluitnemingsprosedures van moderne regspersone.⁴⁰ Dit is juis hierdie moderne maatskappystrukture wat die tradisionele individualistiese benaderings onvanpas laat om die realiteit van komplekse organisasies te hanteer. Waar wetgewing nuwe organisasievorme met meer gesofistikeerde magte en groter beskerming vir sulke

³⁷ Artikel 12.4(2) van die *Criminal Code Act 12* van 1995 (Cth).

³⁸ J Gobert "Corporate Criminality: Four Models of Fault" (1994) 14 *Legal Studies* 393 408.

³⁹ Du Toit & Pienaar (2011) *PER/PELJ* 35.

⁴⁰ Model Criminal Law Officers Committee *Model Criminal Code Chapters 1 & 2: General Principles of Criminal Responsibility Report of the Criminal Law Officers Committee of the Standing Committee of Attorneys-General* (1992).

liggame skep, moet die wyse waarop hierdie entiteite en hulle magte gereguleer word ook vernuwe word om te verseker dat hierdie regulering effektief en voldoende bly.⁴¹

5 'n Evaluering van die kritiek teen die korporatiewe kultuur benadering en hoe dit die Suid-Afrikaanse benadering kan remedieer

Alhoewel daar ook kritiek teen die korporatiewe kultuur teorie geopper word, bied dit steeds 'n aansienlik meer omvattende benadering tot die strafregtelike aanspreeklikheid van maatskappye as die huidige Suid-Afrikaanse bepalings.⁴²

In die 2008-verslag van Allen Arthur Robinson aan die VN dui die skrywers een van die groot punte van kritiek teen die korporatiewe kultuur teorie aan as die vraag na hoe dit vasgestel moet word.⁴³ 'n Verdere kwessie is hoe so kultuur bepaal sal word waar die korporatiewe kultuur van die maatskappy in geheel aanvaarbaar is, maar die van 'n spesifieke tak of onderafdeling van die maatskappy ontoereikend is. Die Amerikaanse professor en spesialis in die veld van witboordjie bedrog misdade, Pamela Bucy Pierson (Bucy), het die korporatiewe etos-teorie ontwikkel. Hiermee bied sy 'n oplossing vir die probleem rakende die vasstel van korporatiewe kultuur. Volgens hierdie teorie word 'n raamwerk vir die bepaling van korporatiewe kultuur geskep.⁴⁴ Die korporatiewe etos-teorie van Bucy is gegrond daarop dat 'n verskeidenheid faktore gebruik word om te bepaal wat 'n spesifieke maatskappy se korporatiewe etos, soos dit onder die teorie genoem word, is. Sy voer aan dat deur van hierdie reeks faktore gebruik te maak, dit nie moeilik is om korporatiewe kultuur vas te stel nie.⁴⁵

Die vertrekpunt in hierdie teorie is dat elke maatskappy 'n eie en identifiseerbare kultuur of, soos Bucy dit beskryf, *characteristic spirit*, het. Sy definieer "etos", wat vir

⁴¹ R Simmonds "The Enforcement of Corporations Law and Securities Regulation in Australia: A Framework for Analysis and Reform" (1995) 25 *U.W. Austl. L. Rev.* 49 56-57; J Burchell & J Milton *Principles of Criminal Law* (2005) 565.

⁴² Phillips "'Corporate Culture' As A Basis For the Criminal Liability of Corporations" (4-3-2008) *Allens Arthur Robinson*.

⁴³ Phillips "'Corporate Culture' As A Basis For the Criminal Liability of Corporations" (4-3-2008) *Allens Arthur Robinson*.

⁴⁴ P Bucy "Corporate Ethics: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability" (1991) 75 *Minn L Rev* 1095 1123.

⁴⁵ Phillips "'Corporate Culture' As A Basis For the Criminal Liability of Corporations" (4-3-2008) *Allens Arthur Robinson*; Regter Gleeson van die Hoogeregshof van New South Wales het sy kriteik uitgespreek waarop die Departement van die Prokureur-Generaal die suksesvolle aanwending van die etos-teorie in die VSA ten opsigte van strafoplegging gemeld het; Sien Seanye Committee Report *Evidence of Hon Chief Justice Gleeson, excerpted in Senate Legal and Constitutional Committee, Criminal Code Bill 1994 and Crimes Amendment Bill 1994* (December 1994) 31.

alle praktiese doeleindes as die konsep van “kultuur” in die australiese jurisdiksie geag kan word, as volg:⁴⁶

“Today, the term refers to the characteristic spirit or prevalent tone of sentiment of a community, institution or system.”⁴⁷

Volgens Bucy kan die volgende faktore in berekening geneem word by die vasstel van die maatskappy se korporatiewe etos: die korporatiewe hiërargie van die maatskappy, sy beleid en doelstellings, die wyse waarop wandade wat in die verlede gepleeg is, hanteer is, die stappe wat gedoen word om werknemers op te voed en aan te moedig om wetsgehoorsaam te wees en die vergoedingskema van die maatskappy.⁴⁸

Borg-Jurgensen en Van der Linde vra die vraag of die “aggregation of fault” benadering onder artikel 332 moontlik is.⁴⁹ Hierdie benadering behels dat die gedrag en skuld van meer as een individu in ‘n maatskappy saamgevoeg word om al die elemente van die misdaad te vind en so aan die maatskappy oor te dra.⁵⁰ Onder artikel 332 ontstaan ‘n probleem waar ‘n individuele oortreder onidentifiseerbaar is of waar die handeling, of versuim, van ‘n individu nie voldoen aan die vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid nie.⁵¹ In so geval sal nog die individu nog die maatskappy aanspreeklik gehou kan word.⁵² Die korporatiewe kultuur leerstuk en die samevoeging van skuld van meer as een handelaar wat dit beaam, bied ‘n oplossing hiervoor. Ook ingevolge die engelsregtelike Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act van 2007 kan ‘n maatskappy aanspreeklik gehou word vir die misdryf van “corporate manslaughter” sonder dat ‘n individu vervolging in die gesig staar.⁵³ Ingevolge hierdie wet is dit genoegsaam indien die senior bestuur van die

⁴⁶ Simmonds erken hierdie “etos”-benadering as soortgelyk aan die van die korporatiewe kultuur leerstuk; Simmonds (1995) *U.W. Austl. L. Rev.* 57.

⁴⁷ Bucy (1991) *Minn L Rev* 1099.

⁴⁸ Du Toit & Pienaar (2011) *PER/PELJ* 35.

⁴⁹ Borg-Jurgensen & Van der Linde (2011) *TSAR* 462-463.

⁵⁰ Colvin (1995) *Crim LF* 18-19; Model Criminal Law Officers Committee *Model Criminal Code Chapters 1 & 2* 115.

⁵¹ In *S v Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie* 1991 2 SA 698 (W) ontbreek ‘n individuele oortreder om aanspreeklik te hou, maar die hof bevind dat dit nie nodig is om die verbreek van die plig om nie inligting te openbaar, in die geval, aan ‘n spesifieke individu te koppel nie. Hierdie uitspraak dra by tot die onsekerheid van wat moontlik is onder artikel 332, maar blyk die weg te baan vir moontlike uitbreiding van die reg in hierdie lig.

⁵² Borg-Jurgensen & Van der Linde (2011) *TSAR* 462.

⁵³ The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act van 2007.

maatskappy kollektief nie die vereiste sorgsaamheidsplig uitgeoefen het nie.⁵⁴ Skuld word in die engelsregtelike benadering op grond van die verbreking van die vereiste sorgsaamheidsplig toegereken.⁵⁵ Onder die korporatiewe kultuur leerstuk word dit toegereken op grond van die feit dat die korporatiewe kultuur van 'n regs persoon nie die vereistes van die reg nakom nie, soortgelyk aan die verbreking van 'n plig. Dit blyk dus, dat die twee stukke wetgewing in ooreenstemming is dat dit onder beide moontlik sal wees om 'n maatskappy strafregtelik aanspreeklik te hou al ontbreek vervolging van 'n individuele oortreder. Die Australiese wet gaan egter verder as sy engelse eweknie aangesien dit nie beperk is tot die verbreking van die sorgsaamheidsplig deur direkteure alleenlik nie. Dit blyk duidelik uit die feit dat artikels 12.3(2)(a) en (b) van die wet nie as voorvereiste vir artikels 12.3(2)(c) en (d) gestel word nie. Waar die eersgenoemde bepaling voorsiening maak vir toerekening van die skuldelement aan die maatskappy op grond van die nodige bedoeling aan die kant van die individuele handelaar, soortgelyk aan die werking van die identifikasieteorie, reken (c) en (d) die vereiste bedoeling aan die maatskappy toe onafhanklik van die optredende persoon se bedoeling. Hier word dit aan die maatskappy toegereken op grond van die maatskappy se eie bedoeling wat afgelei word uit die maatskappy se onderskeidende korporatiewe kultuur. Die doel van bepaling (c) en (d) is dus om nóg 'n grond waarvan bedoeling afgelei word en waarop dit 'n maatskappy toegereken word as sy eie bedoeling, te skep.⁵⁶ Sodoende word verhoed dat 'n scenario ontstaan waar 'n daadwerklike misdryf gepleeg is, maar 'n maatskappy word bedoelingloos geag weens die tekort aan identifiseerbare individue wat namens die maatskappy gehandel het. Deur soortgelyke bepaling in wetgewing te voorsien, sal hierdie euwel vermy word. In die verslag oor die *Model Criminal Code* word die voorbeeld gestel: werknemers weet dat as hulle nie die wet oortree om produksieskedules te bereik nie, deur, byvoorbeeld, nie die nodige veiligheidsmaatreëls te tref nie, sal hulle afgedank word. Die maatskappy sal skuldig wees aan opsetlike oortreding van veiligheidswetgewing.⁵⁷

In die *S v Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie*-saak is die SAUK aangekla van oortreding van artikel 44(1)(e)(iv) van die Wet op Korrektiewe Dienste vir die uitsending van 'n foto van 'n gevangene gedurende 'n nuusbuletin.⁵⁸ Die hof bevind

⁵⁴ Sien die Ministry of Justice *A Guide to the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* (2007) 14.

⁵⁵ Artikel 2(1) van die Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act van 2007.

⁵⁶ Fisse & Braithwaite *Corporations, Crime and Accountability* 19-98.

⁵⁷ Model Criminal Law Officers Committee *Model Criminal Code Chapters 1 & 2* 113.

⁵⁸ *S v Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie* 1991 2 SA 698 (W); Wet op Korrektiewe Dienste 8 van 1959.

hier dat 'n werknemer van die korporasie teen instruksies opgetree het deur die foto uit te saai en dat dit wederregtelike en nalatige optrede was, maar aangesien geen individu identifiseer kon word nie, kon die graad van die nalatigheid nie bepaal word nie. Die hof aanvaar die nalatigheid as gering. Die saak is 'n goeie illustrasie van 'n geval waar die leerstuk van korporatiewe kultuur werking kon geniet om 'n maatskappy wel aanspreeklik te hou. In 'n geval waar die beleid en reëls van die maatskappy al die tersaaklike wette en regulasies in ag neem en oortredinge daarvan verbied, maar 'n kultuur van nie-nakoming geskep word, sal artikels 12.3(2)(c) en (d) van die Criminal Code Act die maatskappy strafregtelik aanspreeklik stel al kan geen individu gevind word nie of al is die mate van nalatigheid van die individue gering.⁵⁹ Die individue se gedrag en skuld kan saamgevoeg word om die vereiste elemente van die misdaad as geheel as die maatskappy s'n toe te reken. Gestel die maatskappy versuim om 'n interne kontrolestelsel in plek te stel ter verifikasie dat 'n foto regmatig is en dus op daardie basis vir uitsending gemagtig kan word, kan dit 'n aanduiding wees van 'n korporatiewe kultuur wat versuim om nie-nakoming te verhoed. So kan 'n uitsaaier op grond van artikel 12.3(2)(d) strafregtelik aanspreeklik gehou word.

6 Gevolgtrekking

Die Maatskappywet 71 van 2008 het maatskappyereg hoofsaaklik, met die uitsondering van 'n paar misdrywe, gedekriminaliseer.⁶⁰ Maatskappye se strafregtelike aanspreeklikheid word hoofsaaklik by wyse van 'n enkele artikel in die Strafproseswet gereguleer. Behalwe vir die skep van 'n paar statutêre misdrywe en die erkenning van strenger direkteursaanspreeklikheid, is die Maatskappywet 71 van 2008 stil rakende hierdie sensitiewe kwessie. Die erns van die saak regverdig ook die promulgering van aparte wetgewing soos voorsien in die Australiese en engelsregtelike jurisdiksies. Die skrale voorsiening vir hierdie ernstige aangeleentheid in die Suid-Afrikaanse reg laat dit voorkom asof die reg wegsku van die plig om maatskappye ook aanspreeklik te hou vir die misdade daarvan deur 'n oordrewe steun op die beginsel van afsonderlike regspersoonlikheid.

⁵⁹ *S v Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie* 1991 2 SA 698 (W) 700 F-J.

⁶⁰ Blackman, Jooste & Everingham *Commentary on the Companies Act* 8; Die oorblywende misdrywe is die wat ontstaan uit 'n weiering om op dagvaardiging te reageer, getuienis te lewer, meened en ander aangeleenthede verwant aan die administrasie van geregtigheid in terme van die wet.

Die teorie van organisatoriese aanspreeklikheid en die korporatiewe kultuur leerstuk, erken egter dat 'n maatskappy as aparte regspersoon, in sy kompleksiteit, 'n bedoeling afhanklik van die van sy samestellende lede kan vorm, daarvolgens kan handel en dus aanspreeklik gehou kan word. Dit skep as't ware 'n wyse om 'n maatskappy te laat boet vir die afwesigheid van 'n gewete waar dit wel verwag kan word om een te hê. Sonder meer, egter, bly die maatskappy, in die woorde van Ambrose Bierce in the *Devil's Dictionary* niks meer as "an ingenious device for the maximisation of profit and the minimisation of responsibility".⁶¹

SUMMARY

THE CRIMINAL LIABILITY OF COMPANIES: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE CORPORATE CULTURE DOCTRINE WITHIN THE SOUTH AFRICAN CONTEXT

⁶¹ Soos aangehaal deur B Fisse *Corporations, Crime and Accountability* (1994) referaat gelewer by die kongres *Society for the Reform of Criminal Law 8th International Conference* op Hong Kong 4-12-1994 – 8-12-1994 (kopie op rekord by outeur) se tweede volle sitting ter ondersteuning van die argument dat 'n dualistiese benadering waar individualistiese en korporatiewe aanspreeklikheid in kombinasie gebruik word 'n beter benadering is as die ten gunste van die een of die ander.

The concept of companies has been created to form entities capable of absorbing the inevitable entrepreneurial risks that flow from running a feasible business in our modern society. However, company structures can be abused by the persons behind them to escape liability. As of yet, and especially under the current South African corporate dispensation, the hands of the law are tied in cases where the conduct of companies demands criminal liability. The main problem is the attribution of the necessary element of fault to a company. In recent developments in Australian law, the doctrine of corporate culture has been used to attribute fault to the company where South African law would not have been able to do so. This new doctrine extends the rule for company liability as set out in the English case of *Tesco Supermarkets v Nattrass*, by providing for liability, not only based on the conduct of senior management, but also on the corporate culture in the company. Corporate culture is defined with reference to the policy, rules and accepted practices that exist within a company. It condemns the creation of a culture of non-compliance. The article attempts to evaluate the reigning South African position and analyses the working of the corporate culture doctrine in Australian law, in order to establish whether it might present a more viable solution to the dilemma of corporate criminal liability of companies in South Africa. It is found that the doctrine creates a far more effective approach to hold companies liable for the wrongs they so easily escape. Without such an approach companies remain as Ambrose Bierce described so accurately in the *Devil's Dictionary*: “an ingenious device for the maximisation of profit and the minimisation of responsibility”.