

15/9/2010

1

IN DIE NOORD GAUTENG HOË HOF, PRETORIA

(REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA)

SAAKNR: 6575/08

In die saak tussen:

D M BOTHA N.O. & ANDER

en

HAAL DEUR WAT NIE VAN TOEPASSING IS NIE	
(1) RAPORTEERBAAR:	KWEE
(2) VAN BELANG VIR ANDER RE	ERIS, KWEE
(3) HERSIEN	✓
16-9-10	<i>J. Kuyper</i>
DATUM	HANDTEKENING

GAZIT PROPERTIES (EDMS) BEPERK

Verweerder

UITSpraak

- [1] Die Eiser is die voorlopige likwidateurs in die insolvente boedel van Malokiba Trading 19 (Edms) Beperk ("Malokiba") wat op 30 Oktober 2007 voorlopig en op 5 Februarie 2008 finaal gelikwideer is.
- [2] Die Verweerder ("Gazit") het op 29 Augustus 2005, 7 September 2005, 15 September 2005 en 21 November 2005, gelykluidende leningsooreenkomste met Malokiba gesluit. Die leningsooreenkomste was vir 'n totale bedrag van R5 miljoen wat deur Verweerder aan Malokiba geleen is en wat respektiewelik rente

sou loop teen 'n koers van 2,5% per maand (na die aftrek van Malokiba se koste).

- [3] Die skriftelike leningsooreenkomste bepaal onder andere dat die leningsbedrag aangewend sal word ten aansien van oordragkoste en/of eiendomsagente-kommissie en/of oorbruggingsfinansiering ten opsigte van onroerende eiendomstransaksies, en wel voor die registrasie van die betrokke transaksie, naamlik deur die verdiskontering van finansiële-en/of ondersteunende dokumentasie. Benewens sekere ander voorwaardes is daar ook 'n bepaling dat die leningsooreenkoms van krag sal bly vir 'n onbepaalde tydperk, onderhewig aan kansellasië deur enige party na verloop van 'n drie maande tydperk sedert kontraksluiting en 45 dae kennisgewing.
- [4] Vanaf 17 April tot 9 Mei 2007 het Malokiba 'n totale bedrag van R3 050 355,00 aan die Verweerder betaal ter vereffening van die rente van 2,5% per maand, bereken op die kapitale bedrae wat Verweerder aan Malokiba geleen het. Sodanige betalings het geskied minder as ses maande voor die likwidasië van Malokiba.
- [5] Die partye het voor die verhoor ooreengekom (en wel by wyse van 'n skriftelike ooreenkoms gedateer 19 Augustus 2010) dat betaling al dan nie van die gemelde bedrag die enigste eis is wat bereg moet word. Eisers het hulle aanvanklike meerdere eise abandoneer. Die

vraag is dus of die gemelde betalings plaasgevind het in die gewone loop van besigheid van Malokiba. Indien wel, is die partye *ad idem* dat die Eisers se eis van die hand gewys moet word. Indien nie, moet die Eisers slaag vir sodanige bedrag as wat nie in die gewone loop van besigheid betaal is nie.

[6] Daarbenewens erken die Verweerder, in die gemelde ooreenkoms, ook die volgende:

- Dat onmiddellik na elke betaling ter sake, Malokiba se laste sy bates oorskry het:
- Dat elke sodanige betaling die effek gehad het dat Verweerder bevoordeel is bo ander krediteure van Malokiba: en
- Dat elke betaling aan die Verweerder 'n vervreemding van sy goed deur Malokiba daarstel.

Terselfdertyd stem die partye saam dat die direkteur van Malokiba nie ten tye van die gemelde betalings bedoel het om die Verweerder bo ander skuldeisers te bevoordeel nie.

[7] Die tersake bepaling van die Insolvensiewet, No.24 van 1936, bepaal soos volg:

"29 Vernietigbare Voorkeur:

(1) Elke vervreemding van sy goed deur 'n skuldenaar, nie meer as ses maande voor die sekwestrasie van sy boedel ... gedaan, waarvan die gevolg is dat aan een van sy skuldeisers bo 'n ander voorkeur verleen is, kan deur die hof vernietig word as die skulde van die skuldenaar onmiddellik na die vervreemding die waarde van sy bate te bowe gegaan het, tensy die persoon ten bate van wie die vervreemding gedaan is bewys dat die vervreemding in die gewone loop van besigheid gedaan is en dat daarmee nie bedoel was om aan een skuldeiser bo 'n ander voorkeur te verleen nie."

[8] In die lig van die erkennings gemaak deur die Verweerder en voorts in die lig van die bewoording van Artikel 29(1), rus die bewyslas op die Verweerder. Verweerder het daarom ook eerste getuienis aangebied. Namens Verweerder is die getuienis van, eerstens, Mnr Ferreira, 'n finansiële adviseur in diens van die Verweerder, aangebied. Die strekking van sy getuienis is wesenlik dat die Verweerder tevrede was dat sy belegging by Malokiba veilig was en dit aangewend sou word vir doeleindes soos in die

leningsooreenkomste uiteengesit en hierbo kortliks na verwys. Hy gee egter later in kruisverhoor toe dat ene Dewald Viljoen, namens Malokiba, valse inligting aan Verweerder voorgehou het en dat indien Verweerder van die ware posisie en werkswyse soos dit by Malokiba geheers het en toegepas is, bewus was, die Verweerder waarskynlik nie geld by laasgenoemde sou belê het nie. Hy getuig voorts dat die Verweerder nooit in besit gestel is van toepaslike dokumentasie wat aandui dat Malokiba inderdaad die Verweerder se fondse aangewend het ingevolge die onderskeie skriftelike ooreenkomste nie. Die prentjie namens Malokiba aan beleggers voorgehou, was dus vals.

- [9] Mnr van Wyk, 'n ouditeur, was die Verweerder se volgende getuie. Die belang van sy getuienis lê daarin dat hy 'n rekenkundige oefening gedoen het waaruit aanhangsels "A", "B" en "C" aangeheg by sy Reël 36(9)(b)-kennisgewing, voortgespruit het. Die gemelde aanhangsels handel met, respektiewelik, ontvangstes vanaf beleggers tussen die tydperk 1 Maart 2007 tot 30 September 2007 en wel ten bedrae van R23 941 000,00, terugbetalings aan beleggers oor dieselfde tydperk ten bedrae van ongeveer R20 miljoen (minus 'n bedrag van ongeveer R8,5 miljoen), en voorbeelde van oorbruggingstransaksies vir die gemelde tydperk. Hy kon egter geen lig werp op die aard van Malokiba se besigheid, anders as wat hy uit die boeke kon aflei nie. In die besonder kon

hy nie betwis dat fondse van nuwe beleggers aangewend kon gewees het om die terugbetalings aan die Verweerder te maak nie.

[10] Na sluiting van die Verweerder se saak het Eiser 'n aansoek om absolusie van die instansie gedoen. Ek stem saam met Mnr Ellis SC (namens die Verweerder) dat die aansoek ondeurdag, onvanpas en waarskynlik onreëlmatig gemaak is. Ek het die aansoek van die hand gewys.

[11] Namens Eiser het Mev Vermeulen, voorheen 'n werknemer van Malokiba, getuig. Uit haar getuienis blyk onder andere die volgende:

- Daar het 'n grootskaalse plundering van Malokiba se fondse plaasgevind deur veral 'n prokureur waarvan die firma se een trustrekening as "*bank*" vir Malokiba gebruik is, asook deur 'n sekere agent, ene Mev Ungerer;
- Minstens 50% van die besigheid gedryf deur Malokiba is op die wyse wanaangewend. Stawende dokumentasie soos byvoorbeeld koopkontrakte, prokureursondernemings of -waarborge en bevestiging van die bestaan van verbande (soos wat by normale en gesonde transaksies van oorbruggingsfinansiering verwag sou kon word) het dikwels ontbreek.

- Beleggings is dikwels nie aangewend vir die doel van oorbruggingstransaksies nie;
- Daar is gebruik gemaak van agente om nuwe beleggings by beleggers te werf;
- Nuwe fondse is, onder andere, aangewend om kapitale- en rentebetalings aan beleggers te doen.

[12] Mev Vermeulen se getuienis is wesenlik gestaaf deur Mnr Robinson, 'n forensies ouditeur. Daarbenewens getuig Mnr Robinson dat Malokiba se besigheid soortgelyk is aan die van 'n bank, dat Malokiba waarskynlik van so vroeg as die tweede maand van die bestaan daarvan, insolvent was, en dat die besigheid op 'n roekelose wyse bedryf is – een wat daarop gemik was om krediteure te bedrieg.

[13] Met die eerste oogopslag voldoen die leningsooreenkomste gesluit tussen Malokiba en die Verweerder, skynbaar aan die vereistes wat normaalweg vir ooreenkomste van die aard sou geld. Die vraag is egter of, en indien wel, in watter mate, die feite hierbo genoem 'n effek op die regsgeldigheid van die ooreenkomste en/of die regshandeling voortspuitend daaruit, mag hê?

[14] In Artikel 1 van die Insolvensiewet word 'n "*disposition*" onder andere beskryf as "*any transfer or abandonment of rights to property and includes ... payment ...*". Met verwysing na die verbod op vervreemding van goed, soos deur Artikel 29(1) neergelê, sê Mars **The Law of Insolvency in South Africa (9de Uitgawes)** op bladsy 262, par13.1 en verder die volgende:

"The test as to ordinary course of business is an objective one, namely whether, having regard to the terms of the transaction and the circumstances under which it was entered into, the transaction was one which would normally have been entered into by solvent business persons. The questions of intention to prefer and whether the debtor's liabilities exceed his assets are irrelevant. The terms of any contract on which the disposition was based must be considered when deciding whether the whole transaction was one which normally would be entered into between solvent men of business."

En verder in dieselfde paragraaf op bladsy 263:

"The true character of the transaction must be determined by its substance and not by the form the parties have given it. The terms of any contract forming the basis of the disposition

are relevant to the enquiry, for a disposition under a contract which is itself open to question cannot be said to be in the ordinary course of business. A contract of loan that provides for the payment of usurious interest is not in the ordinary course of business because both the making and receiving of the disposition must be lawful. Furthermore, when considering the disposition itself, the court must necessarily bring the actions of all the parties under review."

LAWSA volume 11, par272 stel dit soos volg:

"The words 'ordinary course of business' have been the subject of much judicial comment, but a conclusive and comprehensive definition is necessarily difficult to formulate. Business is a variable concept; business methods vary from place to place, time to time and transaction to transaction. Business is progressive and it would no doubt be hard to find many business transactions which are exactly alike. Some variation in one feature or another or some combination of previously well-known features may be expected to occur. The courts have over the years evolved the following principles which serve as a guide in determining whether or not a particular transaction falls within the ambit of these words. The approach of the court must be objective which

means that the decisive consideration is not the attitude or opinion of the insolvent or debtor but that of the ordinary business person; the court must ask itself whether if regarded objectively, solvent persons would in the normal course of business act in the same way as the parties concerned in the transaction. The test is whether the disposition is in accordance with ordinary business methods and principles obtaining amongst solvent business persons. In order to be in the ordinary course of business a disposition must be one which would not to the ordinary business person appear anomalous or unbusiness-like or surprising. This is the measure against which the transaction must be evaluated. Even when a person's liabilities exceed his assets he is entitled to run and maintain his business in a usual and proper manner. No doubt in the hope of recovering solvency provided he does so in the normal way. If this favours one creditor rather than another that is irrelevant."

Sien ook: **Pretorius' Trustee v Van Blommenstein 1949 (1) SA 267 (O) op 272 en Cooper & Another NNO v Merchant Trade Finance Limited 2000 (3) SA 100 (SCA), bl1027 tot 1028**

[15] Ook ter sake is sekere bepalings van die Bankwet. Artikel 11(1) daarvan bepaal:

"Subject to the provisions of Section 18A no person shall conduct the business of a bank unless such person is a public company and is registered as a bank in terms of this act."

[17] In Artikel 1 van die Bankwet word *"the business of a bank"* soos volg gedefinieer.

"The business of a bank means –

- (a) The acceptance of deposits from the general public (including persons in the employ of the person so accepting deposits) as a regular feature of the business in question;*
- (b) The soliciting of or advertising for deposits;*
- (c) The utilisation of money or of the interest or other income earned on money, accepted by way of deposit as contemplated in paragraph (a)-*

- (i) *For the granting by any person, acting as lender in such person's own name or through the medium of a trust or a nominee, of loans to other persons;*
- (ii) *For investment by any person acting as investor in such person's own name or through the medium of a trust or a nominee; or*
- (iii) *For the financing, wholly or to any material extent, by any person of any other business activity conducted by such person in his or her own name or through the medium of the trust or the nominee."*

[17] Uit die getuienis van Mev Vermeulen gerugsteun deur Mnr. Robinson is dit duidelik dat die besigheid wat deur Malokiba bedryf is, vir 'n groot mate daarvan nie bestempel kan word as sou dit die gewone gang van besigheid wees wat deur 'n finansierder van oorbruggingstransaksies gedoen word nie; daarvoor is die afwesigheid van die te verwagte dokumentasie ter staving van elke transaksie te ooglopend afwesig. Die waarskynlikhede dui eerder op 'n lukrake rondskuif van fondse sonder die nodige stawende dokumentasie en waaroor daar weinig effektiewe beheer uitgeoefen

is. Trouens, Mev Vermeulen gaan so ver as om te sê dat die inligting wat deur Viljoen aan beleggers voorgehou is, naamlik dat die fondse van beleggers vir oorbrugging aangewend sou word, vals was. Die getuienis is oorweldigend dat die kapitaal van beleggers onder valse voorwendsels bekom is.

[18] Malokiba was gevolglik te alle tersake tye daarvan bewus dat die leningsooreenkomste nie was wat dit voorgegee het om te wees nie – minstens nie wat die oorbruggings-/finansieringsdoel daarvan betref nie. As sodanig was die ooreenkomste dus nie transaksies wat in die normale loop van besigheid nl. met die genoemde doelwit voor oë, aangegaan is nie.

[19] Addisioneel daartoe, en selfs al sou ek fouteer in my voormelde bevinding, dan geld die volgende. Mnr Ellis het in betoog – myns insiens korrek – toegegee dat hy nie kan aanvoer dat Malokiba nie minstens die bepalings van Artikel 1(b) van die Bankwet oortree het nie (en dan moontlik ook nog die bepalings van Artikel 1(a) en/of 1(c)(i)). Sou Malokiba dus as bank opgetree het (so lui die argument) en die leningskontrakte daarom onwettig wees, dan volg dit steeds nie dat die verpligting van die lener om die kapitaal aan die voorskietter terug te betaal, uitgewis word nie: trouens, met verwysing na die dictum in **Standard Bank v Estate Van Rijn 1925 AD 274** en **Fourie N.O. v Edeling N.O.** is gesubmiteer dat

nietige leningsooreenkomste weens die onwettigheid daarvan nie beteken dat die voorskieter sy reg om sy geld terug te eis, verloor nie: *"The only legal 'business', the only ordinary 'business' that could ever have been concluded by an illegal borrower, was to promptly repay the money so borrowed"* (hoofde, Verweerder, paragraaf 24).

- [20] As 'n weergawe van die algemene geldende posisie sou Mnr Ellis se standpunt korrek wees. Die skuldeiser se reg om betaling te eis en die skuldenaar se plig om te betaal kan in die onderhawige geval egter nie los van, of buite die konteks van die bepalings van Artikel 29(1) asook die definisie van "*disposition*" en die bepalings van Artikel 1(a), (b) en (c) van die Bankwet beskou word nie. Wat onder ander omstandighede as 'n normale eisreg en wederkerige betalingsverpligting beskou sou kon word, word binne die kader van 'n verbode "*disposition*" soos neergelê in Artikel 29(1), 'n vernietigbare voorkeur. Die gehele transaksie word getref deur die fundamentele kontaminasie daarvan wat sy oorsprong het in die oortreding van die Bankwet, opgevolg deur 'n transaksie wat nie in die gewone loop van besigheid aangegaan is nie en wat gevolglik, en onvermydelik, deur die vermelde bepalings van die Insolvensiewet getref word. Trouens, 'n transaksie wat gebuk gaan onder die bewese omringende wanpraktyke soos in die onderhawige geval en wat voorts getref word deur die gemelde bepalings van die

Bankwet, kan vir geen element daarvan as 'n transaksie aangegaan in die gewone loop van sake, aangemerkt word nie. Dit geld ook die ter sake betalings gemaak deur Malokiba aan Verweerder.

[21] Ek maak gevolglik die volgende bevel:

- (a) Die betalings in die bedrag van R3 050 355,00 wat Malokiba gedurende die tydperk 17 April 2007 tot 9 Mei 2007 aan die Verweerder gemaak het, word tersyde gestel in terme van die bepalinge van Artikel 29(1) van die Insolvensiewet, Wet 24 van 1936.
- (b) Die Verweerder word gelas om die bedrag van R3 050 355,00 aan die Eisers terug te betaal tesame met rente daarop *a tempore morae* bereken teen 'n koers van 15,5% per jaar.
- (c) Koste van die geding wat insluit die koste van twee advokate.

DIT WORD SO GELAS



T J Kruger (Waarnemende Regter)