

VRYSTAATSE HOË HOF, BLOEMFONTEIN
REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Aansoek Nr. : 3056/2011

In die aansoek van:-

<u>INVESTEC BANK BEPERK</u>	Eerste Applikant
<u>LUKE BERNARD SAFFY N.O.</u>	Toetredende Applikant
<u>CHAVONNES BADENHORST ST.CLAIR COOPER N.O.</u>	Toetredende Applikant
<u>DONOVAN THEODORE MAJIEDT N.O.</u>	Toetredende Applikant

versus

<u>ANDREW GEORGE SCHOLTZ N.O.</u> (In sy hoedanigheid as enigste trustee van Jo-Ann Trust IT 968/2000)	Respondent
---	------------

Aansoek Nr. : 3057/2011

In die aansoek van:-

<u>INVESTEC BANK BEPERK</u>	Eerste Applikant
<u>ALLAN DAVID PELLOW N.O.</u>	Toetredende Applikant
<u>EUGENE FREDERICK SAFFY N.O.</u>	Toetredende Applikant
<u>DONOVAN THEODORE MAJIEDT N.O.</u>	Toetredende Applikant

versus

<u>ANDREW GEORGE SCHOLTZ</u> (In sy hoedanigheid as enigste trustee van Rocklands Development Trust IT 874/1999)	Respondent
---	------------

Aansoek Nr. : 3058/2011

In die aansoek van:-

INVESTEC BANK BEPERK

Eerste Applikant

LUKE BERNARD SAFFY N.O.

Toetredende Applikant

**CHAVONNES BADENHORST ST.CLAIR
COOPER N.O.**

Toetredende Applikant

DONOVAN THEODORE MAJIEDT N.O.

Toetredende Applikant

versus

ANDREW GEORGE SCHOLTZ N.O.

Respondent

(In sy hoedanigheid as enigste trustee
van Barkly Road Development Trust IT 1701/2001)

AANGEHOOR OP:

1 DESEMBER 2011

UITSPRAAK DEUR:

VAN DER MERWE, R

GELEWER OP:

15 DESEMBER 2011

INLEIDING

[1] Op 11 Augustus 2011 is in elk van die voormelde drie aansoeke ten gunste van die eerste applikant (Investec) voorlopige sekwestrasiebevele verleen ten opsigte van die boedels van Jo-Ann Trust IT 968/2000 (Jo-Ann Trust), Rocklands Development Trust IT 874/1999 (Rocklands

Trust) en Barkly Road Development Trust IT 1701/2001 (Barkly Road Trust). Hierdie is die verlengde keerdag van die drie voorlopige sekwestrasiebevele.

[2] Die toetredende applikante in aansoeke 3056/2011 en 3058/2011 is die likwidadeure van Vista Park Developers (Edms) Bpk (Vista Park). Die toetredende applikante in aansoek 3057/2011 is die likwidadeure van Aralella Holdings (Edms) Bpk (Aralella). Op 11 Augustus 2011 is aan die toetredende applikante verlof verleen om as applikante tot die betrokke aansoeke toe te tree. Die toetredende applikante se standpunt is dat indien enige van die voorlopige sekwestrasiebevele ten gunste van Investec opgehef sou word, versoek word dat voorlopige sekwestrasiebevele ten gunste van die toetredende applikante verleen word.

[3] Al die voormelde bevele van 11 Augustus 2011 is by ooreenkoms tussen die partye verleen. Kragtens ooreenkoms tussen al die partye is al drie sekwestrasie-aansoeke en al drie voorwaardelike aansoeke van die toetredende applikante gelyktydig verhoor. Dit is 'n

verstandige en koste-effektiewe reëling. Die partye het aansoek 3057/2011 as die hoofaansoek beskou en in die stukke in die ander aansoeke is grootliks verwys na die stukke in aansoek 3057/2011. By die aanhoor van die aansoeke het ek 'n dupliserende verklaring namens die respondente toegelaat. Hierdie verklaring het betrekking op al drie aansoeke van Investec en al drie aansoeke van die toetredende applikante. Dit is gevolglik aangewese om een uitspraak te gee ten opsigte van al die aansoeke voor my. Alhoewel die stukke van Investec in Engels is, is al die ander stukke in Afrikaans en was al die betoë voor my in Afrikaans. Dit is gevolglik ook aangewese om uitspraak in Afrikaans te gee.

- [4] Mnr. Andrew George Scholtz is die enigste trustee van Rocklands Trust, Barkly Road Trust, Jo-Ann Trust, die Scholtz Familietrust en Lee Marco Trust. Die begunstigdes van Rocklands Trust is die trustees van Jo-Ann Trust. Die begunstigdes van Barkly Road Trust is die trustees van Jo-Ann Trust en die kinders van Mnr. Scholtz en hul afstammelinge. Die begunstigdes van Jo-Ann Trust is die kinders van Mnr. Scholtz en hul afstammelinge sowel as die

Lee Marco Trust. Laasgenoemde is klaarblyklik ook 'n verbonde trust.

- [5] Die Scholtz Familietrust is die enigste aandeelhouer in Aralella. Mnr. Scholtz is dus in sy hoedanigheid as enigste trustee van die Scholtz Familietrust die enigste aandeelhouer in Aralella en is ook die enigste direkteur daarvan. Aralella is finaal gelikwideer op 4 November 2010.
- [6] Jo-Ann Trust is die enigste aandeelhouer in Vista Park. Mnr. Scholtz is dus in sy hoedanigheid as enigste trustee van Jo-Ann Trust, die enigste aandeelhouer in Vista Park en is ook die enigste direkteur daarvan. Vista Park is in likwidasië geplaas op 10 Junie 2010.
- [7] Mnr. Scholtz is die enigste lid van Consouw BK (Consouw). Consouw is finaal gelikwideer op 11 November 2010.
- [8] Uit hoofde van die voorgaande moet eerstens bepaal word of finale sekwestrasiebevele ten opsigte van die boedels van die respondente ten gunste van die Investec verleen moet word. Die belangrikste vrae wat beantwoording verg, is of

betekening soos vereis geskied het aan die werknemers van die respondente en of die boedels van Rocklands Trust en Barkly Road Trust insolvent is. Indien beide vrae ten gunste van Investec beantwoord word, moet oorweeg word of dit tot voordeel van die krediteure van die respondente is dat finale sekwestrasiebevele uitgereik word en indien wel, of nogtans 'n diskresie teen verlening van finale sekwestrasiebevele uitgeoefen behoort te word.

BETEKENING AAN WERKNEMERS

[9] Ten spyte daarvan dat dit nie in die aansoekstukke of betoogshoofde namens die respondente in die vooruitsig gestel is nie, steun die respondente daarop dat die bepalinge van artikel 9(4A)(a)(ii) en 11(2A)(b) van die Insolvensiewet, 24 van 1936, nie nagekom is nie.

[10] Hierdie artikels bepaal soos volg:

- “(4A)(a) Wanneer ‘n versoekskrif by die hof voorgelê word, moet die versoeker ‘n afskrif van die versoekskrif verskaf –
- i) ...

- ii) aan die werknemer self –
 - (aa) deur 'n afskrif van die versoekskrif aan te bring op enige kennisgewingbord op die skuldenaar se perseel waartoe die versoeker en die werknemers toegang het; of
 - (bb) indien daar geen toegang tot die perseel deur die versoeker en die werknemers is nie, deur 'n afskrif van die versoekskrif aan te bring op die toegangshek van die perseel, waar toepaslik, so nie op die voordeur van die perseel vanwaar die skuldenaar ten tye van die voorlegging van die versoekskrif enige besigheid bedryf het;

.....

- 11(2A) 'n Afskrif van die bevel nisi moet gedien word op –
 - a) ...
 - b) die skuldenaar se werknemers deur 'n afskrif van die versoekskrif aan te bring op enige kennisgewingbord op die skuldenaar se perseel waartoe die werknemers toegang het, of indien daar geen toegang tot die

perseel deur die werknemers is nie,
 deur 'n afskrif aan te bring op die
 toegangshek, waar toepaslik, so nie
 op die voordeur van die perseel
 vanwaar die skuldenaar ten tye van
 die voorlegging van die versoekskrif
 enige besigheid bedryf het;”

(Dit kom voor dat in artikel 11(2A)(b) 'n fout ingesluit het deurdat daarin na 'n afskrif van die versoekskrif verwys word eerder as die bevel *nisi*. Ek aanvaar vir doeleindes hiervan dat bedoel is dat die bevel *nisi* aldus beteken moet word.)

- [11] Dit is duidelik dat artikel 9(4A) 'n informele proses voorsien. Die applikant moet 'n afskrif van die aansoek om sekwestrasie verskaf. Betekening deur die balju word nie vereis nie. Ek stem egter saam dat hierdie bepalings in gebiedende vorm gegiet is, in teenstelling met byvoorbeeld artikel 9(4A)(a)(iv) wat bepaal dat die hof na goeddunke kan afsien van die verskaffing van 'n afskrif van die aansoek aan die skuldenaar indien die hof oortuig is dat dit in die belang van die skuldenaar of van die skuldeisers is om so te doen.

- [12] Die eerste vraag is dus of nakoming van hierdie bepalings geskied het. In hierdie verband is dit na my oordeel belangrik om te let op wat gesê is in **MAHARAJ AND OTHERS v RAMPERSAD** 1964 (4) SA 638 (A) op 646 D, naamlik:

“The enquiry, I suggest, is not so much whether there has been 'exact' 'adequate' or 'substantial' compliance with this injunction but rather whether there has been compliance therewith. This enquiry postulates an application of the injunction to the facts and a resultant comparison between what the position is and what, according to the requirements of the injunction, it ought to be. It is quite conceivable that a Court might hold that, even though the position as it is is not identical with what it ought to be, the injunction has nevertheless been complied with. In deciding whether there has been a compliance with the injunction the object sought to be achieved by the injunction and the question of whether this object has been achieved are of importance.”

- [13] Daar moet vervolgens ook rekening gehou word met die bepalings van artikel 157(1) van die Insolvensiewet wat in outydse Afrikaans van 1936 soos volg lui:

“Geen verrigting ingevolge hierdie Wet is weens ‘n formele gebrek of onreëlmatigheid ongeldig nie, tensy daardeur ‘n aanmerklike onreg aangedaan is wat volgens die oordeel van die hof nie deur ‘n order van die hof herstel kan word nie.”

‘n Aanmerklike onreg volgens die Engelse teks van die Wet is ‘n “substantial injustice”.

[14] In elk van die aansoeke is relase van die Balju van Bloemfontein gedateer 19 Mei 2011 en 17 Augustus 2011 en wat soos volg lui:

“On this 19th day of May 2011 at 13:55 I served this notice of motion, founding affidavit M. Ackermann with annexures FA1 to FA43 upon the employees of Scholtz A G N O at the chosen *domicilium citandi et executandi* at Sovereign House, Second Floor, c/o First Avenue and Charles Street, Bloemfontein, aforementioned address a premises to which the employees of Scholtz A G N O has proper access, by fixing a copy to the main entrance (Main door to offices) as I found the address to be vacated.”

“Op hierdie 17de dag van Augustus 2011 om 9:15 het ek ‘n afskrif van hierdie bevel *nisi* gedateer 15 Augustus 2011

behoorlik beteken deur 'n afskrif daarvan op die ontvangstonbank van Scholtz A G N O se besigheidsplek te Brilstraat 2, Westdene, Bloemfontein te laat, voormelde adres 'n perseel waartoe die werknemers van Scholtz A G N O behoorlike toegang het.

Opmerkings:

- 1) Daar is geen kennisgewingbord op die perseel nie en het ek dus die afskrif vir die vier werknemers se kennisname op die toonbank gelaat.
- 2) Die werknemers word na bewering nie deur enige geregistreerde vakbonde verteenwoordig en kon betekening ten aansien hiervan nie geskied nie.”

[15] Die verwysing na 'n bevel *nisi* gedateer 15 Augustus 2011 in die relase van 17 Augustus 2011 is na my oordeel klaarblyklik slegs 'n fout en moet verstaan word as 'n verwysing na die bevel *nisi* gedateer 11 Augustus 2011. Daar is geen ander bevel *nisi* in hierdie aansoeke uitgereik dan dié gedateer 11 Augustus 2011 nie.

[16] Ingevolge die bepalinge van artikel 36(2) van die Wet op die Hooggeregshof, 59 van 1959, is die betrokke relase *prima facie* getuienis daarvan dat die werknemers van die betrokke trusts toegang tot die betrokke persele gehad het en dit is nie

in getuienis voor my betwis nie. Dit volg dat ten opsigte van die relase van die betekenings op 19 Mei 2011 die bepalings van artikel 9(4A)(a)(ii)(aa) van toepassing is en nie sub-artikel (bb) nie en dat ten opsigte van die betekenings van 17 Augustus 2011 die eerste gedeelte van artikel 11(2A)(b) van toepassing is. Dit is 'n noodwendige implikasie van die relase van 19 Mei 2011 dat geen kennisgewingbord beskikbaar was nie, terwyl die relase van 17 Augustus 2011 uitdruklik vermeld dat geen kennisgewingbord op die perseel beskikbaar was nie. Dit is opmerklik dat die Wet nie bepaal wat in so 'n geval moet gebeur nie. Dit kan gevolglik nie gesê word dat betekening deur aanhegting aan die hoofingang op 19 Mei 2011 en deur die bevel nisi op die ontvangstoonbank te laat op 17 Augustus 2011 nie ooreenkomstig die Wet is nie. Die bedoeling van hierdie voorskrifte is om 'n afskrif van die aansoek om sekwestrasie of die voorlopige sekwestrasiebevel te laat op 'n plek waar die werknemers van die betrokke respondent toegang daartoe te kan verkry. In die omstandighede is na my oordeel aan hierdie oogmerk voldoen en bevind ek dat nakoming van die betrokke wetsbepalings geskied het.

[17] In ieder geval is hoogstens formele gebreke soos bedoel in artikel 157(1) ter sprake. 'n Formele gebrek is een wat te doen het met prosedure en nie met die meriete of substansie van die aangeleentheid nie. Ek is oortuig daarvan dat hier geen wesenlike onreg teenoor die werknemers van die respondente kon plaasgevind het nie. Mnr. Scholtz is die enigste trustee van al drie respondente en dit is skaars denkbaar dat die vier werknemers van die respondente onbewus kon gewees het van die aansoeke om sekwestrasie van die respondente en/of die voorlopige sekwestrasiebevele. Alhoewel dit nie deur die voorlopige sekwestrasiebevele of die praktyk van hierdie hof geverg is nie, het publikasie van die bevel *nisi* in elk geval ook geskied in die Volksblad (en die Staatskoerant). In die afwesigheid van enige aanduiding tot die teendeel, is dit moeilik om in te sien hoe die belange van vier werknemers 'n wesenlike invloed sou kon hê op die vrae wat op die meriete hiervan beantwoord moet word. Ek meen dus dat enige gebrek of onreëlmatigheid met betrekking tot betekening van die aansoeke en/of die voorlopige sekwestrasiebevele aan die werknemers van die respondente in ieder geval 'n formele gebrek of onreëlmatigheid is wat nie wesenlike onreg en dus

ongeldigheid tot gevolg gehad het nie.

DAADWERKLIKE INSOLVENSIE

[18] Die toets vir feitelike insolvensie is of die laste van die respondent, billik gewaardeer, die bates daarvan, billik gewaardeer, oorskry. Dit beteken dat bewys moet word dat die werklike laste van die respondent meer is dan die markwaarde van sy bates. Sien **DE VILLIERS v BATEMAN** 1946 TPD 126 op 130 en **MACKAY v CAHI** 1962 (4) SA 193 (O) op 194 E – F, 195 D, 196 B en 204 F.

[19] Kragtens skriftelike leningsooreenkoms getitel kontrak 002, aangegaan op 24 Maart 2010, het Investec die bedrag van R63 733 434,92 aan Aralella geleen en voorgeskiets. Kragtens skriftelike leningsooreenkoms getitel kontrak 005, aangegaan op 24 Maart 2010, het Investec die bedrag van R10 332 364,71 aan Consouw geleen en voorgeskiets. Kragtens skriftelike leningsooreenkoms getitel kontrak 007, aangegaan op 24 Maart 2010, het Investec die bedrag van R2 897 896,65 aan Consouw geleen en voorgeskiets. Kragtens skriftelike leningsooreenkoms getitel kontrak 008, aangegaan op 24 Maart 2010, het Investec die bedrag van

R7 miljoen aan Consouw geleen en voorgeskië. Kragtens skriftelike leningsooreenkoms getitel kontrak 009, aangegaan op 16 Februarie 2010, het Investec die bedrag van R20 938 566,00 aan Consouw geleen en voorgeskië. Kragtens skriftelike leningsooreenkoms getitel kontrak 010, aangegaan op 24 Maart 2010, het Investec die bedrag van R8 472 583,00 aan Consouw geleen en voorgeskië. Kragtens skriftelike leningsooreenkoms getitel kontrak 011, aangegaan op 30 Julie 2010, het Investec die bedrag van R18 907 000,00 aan Consouw geleen en voorgeskië. Die totale bedrag aldus aan Consouw geleen en voorgeskië beloop dus R68 548 410,36. Die partye het na kontrak 002 verwys as die eerste leningsooreenkoms, kontrak 005 as die tweede leningsooreenkoms, kontrak 007 as die derde leningsooreenkoms, kontrak 008 as die vierde leningsooreenkoms, kontrak 009 as die vyfde leningsooreenkoms, kontrak 010 as die sesde leningsooreenkoms en kontrak 011 as die sewende leningsooreenkoms. Ek sal geriefshalwe ook so doen.

[20] Dit was 'n uitdruklike voorwaarde van die eerste leningsooreenkoms dat Rocklands Trust, Barkly Road Trust,

Scholtz Familietrust, Vista Park, Consouw en Mnr. Scholtz hul elk teenoor die applikant verbind as borg en mede-hoofskuldenaar vir die verpligtinge van Aralella teenoor Investec tot 'n bedrag van R60 miljoen en dat Jo-Ann Trust hom aldus verbind tot die bedrag van R10 miljoen. Op hierdie wyse het Consouw ook as borg en mede-hoofskuldenaar aanspreeklik geword teenoor Investec vir die aanspreeklikheid van Aralella teenoor Investec. Dit was 'n uitdruklike voorwaarde van elk van die tweede tot sewende leningsooreenkomste dat Rocklands Trust, Barkly Road Trust, die Scholtz Familietrust, Vista Park, Aralella en Mnr. A.G. Scholtz hul telkens teenoor Investec verbind as borg en mede-hoofskuldenaar vir die nakoming van die verpligtinge van Consouw teenoor Investec tot die bedrag van R60 miljoen en dat Jo-Ann Trust hom aldus telkens verbind tot die bedrag van R10 miljoen.

- [21] Kragtens skriftelike borgakte aangegaan op 15 Februarie 2010 het Rocklands Trust hom teenoor Investec verbind vir die nakoming van die verpligtinge van Aralella teenoor Investec. Kragtens vier afsonderlike skriftelike borgaktes elk aangegaan op 15 Februarie 2010, het Rocklands Trust hom

teenoor Investec verbind as borg en mede-hoofskuldenaar vir die nakoming van die verpligtinge van Consouw teenoor Investec. Op 22 Februarie 2010 en 20 Julie 2010 het Rocklands Trust insgelyks skriftelike borgaktes aangegaan vir verskuldigheid van Consouw. Elkeen van hierdie sewe borgaktes was beperk tot die bedrag van R60 miljoen. Barkly Road Trust het op presies dieselfde datums en presies dieselfde terme hom as borg en mede-hoofskuldenaar teenoor Investec verbind en dieselfde geld vir Jo-Ann Trust, behalwe dat die aanspreeklikheid van Jo-Ann Trust tot R10 miljoen beperk is. (Inderwaarheid is in een van die borgaktes wat namens Jo-Ann Trust onderteken is op 15 Februarie 2010, die aanspreeklikheidsperk op R60 miljoen gestel. Soos hieronder sal blyk, draai niks egter hierom nie.)

- [22] Die partye het na elk van die drie borgaktes wat Rocklands Trust, Barkly Road Trust en Jo-Ann Trust vir die skuld van Araella gegee het, telkens verwys as die eerste borgakte. Alhoewel nie een van die borgaktes wat deur die respondente vir die skuld van Consouw gegee is, enigsins na enige van die leningsooreenkomste verwys nie, het

Investec in die stukke die vier borgaktes wat elk van die respondente op 15 Februarie 2010 ten opsigte van die skuld van Consouw aangegaan het, gekoppel aan die tweede, derde, vierde en vyfde leningsooreenkomste en gevolglik ook daarna verwys as die tweede, derde, vierde en vyfde borgaktes onderskeidelik. Die borgaktes aangegaan op 22 Februarie 2010 is gekoppel aan die sesde leningsooreenkoms en is telkens na verwys as die sesde borgakte. Insgelyks is die borgaktes aangegaan op 20 Julie 2010 gekoppel aan die sewende leningsooreenkoms en telkens na verwys as die sewende borgakte.

- [23] Na die likwidasië van Aralella en Consouw is sekere betalings aan Investec gemaak. As gevolg hiervan is soos op 1 November 2011 die verskuldigheid van Aralella teenoor Investec ongeveer R28,9 miljoen en die verskuldigheid van Consouw teenoor Investec ongeveer R47,1 miljoen, ten opsigte die tweede tot sewende leningskontrakte tesame. Hierdie bedraë dra rente vanaf 2 November 2011 teen rentekoerse van tussen 12% per jaar en 17,62 per jaar bereken op daaglikse saldo en maandeliks saamgestel. Bereken teen 12% per jaar beloop die maandelikse rente

betalbaar op die totale skuld van R76 miljoen die bedrag van R760 000,00 per maand. Dit word aanvaar dat die likwidateure van Consouw 'n verdere bedrag van R14 miljoen aan Investec sal betaal, maar dit is nog nie inderdaad betaal nie.

[24] Dit is namens Jo-Ann Trust reeds in die stukke toegegee dat Jo-Ann Trust insolvent is. Op hierdie respondent se eie syfers en sonder inagneming van enige verskuldigheid van Jo-Ann Trust aan Investec, oorskry die laste van Jo-Ann Trust die bates daarvan met ongeveer R30 miljoen. In die bespreking hieronder word gevolglik gehandel met die finansiële posisie van Rocklands Trust en Barkly Road Trust.

[25] Volgens die Rocklands Trust self het dit laste van ongeveer R12,1 miljoen bo en behalwe enige verskuldigheid aan Investec. Volgens die Barkly Road Trust het dit laste van ongeveer R19,8 miljoen bo en behalwe enige verskuldigheid aan Investec.

[26] Rocklands Trust is die eienaar van 'n winkelsentrum. Die markwaarde van die winkelsentrum is in 'n waardasie wat

deel vorm van die stukke voor my bepaal op R35,5 miljoen en hierdie waardasie word deur Rocklands Trust aanvaar. Barkly Road Trust is ook die eienaar van 'n winkelsentrum en 'n vulstasie. Barkly Road Trust stel die waarde daarvan tesame op R32 miljoen en dit word nie vir huidige doeleindes deur Investec betwis nie. Namens die respondente is gepoog om aan te voer dat twee maande se huurgeld ten opsigte van die winkelsentrums en vulstasie bates in die boedels van Rocklands Trust en Barkly Road Trust vorm. Ek kan nie insien hoe toekomstige huurgeld vir huidige doeleindes bates in die boedels kan vorm nie. In elk geval maak hierdie bedrae weinig verskil aan die groter prentjie, veral as rente verskuldig aan Investec ook in ag geneem word. Volgens Barkly Road Trust het dit ook bates bestaande uit 'n lening deur Rocklands Trust aan Barkly Road Trust verskuldig in die bedrag van R302 098.00 en 'n dividend in die bedrag van R1 222 888,05 wat verwag word ten opsigte van 'n lening deur Barkly Road Trust aan Jo-Ann Trust gemaak. Saam met die winkelsentrum en vulstasie sou dit die bates van Barkly Road Trust op ongeveer R34 miljoen te staan bring. In argument is op gekunstelde en foutiewe wyse aangevoer dat Barkly Road Trust as borg vir

Vista Park 'n bedrag van ongeveer R21,5 miljoen verskuldig is aan Standard Bank, maar dat 'n verhaalsreg teen Standard Bank ten opsigte van dieselfde onderwerp 'n bate van ongeveer R18,5 miljoen daarstel. Ek vind nie hierdie redenasie aanvaarbaar nie en meen dat hierdie bedrae weggelaat moet word. Barkly Road Trust ontken in die stukke dat dit as borg teenoor Standard Bank aanspreeklik is en Investec steun nie op sodanige verskuldigheid nie. Dit is in elk geval tot voordeel van Barkly Road Trust aangesien op hierdie wyse 'n netto las van ongeveer R3 miljoen weggelaat word.

- [27] Op die basis dat beide Rocklands Trust en Barkly Road Trust ingevolge die borgaktes aanspreeklik is vir die totale verskuldigheid van Araella en Consouw teenoor Investec, het beide Rocklands Trust en Barkly Road Trust geen ander bates dan bogemelde nie en is beide heeltemal insolvent. Op hierdie basis beloop die totale laste van Rocklands Trust R88,1 miljoen terwyl die bates daarvan R35,5 miljoen beloop en beloop die totale laste van Barkly Road Trust ongeveer R95,8 miljoen, terwyl die totale bates daarvan ongeveer R34 miljoen beloop. Dit is gevolglik na my oordeel tereg

gedurende argument toegegee dat op hierdie grondslag insolvensie van Rocklands Trust en Barkly Road Trust bewys is. Die betaling van die gemelde bedrag van R14 miljoen aan Investec, sal klaarblyklik geen verskil aan hierdie gevolgrekking maak nie.

- [28] Die argument van die respondente dat nogtans nie bewys is dat Rocklands Trust en Barkly Road Trust insolvent is nie, verloop min of meer soos volg. Die tersaaklike borgaktes magtig die trustees slegs om die trusts as borg te verbind indien dit tot voordeel van die trustbegunstigdes is. Slegs die tweede en vyfde borgaktes aangegaan deur Rocklands Trust en Barkly Road Trust is afdwingbaar, omdat die fondse wat by wyse van die tweede en vyfde leningsooreenkomste bekom is, tot voordeel van die begunstigdes van Rocklands Trust en Barkly Road Trust aangewend is. Die Rocklands Trust en Barkly Road Trust was dus van meet af aan slegs aanspreeklik van die bedrae ingevolge die tweede en vyfde leningsooreenkomste aan Consouw geleen en voorgesket, dit wil sê R10 332 364,71 en R20 938 566,00. Hierdie bedrae moet egter verder verminder word as gevolg van pro rata toedeling van die betalings wat sedertdien deur Investec

ten opsigte van die tweede tot sesde leningsooreenkomste ontvang is asook die verwagte betaling van R14 miljoen. Die aldus verminderde totale bedrag wat deur beide Rocklands Trust en Barkly Road Trust aan Investec verskuldig is, is die bedrag van ongeveer R14 miljoen.

[29] Dit volg dat die argument van die respondente berus op die aanvaarding van elk van twee proposisies, naamlik eerstens dat die borgaktes, behalwe die tweede en vyfde borgaktes, onafdwingbaar is en tweedens dat die aanspreeklikheid van Rocklands Trust en Barkly Road Trust ingevolge die tweede en vyfde borgaktes beperk is tot die gemelde verminderde uitstaande bedrae ingevolge die tweede en vyfde leningsooreenkomste. Na my oordeel, vir die redes wat volg, kan geeneen van hierdie proposisies aanvaar word nie.

[30] Ek aanvaar dat 'n handeling deur 'n trustee verrig wat nie deur die tersaaklike trustakte gemagtig word nie, onafdwingbaar is. Of 'n bepaalde handeling van 'n trustee deur die trustakte gemagtig is, is 'n kwessie van uitleg van die trustakte, met ander woorde die vasstelling van die bedoeling uit die woorde wat gebruik is in die konteks waarin

dit gebruik is.

[31] Die trustakte van Rocklands Trust bepaal in hierdie verband soos volg:

“11.1 The powers of the trustees defined in this Trust Deed are powers which relate to that of the office of trustee, to enable them to administer the trust fund on behalf of the beneficiaries and not for their personal benefit. The extent of the powers vested in trustees must be interpreted subject to the main objective of the trust, namely to benefit the beneficiaries.

11.2 The trustees shall at all times be vested with such powers to deal with the trust assets which they in their exclusive discretion deem necessary to best control the trust fund for the benefit of the beneficiaries. The main purpose of the trust is to conduct business of whatever nature in order to generate funds for the trust. Without restricting the general powers of the trustees, the trustees shall have the powers to:”

[32] Hierna volg feitlik elke denkbare bevoegdheid, insluitende:

“11.2.5 Grant loans to a beneficiary or any other person or

institution of the trustees' choice, with or without interest against or free of security, or on such terms and conditions as the trustees may in their discretion determine;

11.2.6 Negotiate loans in favour of the trust, with or without interest, with or without security, and on such terms and conditions as are agreed with the lender;

11.2.7 Mortgage, hypothecate or grant a lien on any asset of the trust;

11.2.8 Sell, let, improve, alter and maintain any fixed property forming part of the trust fund and if need be, to demolish fixed improvements and direct new improvements;

.....

11.2.10 Undertake township and sectional title development on trust property;

.....

11.2.14 Guarantee as surety or co-principal debtor, the due performance by any person or company for compensation or free of charge, and to bind an asset of the trust, as collateral security for this purpose, provided that such guarantee and/or surety shall only be given after a unanimous trustee's resolution to that affect;

.....

11.2.20 Carry on any form of business operation, including farming, in the name of the trust for profit or otherwise, alone or in partnership or association;”

[33] Klousules 9.1 en 9.2 van die trustakte van Barkly Road Trust is identies aan klousules 11.1 en 11.2 hierbo aangehaal, behalwe dat dit nie die tweede sin van klousule 11.2 bevat nie. Die spesifiek omskrewe bevoegdhede van die trustees ingevolge trustakte van die Barkly Road Trust is ook wesenlik dieselfde, behalwe dat paragraaf 9.2.12 daarvan nie die beperking van ‘n eenparige resoluëie met betrekking tot borgaktes bevat nie en dus bloot bepaal dat die trustee gemagtig is

“to guarantee as surety, or co-principal debtor, the due performance by any person or company for compensation or free of charge, and to bind an asset of the trust, as collateral security for this purpose.”

Die inhoud van paragrawe 9.1 en die inleidende gedeelte van 9.2 van die trustakte van Jo-Ann Trust is identies aan die ooreenstemmende paragrawe van die trustakte van Barkly

Road Trust. Die spesifieke bevoegdhede is ook wesenlik dieselfde, met die verskil dat paragraaf 9.2.12 van die trustakte van Jo-Ann Trust bepaal dat die trustees die bevoegdheid het om

“die nakoming van die verpligtinge van enige persoon of regspersoon, teen vergoeding of gratis, te waarborg as borg en mede-hoofskuldenaar, en, as kollaterale sekuriteit vir die doel, ‘n bate van die trust as sekuriteit te verbind, mits sodanige borgstelling tot voordeel van die trust en die begunstigdes is.”

- [34] Die inhoud van klousule 11.1 (en klousule 9.2 van die trustakte van Barkly Road Trust) is inleidend en algemeen van aard. Inderwaarheid gee dit weer wat in elk geval die posisie is, selfs al sou klousule 11.1 nie in die trustakte vervat gewees het nie. Daarenteen is klousule 11.2 (en die ooreenstemmende klousule in die trustakte van Barkly Road Trust) ‘n spesiale bepaling. Dit bepaal naamlik dat die trustee die bevoegdhede het wat hy in sy uitsluitlike diskresie ag nodig te wees om die trustfonds ten beste vir die voordeel van die trust begunstigde beheer en dat sonder om die algemeenheid daarvan enigsins te beperk, die trustee die bevoegdhede het wat daarna spesifiek

uiteengesit is.

- [35] Myns insiens is dit 'n geval van *generalia specialibus non derogant* (algemene bepalings doen nie afbreuk aan spesiale bepalings nie oftewel groter gewig moet gegee word aan spesiale bepalings dan aan algemene bepalings). Sien Christie, **The Law of Contract in South Africa**, 6de Uitgawe, p. 231 – 232. Sien ook **CONSOLIDATED EMPLOYERS MEDICAL AID SOCIETY AND OTHERS v LEVETON** 1999 (2) SA 32 (HHA) op 40 J tot 41 C.
- [36] Hierdie interpretasie verduidelik en versoen die drie verskillende bepalings met betrekking tot magtiging om borgskap te gee. Die trustees van Jo-Ann Trust se bevoegdheid om die trust as borg en mede-hoofskuldenaar te verbind, is beperk tot gevalle waar sodanige borgstelling tot voordeel van die trust en die begunstigdes daarvan is. Die trustees van die Rocklands Trust se magtiging om 'n borgskap te gee, is slegs beperk tot die vereiste van 'n eenparige resoluësie van die trustees tot daardie effek. Die magtiging van die trustees van die Barkly Road Trust om borg te staan, is onbeperk.

[37] Die bedoeling van die betrokke trustaktes is klaarblyklik dat die trustees besigheid moet doen en moet woeker. Dit word uitdruklik gesê in die trustakte van die Rocklands Trust. Daarom ook is elk die eienaar van 'n winkelsentrum wat dit klaarblyklik self ontwikkel het. Enige redelike verantwoordelike persoon wat voornemens is om met hierdie trusts sake te doen, sal die betrokke trustakte nagaan. Op die respondente se interpretasie sal hierdie persone telkens moet ondersoek instel of die betrokke transaksie tot voordeel van die trustbegunstigdes is en of dit hoegenaamd haalbaar of die moeite werd is om so 'n ondersoek te loods en steeds rekening daarmee moet hou dat dit ondanks hul beste pogings of die beste beloftes van die trustee later aangevoer mag word dat die transaksie nie tot voordeel van die begunstigdes was nie en dat die regte wat die persoon ten opsigte van die transaksie beding het, derhalwe in twyfel getrek word. Dit sal vanselfsprekend 'n ontmoedigende en dempende effek op besigheid deur die trust hê, wat myns insiens nie bedoel kon gewees het nie.

[38] Die teenkant, naamlik dat dit vir 'n persoon wat

voornemens is om met hierdie trusts sake te doen, slegs nodig is om die spesifieke magtigings van die trustee in klousules 11.2 (en 9.2) na te gaan, is in ooreenstemming met wat gesê is in **STANDARD BANK OF SOUTH AFRICA LTD v KOEKEMOER AND OTHERS** 2004 (6) SA 498 (HHA) op 503 F, naamlik:

“Part of the bank's business is to lend money to clients, and what would have been of interest to it is whether the trustees had the authority to borrow money and to encumber trust property in the process. If satisfied on that score, the bank was under no obligation to protect the beneficiaries.”

[39] Na my oordeel, op ‘n behoorlike interpretasie van die betrokke trustaktes, is die magte van die trustees van die Rocklands Trust en die Barkly Road Trust nie telkens onderhewig daaraan dat die betrokke transaksie tot voordeel van die betrokke begunstigdes is nie. Die magtiging van die trustees van die Rocklands Trust om die trust as borg te verbind, is slegs onderhewig daaraan dat ‘n eenparige resoluë tot daardie effek deur die trustees geneem word en die magtiging van die trustees van die Barkly Road Trust om so te doen, is onbeperk. Dit is tereg nie aangevoer dat in die

geval van Rocklands Trust die vereiste resolusies ontbreek nie. Dit volg dat na my oordeel al die onderhawige borgaktes afdwingbaar is.

- [40] Die terme van elk van die borgaktes wat Rocklands Trust en Barkly Road Trust vir die skuld van Consouw aangeaan het, is identies. Rocklands Trust en Barkly Road Trust erken uitdruklik dat hul aanspreeklik is ingevolge die bepalings van die tweede en vyfde borgaktes deur elk aangeaan. Hierdie borgaktes elkeen bepaal dat die betrokke borgakte addisioneel tot en sonder benadeling van enige ander borgskap is wat huidig of in die toekoms ten opsigte van die skuld van Consouw deur Investec gehou word. Elkeen van die borgaktes bepaal dat die borg hom daarkragtens tot die maksimum bedrag van R60 miljoen teenoor Investec verbind as borg en mede-hoofskuldenaar gesamentlik en afsonderlik met skulde van Consouw (“the Debtor”):

“1.1.1 for the due and punctual payment by the Debtor of all and any monies which the Debtor may now or from time to time in the future owe to Investec from whatsoever cause and howsoever arising, including any judgment debt

against the Debtor; and

1.1.2 for the due and punctual performance and discharge by the Debtor of his obligations under or arising from, any contract or agreement entered into or to be entered into in the future by the Debtor, from whatsoever cause and howsoever arising.”

[41] Hieruit blyk dat aanspreeklikheid ingevolge die borgaktes nie beperk kan word tot die uitstaande balanse verskuldig kragtens bepaalde leningsooreenkomste aangegaan tussen Consouw en Investec soos wat die respondente wil hê nie.

[42] Dit volg dat na my oordeel Rocklands Trust en Barkly Road Trust elkeen teenoor Investec aanspreeklik is vir die totale verskuldigheid van Aralella en Consouw teenoor Investec en dat beide derhalwe duidelik insolvent is, selfs al word die aanspreeklikheid van Consouw met die bedrag van R14 miljoen verminder, soos hierbo vermeld.

[43] Daar is myns insiens goeie rede om te glo dat sekwestrasie van die respondente tot voordeel van hul krediteure sal wees soos bedoel in artikel 12(1)(c) van die Insolvensiewet, 24 van 1936. Dit is duidelik dat ‘n beduidende dividend aan

krediteure betaalbaar sal wees. In hierdie verband is die wense van krediteure soos Investec en die toetredende applikante natuurlik belangrik.

[44] Die diskresie om nogtans nie finale sekwestrasiebevele uit te reik nie, moet regterlik uitgeoefen word, dit wil sê vir gegronde rede. Die argument van die respondente in hierdie verband was dat die respondente se totale bates meer werd is dan hul totale laste en dat indien die voorlopige sekwestrasiebevele opgehef sou word, al hul skuldeisers mettertyd volle betaling sal ontvang terwyl aansienlike administrasiekoste bespaar sal word. Afgesien van enigiets anders, is die posisie dat op my voormelde bevindings dit eenvoudig nie korrek is nie dat die respondente se totale bates meer werd is dan die totale omvang van hulle laste. Ek vind derhalwe geen grondslag waarop nogtans 'n diskresie ten gunste van die respondente uitgeoefen kan word nie.

[45] Dit volg dat op aansoek van Investec, finale sekwestrasiebevele ten opsigte van al die respondente verleen moet word en dat die aansoeke van die toetredende

applikante nie oorweeg staan te word nie.

[46] Namens Investec is versoek dat beveel word dat die koste van sekwestrasie sal insluit die koste van die gebruik van twee advokate deur Investec. Namens die toetredende applikante is versoek dat beveel word dat die koste van die toetredende applikante ingesluit word by die koste van sekwestrasie. In die uitoefening van my diskresie met betrekking tot koste, is ek van oordeel dat aan beide versoeke gehoor gegee moet word.

[47] Gevolglik word die volgende bevel uitgereik:

1. 'n Finale sekwestrasiebevel word uitgereik ten opsigte van elk van die boedels van Jo-Ann Trust, Rocklands Development Trust en Barkly Road Development Trust.
2. Die koste van sekwestrasie van elke boedel sluit in die koste van die gebruik van twee advokate deur die applikant, sowel as die koste van die toetredende applikante.

C.H.G. VAN DER MERWE, R

Namens die applikant:

Adv. F.H. Terblanche SC
Bygestaan deur:
Adv. J.E. Smit
In opdrag van:
E G Cooper Majiedt Ingelyf
BLOEMFONTEIN

Namens die toetredende
applikante:

Adv. J.W. Steyn
In opdrag van:
Honey Prokureurs
BLOEMFONTEIN

Namens die respondente:

Adv. F.W.A. Danzfuss SC
Bygestaan deur:
Adv. D.J. van der Walt
In opdrag van:
Matsepes Ingelyf
BLOEMFONTEIN

/sp