

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(ORANJE VRYSTAATSE PROVINSIALE AFDELING)

Saaknommer : 5704/2005

In die saak tussen:

CHARL JACOB VENTER N.O.

Eerste Applikant

**JACOBUS HENDRIKUS JANSE VAN
RENSBURG N.O.**

Tweede Applikant

en

BAREND BURGER (BEN) COETZEE

Eerste Respondent

JACOBUS JOHANNES (KOBIE) COETZEE

Tweede Respondent

JOHANNES ERNST (JOHAN) COETZEE

Derde Respondent

**DIE REGISTRATEUR VAN AKTES,
BLOEMFONTEIN**

Vierde Respondent

AANGEHOOR OP:

18 MEI 2006

UITSPRAAK DEUR:

KRUGER R

GELEWER OP:

1 JUNIE 2006

I INLEIDING

[1] Die applikante vra dat die huurkontrak ingevolge waarvan

eerste respondent feitlik al sy bates aan sy broers, tweede en derde respondente, in hulle hoedanigheid as vennote van die Coetzee Boerdery vennootskap verhuur het vir 'n termyn van 20 jaar met 'n opsie om nog verder te huur, nietig en derhalwe ongeldig verklaar word.

- [2] Die applikante is die likwimateurs van BSM Marketing Management (Edms) Bpk.
- [3] Eerste respondent het as direkteur van 'n maatskappy genaamd Blueskeye, wat sy naam later na BSM Marketing Management (Edms) Bpk verander het, 'n piramide skema bedryf.
- [4] Die applikant se saak is dat die huurkontrak aangegaan is met die doel om eerste respondent se bates op 'n bedrieglike manier teen skuldeisers te beskerm. Applikante sê hulle aksie is analoog aan die *Actio Pauliana*.

II VORIGE REGSPROSESSE

- 5.1 Daar was vorige litigasie waarin die partye betrokke was en ondervraging het geskied ingevolge artikel 417 van die Maatskappyewet 61 van 1973.
- 5.2 In die Transvaalse Provinsiale Afdeling onder saaknommer 6663/02 het Blueskeye Private Equity (Edms) Bpk 'n bevel teen die Registrateur van Banke versoek dat sy besluit dat die applikante die bedryf van 'n bank uitgeoefen het, tersyde gestel word. Van der Walt R het daardie aansoek op 30 Mei 2003 afgewys.
- 5.3 Die huidige twee applikante het onder saaknommer 916/2003 (OPA) aansoek gedoen dat BSM 'n onwettige piramidale skema bedryf het met die oogmerk om die publiek te mislei. Beckley R het op 17 Junie 2004 so 'n bevel gemaak.
- 5.4 In Oktober 2002, na die likwidasie van BSM, het die Meester 'n kommissaris aangestel ingevolge artikel 417 en 418 van die Maatskappyewet om ondervraging

te doen.

III DIE GETUIENIS IN ANDER VERRIGTINGE

[6] Die applikante steun, veral in repliek, op uitlatings deur eerste, tweede of derde respondent in getuienis voor die Kommissie ingevolge artikel 417 van die Maatskappyewet sowel as op wat in eedsverklarings in die TPA saak 663/02 en OPA saak 916 gesê is.

[7] Mnr. Danzfuss, namens respondente, maak beswaar teen die gebruik van sodanige getuienis.

[8] 'n Hof is nie geregtig om getuienis in ander verrigtinge as getuienis in die saak voor hom te behandel nie – **AFRICAN GUARANTEE & INDEMNITY CO LTD v MONI** 1916 AD 524 op 532 *medio pagina*; **RAND COLD STORAGE & SUPPLY CO LTD v ALLIGIANES** 1968 (2) SA 122 (T) op 124 H – 125 A; **DU PLESSIS NO v OOSTHUIZEN; DU PLESSIS NO v VAN ZYL** 1995 (3) SA 604 (O) op 619 I – J.

IV DIE INSOLVENSIE ONDERVRAGING

[9] Artikel 417(2)(b) van die Maatskappyyewet het tot 2002 bepaal dat 'n antwoord as getuienis gebruik kan word teen die persoon wat dit gegee het. In **FERREIRA v LEVIN NO AND OTHERS; VRYENHOEK AND OTHERS v POWELL NO AND OTHERS** 1996 (1) SA 984 (KH) is verklaar dat die bepalings van artikel 417(2)(b) ongeldig is vir gebruik in strafverrigtinge (par. [157]1).

[10] In **BERNSTEIN AND OTHERS v BESTER AND OTHERS NNO** 1996 (2) SA 751 (KH) het die Hof spesifiek beslis dat dit nie ongrondwetlik was dat die ou artikel 417(2)(b) (voor 2003) gemagtig het dat sulke getuienis in siviele sake teen so 'n persoon gebruik mag word nie.

[11] Na aanleiding van die **FERREIRA**-saak is artikel 417(2)(b) gewysig deur Wet 55 van 2002 met ingang van 17 Januarie 2003 waardeur die magtiging om antwoorde teen 'n persoon

te gebruik, weggeneem is.

[12] Mnr Danzfuss sê die wysiging van artikel 417(2)(b) skrap die magtiging om getuienis teen die aflegger te gebruik in hetsy siviëlregtelike hetsy strafregtelike verrigtinge. Hy sê die nuwe artikel 417(2)(b) handel net met strafsake, dus geld die gemene reg nou weer ten opsigte van siviele sake.

[13] Mnr Danzfuss sê ook dat die huidige ondervraging gedoen is ingevolge artikel 418. Artikel 418 maak nie die bepalings van artikel 417(2)(c) van toepassing op artikel 418 verrigtinge nie.

[14] Henochsberg on the Companies Act by artikel 418(1)(d) sê dat dit 'n *casus omissus* is.

[15] Blackman *et al*, **Commentary on the Companies Act**, vol III te 14-494 wys daarop dat, streng gesproke, daar nie iets is soos 'n artikel 417 ondervraging nie. Die ondervraging staan altyd in verband met die likwidasie van 'n maatskappy.

[16] Met verwysing na die **FERREIRA v LEVIN**-saak sê Blackman dat die ongeldigheidsverklaring eng was. 'n Persoon wat ondervra word se antwoorde kan in siviele verrigtinge teen hom gebruik word (14-490-1, voetnoot 1). Die Hof het ingevolge artikel 3 van Wet 45 van 1988 'n diskresie om die getuienis toe te laat.

[17] Betreffende die gewig wat aan die getuienis geheg moet word, moet die getuienis in sy volle totaliteit oorweeg word. 'n Hof is nie verplig om gelyke waardes aan elke deel van die verklaring te gee nie. Die oortuigingskrag van elke gedeelte daarvan gemeet aan geloofwaardigheid, moet teenoor mekaar geweeg word en moet aan die gedeeltes wat die verklaarder begunstig soveel gewig geheg word as wat die hof oordeel dit verdien (Per Olivier Wnd R in **DU PLESSIS NO v OOSTHUIZEN EN 'N ANDER** 1999 (2) SA 191 (O) (Volbank) 206 E – F.)

[18] Hattingh R het in die 1994 **DU PLESSIS NO v**

OOSTHUIZEN; DU PLESSIS NO v VAN ZYL 1995 (3) SA

604 (O) bevind dat die rekord van die insolvensie ondervraging toelaatbaar is as getuienis teen die verweerder in die verhoor (op 621 D – E). Die bewyskrag van sodanige getuienis moet deur die Verhoorhof beoordeel word (op 612 F – G). Die oorkonde kan gebruik word om die geloofwaardigheid te toets. Hierdie bevinding is deur die Volbank bekragtig (1999 (2) SA 191).

- [19] Die hele debat rondom **FERREIRA v LEVIN** het oor inkrimering in strafsake gehandel. Die posisie vir siviele sake bly steeds soos uiteengesit in **DU PLESSIS NO v OOSTHUIZEN** naamlik dat die getuienis toelaatbaar is en die hof sal die bewyskrag daarvan bepaal.
- [20] Die antwoorde by die insolvensie ondervraging is toelaatbare getuienis, maar nie bewys van die feite wat uit die getuienis blyk nie - **DU PLESSIS NO v OOSTHUIZEN** 1995 (3) op 621 B – E.

V EEN PERSOON SE GETUIENIS AS GETUIENIS TEEN 'N

ANDER

- [21] Die algemene beginsel is dat getuienis wat deur een persoon gegee is nie teen 'n ander gebruik kan word, tensy dit by 'n tribunaal gegee word waar die party teen wie die getuienis aangevoer staan te word die geleentheid het om die deponent te kruisondervra nie - **SIMMONS NO v GILBERT HAMER & CO LTD** 1963 (1) SA 897 (N) te 918 D – E.

VI EEDSVERKLARINGS IN ANDER VERRIGTINGE

- [22] Getuienis in vorige verrigtinge kan nie aangevoer word om die waarheid van bewerings daarin te bewys nie – **GUA v WILLOCK** 1916 EDC 371 op 373. Die hof kan slegs waarde aan vroeëre uitlatings in eedsverklarings heg vir soverre dit in kruisondervraging aan die betrokke getuie gestel is. (**SIMMONS NO**, *supra loc cit.*)

VII BEPERKINGS IN MOSIE-VERRIGTINGE

[23] By egte feitegeskille is dit ongewens om te poog om die geskil by te lê bloot op die waarskynlikhede wat blyk uit die getuienis in die eedsverklarings – **DA MATA v OTTO NO** 1972 (3) SA 858 (A) op 865 H. Beslissings oor feite kan nie behoorlik op 'n oorweging van die waarskynlikhede gedoen word nie, tensy die hof tevrede is dat daar nie egte feitegeskille is of dat bewerings so vergesog en onhoudbaar is dat hulle bloot op die stukke verwerp kan word – **ADMINISTRATOR, TRANSVAAL AND OTHERS v THELETSANE AND OTHERS** 1991 (2) SA 192 (A) op 197 A.

[24] In mosie-verrigtinge is daar nie 'n geleentheid tot kruisondervraging nie. As die respondent se aandag in die funderende eedsverklaring gevestig word op 'n bewering wat hy of iemand anders in ander hofstukke gemaak het, kan die respondent daarop reageer. Dit is dan getuienis voor die hof waaraan die hof 'n waarde kan toeken – **SIMMONS NO v GILBERT HAMER & CO LTD**, *supra* op 494.

[25] By meerdere respondente soos wat hier die geval is, moet mens versigtig wees om nie getuienis wat teen een respondent toelaatbaar is, teen 'n ander te gebruik nie. Teen die ander respondente sou dit dan hoorsê getuienis wees -

VULCAN RUBBER WORKS (PTY) LTD v SOUTH

AFRICAN RAILWAYS AND HARBOURS 1958 (3) SA 285

(A) te 296 F.

VIII FEITE WAT GEMEENSAAK IS

[26] Die volgende is gemene saak of nie werklik in geskil tussen die partye nie:

- i) Dat die applikante, in hul hoedanigheid as likwidateurs van BSM skuldeisers van die eerste respondent is in die bedrag van R50,410,095.00, plus R395,298.66, synde die getakseerde en toegelate koste in saak nr 916/2003;
- ii) Die eerste respondent se aanspreeklikheid teenoor die

applikante spruit voort uit sy deelname aan die onwettige skema van BSM Marketing en ingevolge die bepalings van artikel 424(1) en artikel 423 van die Maatskappyewet, Wet Nr 61 van 1973;

- iii) Die eerste respondent het sedert ongeveer September 1998 beleggingsfondse gewerf onder die handelsnaam JKB Finansiële Beleggings, waarvan die besigheid oorgedra is en voortgesit is in Spazago Management Services BK, waarvandaan die besigheid mettertyd oorgeneem is in Tresso Trading 351 (Edms) Beperk, welke maatskappy se naam verander is na Blueskeye Private Equity (Edms) Beperk en mettertyd weer oorgeneem is in BSM, wat nou in likwidasie is en waarvan die applikante die likwidadeurs is.

Hoewel die respondente sê hierdie bewerings is hoorsê getuienis en daarom ontoelaatbaar, plaas hulle dit nie in geskil nie.

- iv) Die eerste respondent het by die entiteite in die subparagraaf direk hierbo vermeld kommissies verdien en hy het ook winste uit eie beleggings gegenereer.

Respondente sê hierdie bewerings is nooit deur tweede of derde respondent gemaak nie en dus ontoelaatbaar teen hulle. Hulle plaas dit nie in geskil nie.

- v) Op 3 Julie 1996 het die eerste tot derde respondente 'n vennootskapsooreenkoms wat as Coetzee Boerdery handelgedryf het, gesluit.
- vi) Die vennootskap is mettertyd ontbind. 'n Dispuut bestaan oor die datum van ontbinding, waaraan later verdere aandag gegee word.
- vii) Op 16 Oktober 2001 rig die Registrateur van Banke 'n skrywe aan Blueskeye en bring onder die eerste respondent, as direkteur van Blueskeye, se aandag dat 'n vermoede bestaan dat Blueskeye/BSM se besigheid

die Bankwet oortree.

- viii) Reeds voor 16 November 2001 het die inspekteurs verbonde aan Deloitte & Touche die kantore van BSM te Bloemfontein besoek en dié se sake ondersoek om vas te stel of die besigheid van 'n bank bedryf word, en wou hulle van die eerste respondent weet waar die geld is en hoe die geld aan kliënte terugbetaal gaan word, welke uiteraard ook na die eerste respondent se kommissie-verdienstes verwys het.

Mnr Danzfuss sê hierdie bewerings het niks met tweede en derde respondente te doen nie en kom uit ander bronne. Die feit dat die inspekteurs daar was, word nie ontken nie.

- ix) Die eerste respondent was bekommerd oor die ingryping deur die Reserwe Bank, welke kommer reeds gedurende Oktober 2001 bestaan het.

Tweede en derde respondente sê hierdie bewerings kan nie

teen hulle gehou word nie.

- x) Op 15 Desember 2001 het die eerste tot derde respondente 'n notariële huurkontrak geteken in terme waarvan die eerste respondent feitlik al sy roerende en onroerende bates, synde vier plase en vee, met uitsluiting van voertuie, aan die tweede en derde respondente verhuur.
- xi) Die notariële huurkontrak is op 18 Maart 2002 geregistreer.
- xii) Alle plase en vee waaroor die eerste respondent beskik het, is aan die tweede en derde respondente verhuur. Die waarde van die verhuurde items word op aanhangsel "K" as nagenoeg R2 miljoen aangedui.
- xiii) Selfs na verstryking van die 20 jaar-lange notariële huurkontrak het die tweede en derde respondente die opsie om die huurkontrak te verleng.

- xiv) Die huurgelde word nie noodwendig aan die eerste respondent betaal nie, maar aan verbandhouders, wat die resultaat kan hê dat selfs huurgelde buite die eerste respondent se boedel bly.
- xv) Die respondente swyg ten aansien van die feit of huurgelde intussen aan die eerste respondent uitbetaal is. Daar word slegs gepraat van huurgelde wat “toegeken” is.

[27] Die volgende aspekte betref regspute en regsgevolge:

- (i) Applikante sê dat eiendomsreg van die vee as gevolg van die huurkontrak op tweede en derde respondente oorgegaan het. Mnr Danzfuss betwis dat eiendomsreg oorgegaan het. Feit is dat eerste respondent geen beskikkingsreg oor die vee het nie. Hy het net 'n vorderingsreg wat hy oor 20 jaar kan afdwing. Dan kan hy eis dat soortgelyke vee aan hom oorgedra word.

- (ii) Wat eksekusie-stappe betref, sê applikante dat dit onderhewig sal wees aan die regte van tweede en derde respondente ingevolge die notariële huurkontrak. Mnr Danzfuss sê die balju kan op die huurkontrak self beslag lê en dit kan tot skuldeisers se voordeel wees.
- (iii) Applikante sê die balju het op geen bates beslag gelê wat die onderwerp van die notariële huurkontrak is nie. Mnr Danzfuss sê die balju moes meer gedoen het.

IX GESKILPUNTE

[28] Daar is vier primêre geskilpunte:

[29] 1. Die tydperk van staking van BSM se besigheid.

1.1 Die applikante voer aan dat, weens die aanvang van die Deloitte & Touche/Reserwe Bank ondersoek op 16 Oktober 2001 en veral 14 November 2001, verdere besigheid in Blueskeye,

op advies van hul adviseurs, gestaak is.

1.2 Die respondente voer aan dat die besigheid van BSM voortgesit is tot 26 Februarie 2002 toe 'n kennisgewing van die Reserwe Bank ontvang is dat die besigheid van BSM die bedryf van 'n bank daarstel.

1.3 In die repliserende eedsverklaring (op bl 253 par. 10.6) word verwys na hoorsê bewerings van mnr Huisamen waarop respondent nie reageer in dupliek nie. Daardie bewerings moet buite rekening gelaat word.

1.4 Respondent se weergawe oor wanneer die besigheid gestaak is, moet aanvaar word.

[30] 2. Tydstip van en rede vir ontbinding van die vennootskap.

- 2.1 Die drie respondente het op 3 Julie 1996 'n vennootskapsooreenkoms gesluit met die doel om handel te dryf as Coetzee Boerdery.
- 2.2 Applikante sê die eerste respondent het op 15 April 1999 uit die vennootskap getree.
- 2.3 Die notule waarop applikant steun vir daardie bewering, sê dat eerste respondent belangstel om 'n nuwe besigheid te begin. Die boerdery distansieer homself van die nuwe besigheid. Die notule sê dan "B B Coetzee sal nie meer genoeg tyd hê om in die boerdery te spandeer nie en daarom sal J J en J E Coetzee die boerdery behartig". Applikant sê hierdie notule beteken dat eerste respondent op 15 April 1999 uit die vennootskap bedank het.
- 2.4 Die respondente sê dat daar geen aanduiding is dat die vennootskap op 15 April 1999 ontbind het

nie. Die eerste respondent het toe 'n rustende vennoot geword, maar sy winsdeling het onveranderd gebly. Respondente sê eerste respondent het as rustende vennoot voortgegaan totdat hy op 15 Januarie 2001 kennis gegee het dat hy uittree as vennoot.

2.5 Mnr Zietsman sê respondente se getuienis is verwerplik vir die volgende redes:

- (i) Respondente het verskeie dokumente teruggedateer, dus bestaan daar twyfel oor die outentisiteit van die notule "02" van 15 Januarie 2001 waarin respondent bedank.

Die respondente voer in dupliek gronde aan waarom dié datum aanvaar moet word. Daar is nie sprake van terugdatering nie. Die dokumente het net terugwerkende krag. Daar is 'n verskil tussen om 'n dokument terug te dateer en om in 'n dokument te

bepaal dat iets terugwerkende krag het.

- ii) Schoeman, respondente se regsverteenwoordiger, sou 'n notule verlang het ter bevestiging van die beëindiging van die vennootskap.

Die prokureur sou nie noodwendig sodanige notule verlang nie.

- (iii) Eerste respondent gee in saak 916/2003 te kenne dat die vennootskap op 15 April 1999 ontbind het. Hy doen dit ook in ander hofstukke waarop applikant steun en hy sê dat eerste respondent die einde van 2000 lankal nie meer lid van die vennootskap was nie.

In dupliek sê die respondente dat die datum 15 April 1999 in daardie stukke 'n fout was. Die eerste respondent dui aan dat daar nie op daardie datum

gefokus was nie en bevestig weer dat hy op 15 Januarie 2001 eers as vennoot uitgetree het.

- (iv) Die finansiële state van die eerste respondent vir die periode toe die vennootskap nie meer bestaan het nie, toon vee-verkope en vee-aankope.

In dupliek sê die respondente dat eerste respondent vir sy eie rekening vee aangekoop en verkoop het waarby die vennootskap nie 'n belang gehad het nie en dat applikante bewus is daarvan. Eerste respondent het voor en na sy uittrede uit die vennootskap sy inkomste aangevul met 'n skeerdiens. Hierdie sakebedrywighede word in sy finansiële state aangedui onder die hoof "Veebemarkers/skeerdiens".

- (v) Waarom sou tweede en derde respondente hulle op 15 April 1999 distansieer van die beleggingsbesigheid van eerste respondent? Mnr Zietsman sê net omdat hulle geweet het

alles is nie pluis met eerste respondent se besigheid nie.

Mnr Danzfuss argumenteer dat daar verskeie redes voor kon gewees waarvan nie almal sinister was nie.

2.6 Hierdie is nie 'n geval waar respondente se weergawe duidelik onhoudbaar is nie en moet aanvaar word dat eerste respondent se bedanking eers op 15 Januarie 2001 plaasgevind het. Dit is wel duidelik dat hy sedert 15 April 1999 (of vroeër) nie aktief aan die besigheid van die vennootskap deelgeneem het nie. Die eerste respondent se saak is dat hy vanaf 15 April 1999 'n rustende vennoot was. Die vennootskap het dus effektief reeds nie bestaan wat eerste respondent betref vanaf 15 April 1999 nie, hoewel hy later eers bedank het, en die vennootskap dus juridies later eers ontbind het.

[31] 3. Die derde geskil – verlyding van die huurkontrakte

Die respondente gee te kenne dat die besluit om 'n huurkontrak aan te gaan teweeg gebring is deur die eerste respondent se bedanking uit die vennootskap op 15 Januarie 2001.

Mnr Zietsman sê dat hierdie weergawe vir die onderstaande redes verwerplik is:

- i) As, soos deur respondente beweer, die eerste respondent inderdaad op 15 Januarie 2001 uit die vennootskap bedank het omdat hy te besig was met die beleggingsbesigheid, dan bestaan daar geen logiese rede waarom hy steeds, na die aanvang van die Reserwe Bank ondersoek, en terwyl hy bekommerd was oor die voortsetting van Blueskeye se besigheid, gedurende Desember 2001 die notariële kontrak sou verlynie. Die waarskynlikheid sou eerder wees dat

die eerste respondent weer tot die vennootskap sou wou toetree ten einde 'n inkomste te genereer – veral in die lig van die respondente se toegewing dat die eerste respondent 'n kleiner inkomste as verhuurder sou ontvang as wat hy as vennoot ontvang het.

- ii) Dit is uiters onwaarskynlik dat bykans 'n jaar sou verloop tussen die instruksies aan die respondente se prokureur om 'n notariële huurkontrak op te stel en die uiteindelijke opstel daarvan.
- iii) Op die respondente se eie weergawe het hulle hul prokureur twee keer moes opdrag gee om die skriftelike huurkontrak te finaliseer.
- iv) Die tydsberekening vir die ondertekening van die notariële huurkontrak, veral met inagneming van die Reserwe Bank ondersoek, spreek boekdele

van die respondente se oogmerk om die eerste respondent se skuldeisers te benadeel.

- v) Die respondente is broers en vertrou mekaar. Schoeman, wat ook die opdraggewende prokureur in die TPD-aansoek was, adviseer die respondente dat, ten einde werking teenoor derdes te hê, die huurkontrak notarieel verly moet word. Daardie derdes kan maar net die eerste respondent se krediteure gewees het.
- vi) In soverre as wat die respondente steun op die finansiële jaarstate om aan te toon dat geen bedrog by die verlyding van die notariële huurkontrak ter sprake was nie, moet daarop gelet word dat die finansiële jaarstate lank na die einde van die betrokke finansiële jaar eers opgestel word. Daarbenewens is dit opmerklik dat die respondente nalaat om aan te toon hoe die huurgelde inderdaad aan die eerste

respondent oorbetaal is, wat daarvan aanduidend is dat die huurkontrak nie 'n armlengte transaksie was nie. Op hulle weergawe is huurgeld slegs "toegeken".

vii) Die notariële huurkontrak skep in wese vir die respondente dieselfde gevolge as die vennootskap, met uitsondering dat die vennootskapbates vir die eerste respondent se krediteure aanspreeklik sou wees terwyl dit nou nie meer is nie.

viii) Die aangaan van die notariële huurkontrak het ook die eerste respondent se erfgrond beskerm teen die aansprake van sy krediteure en is dit waarskynlik dat die tweede en derde respondente die eerste respondent uit die vennootskap wou uitkry weens die eerste respondent se aanspreeklikheid, op sterkte van die onwettige piramidale bedrywighede van BSM.

- ix) Die waarskynlikheid dat die eerste tot derde respondente, omdat hulle broers is, geweet het van die Reserwe Bank ondersoek, behoef min betoog.

[32] Die applikante sê dat die huurkontrak op 15 Desember 2001 aangegaan is. Dit is die datum van ondertekening daarvan. Dit is op 18 Maart 2002 geregistreer. Die effektiewe datum daarvan is 1 Maart 2001. Die applikante sê die huurkontrak is onderteken op 15 Desember 2001 kort nadat die Registrateur van Banke se voorlopige inspekteurs aangestel is.

[33] Die respondente se saak is dat kort nadat die vennootskap op 15 Januarie 2001 ontbind het met effek van 28 Februarie 2001, het die partye besluit om 'n huurkontrak aan te gaan. Die respondente het hul prokureur op 30 Januarie 2001 opdrag gegee om voort te gaan met die opstel van die huurkontrak. Toe respondente gedurende die tweede helfte

van 2001 weer met die prokureur konsulteer, het dit geblyk dat hy nie die dokument gefinaliseer het nie. Hulle het toe “formeel opdrag aan hom gegee om voort te gaan met die opstel en verlyding van die kontrak”. Hulle is uiteindelik op 15 Desember 2001 deur hul prokureur ingelig dat die kontrak gereed is vir ondertekening. Die respondente heg aanhangsel “O5” aan waaruit blyk dat aldrie broers een derde van die wins gekry het vir die jaar geëindig 28 Februarie 2001. Respondente sê vir die jaar 28 Februarie 2002 was die tweede en derde respondente die enigste vennote van die vennootskap.

[34] Applikante se saak is dat die huurkontrak aangegaan is toe respondente sien daar kom probleme terwyl die respondente sê dit was ‘n natuurlike uitvloeisel van die feit dat eerste respondent uitgetree het. Ingevolge die huurkontrak kry die eerste respondent een derde van die netto opbrengs.

[35] Mnr Danzfuss sê “O2”, die notule van 15 Januarie 2001, verduidelik dat daar op die huurkontrak besluit is op 15

Januarie 2001. Hy sê die hof sal ook moet bevind dat prokureur Schoeman 'n leuenaar en bedrieër is, want hy staaf respondente se weergawe onder eed.

[36] Respondente se weergawe oor die datum van die huurkontrak moet op die stukke aanvaar word. Dit is opvallend dat die notule van 15 Januarie 2001, toe besluit is op die huurkontrak, nie na 'n langtermyn huur verwys nie en geen melding van registrasie daarvan maak nie. Die feit dat respondente te midde van die Reserwe Bank ondersoek voortgegaan het met notariële verlyding en registrasie, is relevant met betrekking tot die bepaling van hulle opset, waarmee hierinlater gehandel word.

[37] 4. Die begrieglike oogmerk van die respondente

4.1 Die respondente ontken dat die eerste respondent, en gevolglik tweede en derde respondente, kommer sou hê oor die ingryping deur die Reserwe Bank in die besigheid van

BSM.

4.2 Op die waarskynlikhede sou eerste respondent sy vrese voortspruitend uit die Reserwe Bank ondersoek na die sake van BSM met sy broers, die tweede en derde respondente bespreek het. Hulle bly bymekaar, deel dieselfde prokureur, was vennote en is ook nou verhuurder en huurders.

[38] Mnr Danzfuss sê daar is geen feite in die stukke wat teen tweede en derde respondente aangevoer word nie. Niks verwys na hulle nie. Ook teen eerste respondent sê hy is daar nie getuienis nie.

[39] Die respondente se oogmerk soos blyk uit die omstandighede word hieronder bespreek met verwysing na die *Actio Pauliana*.

X REGSHULP : ACTIO PAULIANA

[40] Die regshulp wat applikante vorder, het die *Actio Pauliana* as onderliggende skuldoorsaak. 'n Vervreemding *in fraudem creditorum* bied 'n gemeenregtelike grond vir tersydestelling van 'n bedrieglike transaksie tot nadeel van skuldeisers insluitende potensiële skuldeisers (**SCHARFF'S TRUSTEE v SCHARFF** 1915 TPD 463 op 470 en 476). Mnr Zietsman sê die enigste verskil met die *Actio Pauliana* is dat hierdie bates wat verhuur word nie opgevorder word nie, maar 'n verklarende bevel verlang word wat die *causa* van die beswaring en vervreemding van bates tersyde stel oftewel nietig verklaar. Mnr Danzfuss se standpunt is dat die **SCHARFF'S TRUSTEE** beslissing verdag is. Die applikante moet staan of val by die *Actio Pauliana*. **SCHARFF'S TRUSTEE** is met goedkeuring aangehaal in **KERBYN 178 (PTY) LTD v VAN DEN HEEVER AND OTHERS NNO** 2000 (4) SA 804 (W) op 817 H – I. In **HOCKEY NO v RIXOM NO AND SMITH** 1939 SR 107 op 118 sê Hoofregter Russell dat die *Actio Pauliana* een van die middels is wat gebruik was teen vervreemdings in *in fraudem creditorum*. Applikante is dus nie beperk tot die *Actio Pauliana* nie.

XI VEREISTES VIR DIE *ACTIO PAULIANA*

[41] Die *Actio Pauliana* is 'n middel tot 'n kurator se beskikking om die vervreemding *in fraudem creditorum* ter syde te stel – **KERBYN**, *supra* op 817 H – I).

[42] Die vereistes van die *Actio Pauliana* is die volgende met verwysing na die feite:

[43] 1. Daar moet 'n vervreemding wees -

i) van die skuldenaar se bates (**HOCKEY NO v RIXOM NO AND SMITH**, *supra* op 118); of:

ii) van regte; alle voordele uit die transaksie is ook inbegrepe (**KERBYN**, *supra* op 818 G – 819 D).

Mnr Zietsman sê dat hierdie huur 'n sogenaamde skaapkudde-huur (sheep-lease) is ingevolge waarvan

eiendomsreg verwissel vanaf verhuurder na huurder. Dit is streng gesproke nie 'n huur nie, maar 'n *mutuum* (verbruikerleen, leen van vervangbare sake) teen geldwaardige prestasie (Maasdorp, **The Law of Contracts**, Vol III, 9de Uitgawe 210; **HOFFEND v ELGETI** 1949 (3) SA 91 (A) te 103).

[44] Verder sê mnr Zietsman dat applikante se vorderingsreg teenoor die huurder eers op vroegste oor 20 twintig jaar afgedwing sal kan word. Applikante het 'n *spes* om die vorderingsreg oor 20 jaar af te dwing. Mnr Zietsman sê 'n vorderingsreg hang saam met beskikkingsbevoegdheid en die uitstel van applikante se beskikkingsbevoegdheid maak die reg minder werd.

[45] Mnr Danzfuss sê die huurkontrak kan 'n positiewe waarde hê. Uit die state blyk dat vir die jaar geëindig 28 Februarie 2002 daar 'n netto wins van R249 145,80 was waarvan eerste respondent op een derde geregtig is ingevolge die huurkontrak. Vir die jaar geëindig 28 Februarie 2003 toon eerste respondent se state inkomste uit huurgelde van R248

798,00. Op die grond wat verhuur word, bly daar 'n netto wins. Mnr Danzfuss sê 'n eksekusie-skuldeiser sal graag daardie inkomste wil hê. Hy sê daar is nie getuienis dat die huur nie markverwant is nie. Daarom, sê hy, is hier nie getuienis dat daar 'n vermindering is van die eerste respondent se bates of regte nie. Hy verwys na prof Loubser se verklaring, wat sê dit is algemene gebruik om huur van lande en selfs vee te baseer op 'n deel van die netto of bruto opbrengs. Die professor sê dit is bykans onmoontlik om die riglyn opbrengste te manipuleer. Mnr Danzfuss sê daar kan op die huurkontrak beslaggelê word. Al die regte van eerste respondent kan verkoop word.

- [46] 'n Skuldeiser soek onmiddellike betaling. Weinig skuldeisers sou bereid wees om vir 20 jaar te wag vir betaling. Die likwidateurs (applikante) se taak is om die boedel af te handel, nie vir 20 jaar of langer vir uitbetaling te wag nie. Hier was 'n vermindering van die eerste respondent se regte as gevolg van huurkontrak. Die beskikkingsbevoegdheid oor die bates is weggeneem, vir so 'n lang tydperk dat die regte

se waarde verminder.

[47] 2. Die tweede vereiste van die *Actio Pauliana* is dat die persoon wat ontvang nie sy eie eiendom ontvang nie.

[48] Waar teenprestasie nie gelever word nie, is dit voldoende as slegs die ontvanger bedrieglik opgetree het. Waar teenprestasie wel gelever word, moet bewys word dat beide partye bedrieglik opgetree het – **KOMMISSARIS VAN BINNELANDSE INKOMSTE EN 'N ANDER v WILLERS EN ANDERE** 1999 (3) SA 19 (HHA) par [21].

[49] Mnr Zietsman sê die eerste respondent verhuur sy bates aan tweede en derde respondente vir 20 jaar. Dus kan die verhuurder sy vorderingsreg op die eiendom eers oor 20 jaar uitoefen. Die huurders, tweede en derde respondente, gee geen teenwaarde vir die afstand doen van daardie reg nie. Die teenwaarde het niks te doen met die huurgeld wat betaal word nie.

[50] Die reg waaroor dit hier gaan, is die beskikkingsreg oor eerste respondent se bates. Deur daardie bates by wyse van 'n langtermynhuurkontrak prakties buite bereik van sy skuldeisers te plaas en afstand te doen van sy beskikkingsbevoegdheid daaroor, het die eerste respondent afstand gedoen van sy reg waarvoor die tweede en derde respondente geen teenprestasie gegee het nie.

[51] 3. Die derde vereiste van die *Actio Pauliana* is dat daar 'n bedoeling moes wees om te bedrieg.

[52] Dit is nie 'n vereiste dat die eerste respondent moes weet dat hy insolvent is nie. Hy moes weet dat hy kon insolvent raak. Sien **KERBYN**, *supra* op 818 B met verwysing na **SCHARFF'S TRUSTEE**, *supra* te 476:

“The knowledge of the insolvent that he would cease to be solvent by reason of the alienation is by itself fraud.”

en te 473:

“The cessions were made, therefore, at a time when the insolvent could reasonably expect a sequestration of his estate, and, even assuming the *bona fides* of the deed of August 24th, they were not, except as to the sum of £500, made either *bona fide* or for lawful consideration (*Chin’s Trustees v National Bank* (1915, A.D. 353). But for the reasons which I have already given, I do not believe that the parties intended this deed to be a genuine donation of the property mentioned.”

[53] Mnr Danzfuss sê die eerste respondent was besig om enorme kommissies te verdien toe hierdie huurkontrak aangegaan is. Eerste respondent het van 31 Augustus 2000 tot 16 Maart 2002 R2 844 415,09 kommissie verdien. Oorbetalings wat eerste respondent gemaak het, wat kommissies moes wees wat hy verdien het, was in die bedrag van R5 662 548,00. Die Coetzee Boerdery vennootskap het R832 286,80 by eerste respondent geleen.

[54] Die volgende is belangrik om respondente se instelling te

bepaal:

- i) Respondente is broers.
- ii) Die eerste respondent was op die stadium toe die huurkontrak geteken is reeds vir meer as 'n jaar nie by die boerdery betrokke nie.
- iii) Daar is 'n ondersoek van die Registrateur van Banke aan die gang, en daarna word notariële verlyding en registrasie van die huurkontrak gedoen ten einde beskerming teen derdes (insluitende eerste respondent se skuldeisers) te bewerkstellig.
- iv) Die eerste respondent het skuldeisers van nagenoeg R50 miljoen. Die balju kon nie daarin slaag om die nagenoeg R500 000,00 waarvoor applikante vonnis het, uit eerste respondent te kry nie.
- v) Alle plase en vee waaroor die eerste respondent beskik het, is aan die tweede en derde respondente

verhuur. Die waarde van die verhuurde items word op aanhangsel “K” as nagenoeg R2 miljoen aangedui.

- vi) Die buitengewoon lang huurtermyn sowel as die opsie aan die tweede en derde respondente verleen om die huurtermyn te verleng, bring effektief mee dat die bates luidens die notariële huurkontrak aan die tweede en derde respondente verhuur, wat betref skuldeisers, nie meer bates van die eerste respondent is nie.
- vii) Die blote feit dat die eerste respondent enersyds en tweede en derde respondente andersyds, en op advies van ‘n prokureur, die huurkontrak notarieel laat registreer het terwyl dit vir die geldigheid daarvan nie nodig was nie, demonstreer die respondente se bedrieglike oogmerk.

[55] Die applikante hoef nie te bewys dat die enigste redelike afleiding uit respondente se optrede was dat hulle die eerste respondent se skuldeisers wou benadeel nie. In ‘n siviele

saak sal die applikante hulle van die bewyslas kwyt indien hulle die hof kan oortuig dat die afleiding wat hulle voorstaan die mees voor-die-hand-liggende en aanvaarbare afleiding is van 'n aantal moontlike afleidings - **AA ONDERLINGE ASSURANSIE-ASSOSIASIE BPK v DE BEER** 1982 (2) SA 603 (A) op 614 H.

- [56] Die mees voor-die-hand-liggende rede waarom eerste respondent 'n langtermyn huurkontrak aangegaan het en notarieel laat verly en registreer het, was om die bates buite bereik van sy skuldeisers te kry.
- [57] Die verlening van sekuriteit in insolvente omstandighede vir 'n verpligting reeds vroeër aangegaan, word beskou as nie binne die gewone loop van besigheid gedoen (Mars, **The Law of Insolvency in S A**, (1988) 219 – 220). Dit was nie nodig vir enige van die respondente se regte om die huurkontrakte te registreer nie. Die enigste uitwerking van registrasie was om die eerste respondent se bates buite bereik van sy skuldeisers te plaas. Dit was 'n bedrieglike

handeling binne die bedoeling van die *Actio Pauliana*.

- [58] 4. Die vierde vereiste – die bedrog moes ‘n uitwerking gehad het

Bedrog word geag sy uitwerking te gehad het as die bates van die skuldenaar na vervreemding onvoldoende is om sy skuldeisers te betaal – **FENHALLS v EBRAHIM AND OTHERS** 1956 (4) SA 723 (D&CLD) op 729 F – G. Die balju se relaas toon onvoldoende bates. Die respondente beweer nie dat eerste respondent voldoende bates het om die skuld te betaal nie.

XII SLOTSOM

- [59] Applikante het daarin geslaag om aan al die vereistes van die *Actio Pauliana* te voldoen. Hulle is geregtig op ‘n bevel ingevolge die kennisgewing van mosie. Applikante het gevra vir die koste van twee advokate, wat nie teengestaan is nie.

Die omvang van hierdie saak regverdig sodanige bevel.

[60] Die volgende bevel word gemaak:

1. Die huurkontrak gesluit tussen die respondente op 15 Desember 2001 welke huurkontrak notarieel verly is en geregistreer is op 18 Maart 2002, welke huurkontrak aangeheg is as aanhangsel "L" tot die funderende eedsverklaring van applikant, word *ab initio* nietig en derhalwe ongeldig verklaar.
 2. Die vierde respondent word gemagtig om die aktesregister dienooreenkomstig aan te pas ten einde uitvoering aan die bevel hierbo te gee.
 3. Eerste tot derde respondente word gesamentlik en afsonderlik gelas om die koste van hierdie aansoek te betaal, insluitende die koste van twee advokate.
-

A. KRUGER, R

Namens applikante:

Adv P Zietsman
Bygestaan deur:
Adv J G Gilliland
In opdrag van:
Naudes
BLOEMFONTEIN

Namens respondente:

Adv F W A Danzfuss
In opdrag van:
Schoeman Maree Ingelyf
BLOEMFONTEIN

/sp