

RAPPORTEERBAAR



IN DIE HOOGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

[WES-KAAP HOë HOF, KAAPSTAD]

Saaknommer: A578/08

In die saak tussen:

KERNSIG 17 (EDMS) BPK

Appellant

en

ABSA BANK

Respondent

UITSPRAAK GELEWER: 8 FEBRUARIE 2010

FOURIE, R:

INLEIDING

[1] Appellant het die hof *a quo* op aansoek genader vir 'n bevel waarkragtens respondent gelas word om alle dekkingsverbande,

geregistreer ten gunste van respondent teen die titelakte van appellant se onroerende eiendom, te kanselleer. Na die aanhoor van argument, het die geleerde regter die aansoek van die hand gewys, maar verlof tot appèl teen haar beslissing verleen.

[2] Dit is nie nodig om te handel met die redes vir die hof *a quo* se beslissing nie, aangesien die appèl gegrond word op 'n enkele regsgrond wat nie deur die geleerde regter in haar uitspraak oorweeg is nie. Kortliks, voer appellant aan dat die onderliggende transaksie waaruit die skuld ontstaan het wat deur die voormelde dekkingsverbande verseker word, geen regtens afdwingbare skuld tot gevolg gehad het nie. Die rede hiervoor, aldus appellant, is dat sodanige onderliggende transaksie getref word deur die bepaling van artikel 38 (1) van die Maatskappywet, No. 61 van 1973 (“die Maatskappywet”), en dit gevolglik regtens nietig en onafdwingbaar is. Weens die nietigheid van die onderliggende transaksie, betoog appellant verder, is daar geen bestaansreg vir die betrokke dekkingsverbande nie en is appellant geregtig op die kansellasië daarvan.

[3] Die relevante feite waarop hierdie appèlgrond gebaseer word, word meer volledig hieronder uiteengesit. Dit dien verder gemeld te word

dat die teenstrydige bewerings van die partye in hulle onderskeie eedsverklarings, wesenlike feitegeskille tot gevolg gehad het. Appellant se benadering is egter dat selfs op respondent se weergawe van die relevante feite, die appèl moet slaag weens die oorskryding van die verbod vervat in artikel 38 (1) van die Maatskappywet.

DIE RELEVANTE FEITE

[4] Weens appellant se voormelde benadering tot die feitegeskille, is die volgende relevante feite gemeensaak of minstens nie in geskil nie.

[5] Die onroerende eiendom van appellant waaroor die gemelde dekkingsverbande geregistreer is, is 'n plaas, by name “Karoovlakte”, geleë in die distrik van Klawer, Wes-Kaap. Mnre P J en J A Greyling (“die Greylings”) is die mede-direkteure en aandeelhouers van appellant en het voorheen die plaas van appellant gehuur en in vennootskap onder die naam “Karoovlakte Boerdery” (“die vennootskap”), daarop geboer.

[6] Respondent was te alle relevante tye die vennootskap se bankier en het geld aan die vennootskap geleen en voorgesket, by wyse van 'n

oortrokke fasiliteit en 'n termynlening. Gedurende die tydperk 2 Februarie 1984 tot 2 Maart 2001, is ses dekkingsverbande teen die titelakte van Karoovlakte geregistreer, as sekuriteit vir die bedrae wat deur die vennootskap aan respondent verskuldig mag wees.

[7] Die vennootskap het mettertyd op onverantwoordelike wyse met hierdie skuldverpligtinge teenoor respondent, omgegaan. Die oortrokke fasiliteit se limiet is gereeld oorskry en paaielemente verskuldig ten aansien van die termynlening-skuld is nie stiptelik betaal nie. Respondent het begin druk uitoefen op die vennote (die Greylings) om hierdie skuldverpligtinge meer verantwoordelik te hanteer.

[8] Dit het aanleiding gegee tot samesprekings tussen die Greylings en respondent se verteenwoordiger te Vredendal, ene Mnr. Brand, aangaande die toekomstige hantering van hierdie skuldverpligtinge van die vennootskap teenoor respondent. Dit moet beklemtoon word dat respondent, in die persoon van Brand, deurlopend op hoogte was van al die stappe wat mettertyd geneem is in 'n poging om hierdie skuldprobleme van die vennootskap op te los.

[9] 'n Oplossing het sigself voorgedoen in die persoon van Mnr. L P Barnard en sy eggenote Mevrou C Barnard (“die Barnards”), wat belanggestel het om Karoovlakte te bekom. Na onderhandelinge oor hoe 'n transaksie met die Barnards gestruktureer kon word, is besluit dat die Greylings hulle aandeelhouding in appellant aan die Barnards sou verkoop. 'n Aanvanklike koopoooreenkoms is op 6 September 2005 aangegaan, maar vir huidige doeleindes is dit slegs nodig om te verwys na die finale skriftelike koopoooreenkoms wat die betrokke partye op 30 November 2005 aangegaan het. Hierkragtens het die Greylings hulle volle aandeelhouding en leningsrekeninge in appellant aan die Barnards verkoop vir 'n koopprys van R2 miljoen.

[10] Dit is gemenesaak dat die koopoooreenkoms van 30 November 2005, nie in alle opsigte die ooreenkoms tussen die partye, en in besonder die wyse van betaling van die koopprys, korrek weergee nie. Dit is verder gemenesaak dat die koopprys van R2 miljoen as volg deur die Barnards betaal moes word:

- (a) 'n Deposito van R150 000-00 wat reeds betaal was;

- (b) Deur die oorname van die vennootskap se verskuldigheid aan respondent uit hoofde van die voormelde oortrokke fasiliteit en termynlening, wat 'n totale bedrag van R1 137 750-00 beloop het;
- (c) Deur die balans van die koopsom, naamlik R712 250-00, in twaalf jaarlikse paaielemente te betaal.

[11] Die partye het daarbenewens ooreengekom dat die Barnards se oorname van die vennootskap se skuldverpligtinge teenoor respondent, in die naam van appellant sou geskied. Dit het in effek behels dat die vennootskap se oortrokke fasiliteit en leningskuld gekonsolideer en deur appellant betaal sou word deur middel van 'n nuwe leningsfasiliteit wat vir hierdie doel aan appellant toegestaan sou word deur respondent.

[12] Voortspruitende uit die voorgaande, is daar op 8 Desember 2005 'n skriftelike termynleningsooreenkoms deur appellant en respondent aangegaan, ingevolge waarvan respondent 'n bedrag van R1,1 miljoen aan appellant geleen en voorgesket het. Op respondent se eie weergawe, was Brand ten volle bewus daarvan dat hierdie finansiering benodig was ten einde appellant in staat te stel om die vennootskap se skuld teenoor respondent, te delg. Die opbrengs van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005 is toe aangewend om die vennootskap se

skuldverpligtinge teenoor respondent te vereffen. Dit het tot gevolg gehad dat appellant daarna die bedrag van R1,1 miljoen (plus rente) aan respondent verskuldig was uit hoofde van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005.

ARTIKEL 38 VAN DIE MAATSKAPPYEWET

[13] Die relevante gedeelte van artikel 38 (1) lui as volg:

“38. Geen geldelike bystand vir die koop van aandele van maatskappy of houermaatskappy-

(1) Geen maatskappy mag, hetsy regstreeks of onregstreeks, en hetsy deur middel van ’n lening, garansie, sekerheidstelling of andersins, geldelike bystand verleen nie vir die doel van of in verband met die koop of inskrywing of beoogde koop of inskrywing deur iemand van of op enige aandele van die maatskappy...”

[14] Ek mag meld dat die uitsonderingsgevalle wat in sub-artikels 38 (2) en 38 (2A) vermeld word, nie in die onderhawige geval toepassing vind nie. Verder dien gemeld te word dat artikel 38 (3) bepaal dat ’n oortreding van die bepalings van artikel 38, ’n misdryf daarstel.

[15] Die basiese oogmerk van artikel 38 (1), is die beskerming van ’n maatskappy se skuldeisers en minderheidsaandeelhouders. Dit behels die

beleidsoorweging dat die kapitale hulpbronne van 'n maatskappy nie aangewend of aan risiko blootgestel mag word, vir die doel van of in verband met die koop van die maatskappy se aandele nie. Sien **Henochsberg on the Companies Act**, Vol. 1 bl. 74 en **Lewis v Oneanate (Pty) Ltd and Another** 1992 (4) SA 811 (A) te 818A-B.

[16] Die verbod vervat in artikel 38 (1) bestaan uit die volgende twee elemente:

- (a) die verlening van geldelike bystand deur 'n maatskappy; en
- (b) die spesifieke doel waarvoor sodanige bystand verleen word, naamlik vir die aankoop of in verband met die aankoop van die maatskappy se aandele.

Soos wat aan die hand gedoen word deur **Henochsberg**, supra, te bl. 75, behels die fundamentele ondersoek by die toepassing van artikel 38 (1), die vraag “*whether the effect of the particular transaction is that the company has given, or would give financial assistance and, if so, was it, or would it be, given for the purpose of or in connection with, the purchase of the shares*”.

[17] **Henochsberg**, t.a.p., beklemtoon verder, met verwysing na die toonaangewende beslissing van **Lipschitz N.O. v UDC Bank Ltd**, 1979

(1) SA 789 (A), dat by die oorweging van die spesifieke doel waarvoor finansiële bystand deur 'n maatskappy verleen is, dit bepaal moet word *“what the direct object of the company was or would be, in carrying out the particular activity: it is the nature of that direct object which is crucial: if it was not or would not be, equivalent or sufficiently similar, to the prohibited purpose, the fact that incidental to it was, or would be, the giving of financial assistance to purchase the shares, would not justify a conclusion that the prohibition has been, or would be, contravened”*.

Sien ook die verdere gesag aldaar aangehaal deur die geleerde skrywer.

[18] Die party wat beweer dat 'n besondere ooreenkoms binne die raamwerk van artikel 38 (1) val, het die plig om dit op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys. Die uitgangspunt van ons howe is dat, weens die wye omskrywing van die verbod in artikel 38 (1), asook die feit dat die oortreding daarvan 'n misdryf daarstel, 'n eng benadering gevolg moet word by die toepassing van artikel 38 (1), en die fokus moet wees op *“...the underlying purpose of the prohibition and the real mischief at which it was aimed”*. Word dit egter bevind dat die ooreenkoms op 'n verbreking van die verbod in artikel 38 (1) neerkom, is die ooreenkoms nietig en onafdwingbaar. Sien **Lipschitz N.O. v UDC Bank Ltd**, supra, te 797H-798A en 803A.

DIE TOEPASLIKHEID VAN ARTIKEL 38 (1) IN DIE ONDERHAWIGE GEVAL.

[19] Mnr. Treurnicht SC, namens appellant, het betoog dat die aangaan van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, in effek die Barnards in staat gestel het om hulle verpligting ingevolge die aandeelkoopsooreenkoms van 30 November 2005, na te kom, naamlik om die vennootskap se verskuldigheid aan respondent te vereffen. Hy het gevolglik aangevoer dat die gemelde termynleningsooreenkoms op 'n oortreding van die verbod vervat in artikel 38 (1) van die Maatskappyewet, neerkom.

[20] Mnr. Vivier, namens respondent, het egter aangevoer dat die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, 'n alleenstaande gewone kommersiële geldleentransaksie tussen appellant en respondent was, wat nie een van die twee kernelemente van artikel 38 (1), te wete (a) geldelike bystand deur appellant en (b) vir die doel van of in verband met die koop van aandele in appellant, bevat het nie. Hy het betoog dat respondent, te alle relevante tye voor en tydens sluiting van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, gefokus het op die beveiliging van respondent se posisie as skuldeiser ten aansien van die verskuldigheid van die vennootskap aan respondent, en nie op die verlening van enige geldelike bystand deur appellant aan die Barnards vir

die nakoming van hulle verpligting ingevolge die aandeelkoop-ooreenkoms van 30 November 2005 nie. Derhalwe was enige verlening van geldelike bystand op hierdie wyse deur appellant aan die Barnards vir die aankoop van aandele in appellant, aldus Mnr. Vivier, nie die direkte doel (“direct object”) van die gemelde termynleningsooreenkoms nie, maar hoogstens die uiteindelijke gevolg daarvan. Dit het tot gevolg dat die verbod vervat in artikel 38 (1) van die Maatskappywet, nie oortree is deur die sluiting van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005 nie.

[21] Hierdie argument van Mnr. Vivier verg, soos reeds gemeld, dat die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005 as ’n alleenstaande gewone kommersiële geldleentransaksie tussen appellant en respondent beskou moet word. So ’n benadering negeer egter die belangrike feit dat al die partye, insluitende respondent, te alle relevante tye op hoogte was van die onderhandelinge en besluite aangaande die wyse waarop die betrokke ooreenkomste tussen die onderskeie partye gestruktureer sou word. Dit was dus nie ’n geval waar respondent, as ’n onafhanklike finansieringsinstansie wat onbewus was van die relevante feite hierbo uiteengesit, genader is om finansiering aan appellant te verskaf nie. Intendeel, was respondent ten volle op hoogte van die inhoud van die ooreenkoms waarkragtens die Barnards die aandele en leningsrekeninge

gekoop het en hulle gepaardgaande verpligting om as deel van die koopprys die skuldverpligtinge van die vennootskap teenoor respondent, oor te neem. Verder was respondent ten volle bewus daarvan dat die nakoming van hierdie verpligting van die Barnards, sou geskied deur die vereffening daarvan deur appellant met behulp van die finansiering wat bekom sou word van respondent ingevolge die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005.

[22] Mnr. Vivier steun vir sy betoog op die beslissing in **Saambou Nasionale Bouvereniging v Ligatex (Pty) Ltd** 1976 (1) SA 868 (OK). In die **Saambou**-saak het ene Stuart geld by Saambou geleen (in die naam van Ligatex) om ene Kriel gedeeltelik te betaal vir aandele wat Stuart in Ligatex by Kriel gekoop het. Die hof het bevind dat alhoewel die ooreenkoms tussen Stuart en Kriel in verband met die wyse van betaling vir die aandele, strydig met artikel 38 (1) se voorganger en derhalwe nietig was, dit nie die geldigheid geraak het van die aparte geldleen-ooreenkoms tussen Ligatex en Saambou (die opbrengs waarvan aangewend is om vir die aandele te betaal) nie.

[23] Daar is egter 'n wesenlike verskil tussen die **Saambou**-saak en die onderhawige geval. Saambou was onbewus waarvoor die opbrengs van die lening aangewend sou word, terwyl respondent ten volle bewus was

waarvoor die opbrengs van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005 aangewend sou word. Dit sou dien om die vennootskap se skuld aan respondent te vereffen, wat in effek sou beteken dat appellant daardeur geldelike bystand aan die Barnards sou verleen om hulle verpligting uit hoofde van die koopoooreenkoms van 30 November 2005, na te kom.

[24] Ek stem nie saam met die betoog dat die feit dat respondent ten volle bewus was waarvoor die opbrengs van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005 aangewend sou word, negeer moet word nie. Die ooreenkoms tussen die Barnards en die Greylings om vir appellant te gebruik om die Barnards se verpligting uit hoofde van die gemelde koopoooreenkoms na te kom, word klaarblyklik deur die verbod in artikel 38 (1) getref. Waarom, gegewe respondent se intieme kennis van wat werklik hier tussen die partye plaasgevind het, moet respondent dan as 'n onafhanklike derde party, en die termynleningsooreenkoms as 'n afdwingbare alleenstaande gewone kommersiële transaksie, beskou word?

[25] Na my mening is daar twee redes waarom dit regtens onhoudbaar sou wees om aan die hand van die tersaaklike feite van hierdie geval, die betoog van Mnr. Vivier te handhaaf. Eerstens, is dit onteenseglik so dat

die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, 'n integrale en wesenlike deel van die hele skema was wat die betrokke partye beplan en in werking gestel het. Sonder respondent se medewerking, om by wyse van die termynleningsooreenkoms vir appellant in staat te stel om die skuldverpligtinge van die vennootskap oor te neem, en daardeur die Barnards te help om hulle verpligting ingevolge die aandeelkoopsooreenkoms na te kom, sou dit wat die partye beplan het, nie in werking gestel kon word nie. Die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, was gevolglik 'n wesenlike en integrale deel van die oorhoofse skema wat die partye beplan en in werking gestel het.

[26] In **Lipschitz N.O. v UDC Bank Ltd**, supra, te 808B-C, het die Appèlhof die volgende beslis ten aansien van 'n soortgelyke argument by die toepassing van artikel 86 (bis) (2) van Wet No. 46 van 1926 (artikel 38 (1) se voorganger):

“The separate document recording the cross-guarantee was undoubtedly an essential and integral part of a design for the obtaining of the second loan and it was no less an integral and inseparable part of such design and of the loan agreement than it would have been had all been contained in one document signed by all the parties concerned and clearly reflecting the provision of the cross-guarantee as a condition of

the granting of the loan. The agreement of loan, therefore, was in breach of section 86 bis (2) and illegal... ”

[27] Daar kan voorts verwys word na **Henochsberg**, supra, bl. 77, waar die volgende gesê word ten aansien van so 'n beweerde alleenstaande ooreenkoms met 'n derde party, in omstandighede waar daar 'n gepaardgaande oortreding is van die verbod vervat in artikel 38 (1) van die Maatskappywet:

“It is also void, it is respectfully submitted, if it is an inseparable part of an agreement by which the company gives, or is to give, financial assistance, within the meaning of section 38 (1) ”.

[28] Tweedens, en na my mening selfs meer belangrik, is die geykte regsbeginsel dat wanneer partye 'n ongeoorloofde oogmerk het met die sluiting van 'n ooreenkoms, die ooreenkoms ongeldig en onafdwingbaar is. In **Kennedy v Steenkamp** 1936 KPA 113, word dit as volg gestel te 116:

“In general it can be stated that an apparently lawful promise if knowingly made for an illegal purpose will not be enforced... ”

[29] In die onderhawige geval het respondent die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, met appellant aangegaan, welwetende dat die opbrengs daarvan aangewend sou word om die vennootskapskuld van die Greylings te delg, met die gevolg dat appellant op hierdie wyse die Barnards finansiël sou bystaan ten einde die koopprys vir die aankoop van appellant se aandele, te vereffen. Ek mag hier byvoeg dat dit inderdaad 'n voorwaarde by die toestaan van die lening deur respondent was, dat die opbrengs aangewend moes word om die vennootskapskuld te delg. Respondent was dus ten volle bewus daarvan dat die sluiting van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, in effek, tot gevolg sou hê dat die verbod vervat in artikel 38 (1) van die Maatskappywet, oortree sou word. Weens appellant en respondent se kennis van hierdie ongeoorloofde doel waarvoor die opbrengs van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005 bestem was, is die termynleningsooreenkoms gevolglik nietig en onafdwingbaar.

[30] Die voormelde gevolgtrekking word aldus deur **Henochsberg**, *supra*, bl. 77, onderskraag:

“But an agreement between the company and a third party- ie someone other than the seller or the purchaser of the shares- by which e.g. the

company obtains money which it intends to use in contravention of section 38 (1) is not void where the third party is unaware of such intention.... it is respectfully submitted that, if the third party knows that the performance in terms of his agreement with the company is to be used by the latter to contravene section 38 (1), such agreement is void.”

Dieselfde mening word ook uitgespreek deur die volgende skrywers: A J Kerr 1976 SALJ 3; R C Beuthin 1976 Annual Survey 306-307; en A N Oelofse 1980 TSAR 47.

[31] Soos reeds gemeld, is ek van oordeel dat die beslissing in **Saambou Nasionale Bouvereniging v Ligatex**, supra, waarop Mnr. Vivier steun, in 'n wesenlike opsig onderskeibaar is, naamlik dat Saambou geen kennis gedra het van die ongeoorloofde doel wat die partye beoog het met die aangaan van die betrokke leningsooreenkoms nie. In hierdie verband is ek dit eens met A J Kerr, 1976 SALJ 143, waar die geleerde skrywer dit beklemtoon dat die bevinding in die **Saambou**-saak steeds gesien moet word teen die besondere agtergrond van die relevante feite van daardie saak. Daar het Eksteen R, onder andere, beslis dat:

“The fact that...the directors, acting in terms of an entirely separate agreement, utilised the funds so incurred by the company in an illegal manner cannot detract from (the) legal enforceability of the prior legal transaction.” (te 872D).

Soos Kerr tereg aantoon, is die konteks waarin die Saambou-beslissing verstaan moet word, die volgende:

“The ‘entirely separate agreement’ (die leningsooreenkoms tussen Ligatex en Saambou) is to be understood to be one with a party who had no knowledge of the intended illegality. Separate transactions may all be illegal if they are part of a scheme and are between parties with knowledge.”

[32] Dit volg dus, na my mening, dat die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, nie as ’n alleenstaande gewone kommersiële transaksie beskou kan word, soos betoog deur Mnr. Vivier nie. Inteendeel, is ek van oordeel dat, veral weens die intieme kennis van respondent aangaande die doel wat met hierdie termynleningsooreenkoms beoog was, dié ooreenkoms ook deur die verbod vervat in artikel 38 (1) van die Maatskappywet, getref word.

[33] Mnr. Vivier het egter verdere gronde aangevoer waarom appellant nie behoort te slaag nie. Eerstens, wys Mnr. Vivier daarop dat die aandeelkoop-ooreenkoms van 30 November 2005, nie enige gedeelte van die koopprys toegedeel het aan enige komponente van die koopsaak, te wete die aandele in of die leningsrekeninge teen appellant, nie. Hy betoog derhalwe dat dit nie moontlik is om vas te stel watter gedeelte, indien enige, van die opbrengs van die termynlening van 8 Desember 2005,

aangewend is ter betaling van die aankoop van die aandele in appellant nie. In die lig daarvan is daar, aldus Mnr. Vivier, nie bewys dat die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, getref word deur die bepaling van artikel 38 (1) van die Maatskappywet nie.

[34] Ek stem egter nie saam met hierdie betoog nie. Soos aangevoer deur Mnr. Treurnicht, is daar nie ingevolge die koopsooreenkoms enige toedeling gemaak van die koopsaak in verskillende komponente, naamlik die aandele in of die leningsrekening teen appellant nie. Die koopsaak is dus ondeelbaar en maak die koopsooreenkoms bloot voorsiening vir betaling van 'n ondeelbare koopprys van R2 miljoen. Enige bedrag wat dus uit die opbrengs van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, as betaling aangewend is, het ter betaling van die onverdeelde koopsaak, wat beide die aandele en die leningsrekening ingesluit het, geskied. Soos tereg deur Mnr. Treurnicht betoog, word enige hulpverlening deur appellant om 'n gedeelte van sodanige ondeelbare koopprys uit die opbrengs van die termynlening te betaal, gevolglik deur die verbod vervat in artikel 38 (1) getref.

[35] 'n Verdere argument wat deur Mnr. Vivier aangevoer is, is dat die aanwending van die opbrengs van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005 om die vennootskap se bankskuld te betaal, terselfdertyd

ten doel gehad het om appellant, as verbandgewer, se skuld teenoor respondent te vereffen, en die termynleningsooreenkoms dus nie die direkte doel gehad het om finansiële bystand aan die Barnards te verleen vir die aankoop van appellant se aandele nie.

[36] Na my mening hou hierdie betoog nie rekening met die feit dat die betrokke verbande bloot dekkingsverbande is nie. Dit is gemenesaak tussen die partye dat die ses verbande wat oor appellant se eiendom geregistreer is, bloot dien as sekuriteit vir die behoorlike betaling van enige bedrag wat die vennootskap aan respondent verskuldig mag wees. Enige verskuldigheid van appellant uit hoofde van die betrokke verbande is dus aksessor tot die vennootskap se skuld aan respondent.

[37] Die betrokke verbandaktes, gelees met die res van die stukke voor die hof, toon ook nie dat enige bedrag daarkragtens opeisbaar en betaalbaar was deur appellant aan respondent nie. Klousule 6 van die verbandaktes bepaal voorts dat die terugbetaling van enige bedrag wat deur appellant aan respondent verskuldig is uit hoofde van die betrokke verbande, moet geskied ooreenkomstig sodanige skriftelike ooreenkoms(te) as wat van tyd tot tyd deur appellant en respondent aangegaan mag word. Respondent steun egter nie op enige sodanige ooreenkoms(te) om te toon dat appellant enige bedrag uit hoofde van die

dekkingsverbande aan respondent verskuldig is nie. Dit volg dus dat appellant, as verbandgewer, geen skuld teenoor respondent gehad het om te vereffen nie.

[38] In die omstandighede kan dit nie bevind word dat die direkte doel (of minstens die mede-direkte doel) van die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, was om appellant se skuld as verbandgewer teenoor respondent te vereffen nie. Derhalwe doen Mnr. Vivier se betoog in hierdie verband nie afbreuk aan my bevinding dat die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005, deur die verbod vervat in artikel 38 (1) van die Maatskappywet getref word nie.

[39] Die partye is dit eens dat indien appellant se beroep op artikel 38 (1) van die Maatskappywet gegrond is, soos ek inderdaad bevind het, die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005 nietig en onafdwingbaar is. Wanneer die onderliggende transaksie waaruit die skuld ontstaan wat deur 'n verband verseker word, geen afdwingbare vordering onderlê nie, is daar nie 'n skuld wat deur die verband verseker word nie. Sien **Thienhaus N.O. V Metje & Ziegler Ltd and Another** 1965 (3) SA 25 (A) te 32F-H. Die enigste skuld waarop respondent steun as grondslag vir die afdwingbaarheid van die ses verbande wat oor Karoovlakte geregistreer is, is die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005.

Weens die nietigheid daarvan word die betrokke verbande dus nie deur enige afdwingbare vordering onderlê nie, met gevolg dat appellant geregtig behoort te wees op die kansellasie daarvan.

RESPONDENT SE BEROEP OP VERRYKING

[40] In die finale instansie het Mnr. Vivier betoog dat indien die termynleningsooreenkoms van 8 Desember 2005 nietig en onafdwingbaar is, respondent op grond van verryking 'n eis teen appellant het, en wel met die *condictio ob turpem vel iniustam causam*. Hierdie *condictio* bepaal dat indien geld of ander eiendom deur een party aan 'n ander oorgedra is uit hoofde van 'n onwettige ooreenkoms, dit wat aldus oorgedra is, terug gevorder kan word op grond van verryking.

[41] In hierdie verband steun Mnr. Vivier op klousule 4 van die betrokke dekkingsverbande, wat bepaal dat die verbande as sekuriteit dien vir enige bedrag geld wat appellant in die toekoms, voortspruitend uit welke skuldoorsaak ookal, aan respondent verskuldig mag wees. Hy voer derhalwe aan dat die betrokke verbande steeds as sekuriteit dien vir 'n geldige en afdwingbare skuld, naamlik 'n verrykingseis teen appellant vir die opbrengs van die termynlening van 8 Desember 2005, wat respondent aan appellant betaal het.

[42] Daar is, na my mening, ook nie meriete in hierdie verweer van respondent nie. Die kort antwoord daarop is, soos betoog deur Mnr. Treurnicht, dat appellant nie enige deel van die opbrengs van die gemelde termynlening ontvang het nie en derhalwe nie verryk, maar wel verarm is. Soos reeds hierbo aangetoon, is die opbrengs van die termynlening, op respondent se spesifieke aandrang, aangewend om die vennootskap se skuld aan respondent te betaal. Al waarmee appellant dus gelaat is na die aanwending van die opbrengs van die termynlening van 8 Desember 2005 ter vereffening van die vennootskapskuld, is 'n skuld teenoor respondent. Aangesien verryking die feitelike situasie beskryf waar een persoon se boedel sonder regsgrond vergroot is ten koste van 'n ander se boedel, volg dit dat dié wesenlike vereiste van verryking op die feite van hierdie geval ontbreek.

[43] Daar is na my mening ook 'n verdere rede waarom respondent se beroep op verryking nie kan slaag nie, naamlik die beginsel dat 'n party wat *in pari delicto* was, nie op die *condictio ob turpem vel iniustam causam* kan steun nie. In **Afrisure CC and Another v Watson N.O. and Another** 2009 (2) 127 (HHA) te paragraaf 39, word dit as volg gestel:

“...*the condictio ob turpem vel iniustam causam can in principle only be successfully instituted by a plaintiff whose own conduct was free from turpitude, i.e who did not act dishonourably...*”

Dit is wel so dat die *par delictum* rëel se werking deur die hof beperk kan word op grond van “simple justice between man and man” (Sien **Jajbhay v Cassim** 1939 AA 537). Ek is egter van oordeel dat in ’n geval soos die onderhawige, waar respondent wetend ’n party was tot die daarstelling van die skema ter verbreking van die verbod vervat in artikel 38 (1) van die Maatskappywet, daar nie sprake behoort te wees van die verslapping van die *par delictum* rëel ten gunste van respondent nie.

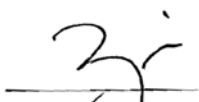
GEVOLGTREKKING

[44] Uit hoofde van die voorafgaande is ek van oordeel dat die appèl moet slaag.

[45] Bygevolg doen ek aan die hand dat die volgende bevel gemaak word:

1. Die appèl word met koste gehandhaaf.
2. Die bevel van die hof *a quo* word tersyde gestel en met die volgende vervang:

“n Bevel word verleen ooreenkomstig paragrawe 2 tot en met 5 van die applikant se kennisgewing van mosie.”


P B Fourie, R

Ek stem saam.


N J Yekiso, R

Ek stem saam en dit word aldus gelas.


J H M Traverso, ARP