Die totstandkoming van ’n concursus creditorum in insolvensie en die rektifikasie van ’n ooreenkoms: Nedbank Ltd v Chance Brothers 2008 4 SA 209 (D)

A du Plessis
LLB
Belastingkonsultant, PricewaterhouseCoopers Sunninghill

AL Stander
BIur LLB LLM LLD
Professor in die Fakulteit Regte, NoordwessUniversiteit, Potchefstroom Kampus

SUMMARY

The establishment of a concursus creditorum in insolvency and the rectification of an agreement: Nedbank Ltd v Chance Brothers 2008 4 SA 209 (D)

The issue discussed in this article deals with the legal position in the case where, prior to sequestration or liquidation, an insolvent and another party enter into an agreement in terms of which the other party becomes a creditor of the insolvent estate. Of particular importance is the situation where, after sequestration or liquidation, the other party realises that the written agreement does not correctly reflect the terms initially agreed upon by the parties and consequently applies for the rectification of the agreement. The effect of such rectification order will place the party concerned in a stronger position in relation to the other creditors. In Nedbank Ltd v Chance Brothers the court refused such an application. The court held that the rectification of the agreement would cause Nedbank to be entitled to a much larger amount than the amount specified in the written agreement.

The core question is whether a court order to rectify an agreement would result in the creation of new rights or whether it is simply an acknowledgement of existing rights. There is a clear difference between these two situations. The application is one for the rectification of an agreement. The continued validity of the agreement during sequestration or liquidation will in any event depend on the provisions of the law of insolvency. The exact rights of the creditor at the time of liquidation should be fully investigated. In the case under discussion the debtor was at all relevant times in debt to the creditor. The common intention of the parties was that this right to payment was preferential. Admittedly, after rectification of the agreement the creditor would have been in a more preferential position owing to the terms of the original agreement. If the original agreement is, however, unreasonable and unfair, it should be brought into question. This can be done by way of impeachable transactions under the insolvency law.

1 PROBLEEMSTELLING

Die probleem wat in hierdie ondersoek aangespreek word, is die kwessie rakende die toelaatbaarheid van die rektifikasie van ’n kontrak na die intrede van die concursus creditorum, soos aangespreek in Nedbank Ltd v Chance Brothers. Die feite van die saak kan soos volg vereenvoudig word: A is ’n skuldeiser van B. A en B gaan ’n ooreenkoms aan uit hoofde waarvan A sy eis teen B op so ’n wyse herstruktureer dat A ’n voorkeurskuldeiser word. Die ooreenkoms weerspieël egter nie hierdie bedoeling nie. Die partye vind dit eers uit nadat B se boedel gesekwestreer word. Die vraag is vervolgens of A rektifikasie van die ooreenkoms kan aanvra sodat dit die ware gemeenskaplike bedoeling van die partye reflekteer. Kan die kurator van B se insolvente boedel ontken dat A op rektifikasie geregtig is vanweë die vorming van die concursus creditorum met die sekwestrasie van B se boedel?

Ten einde die regsposisie behoorlik te ontleed, word Nedbank Ltd v Chance Brothers bespreek saam met ’n verduideliking van die regsfiguur rektifikasie. In hierdie opsig is ander aspekte inderdaad ook relevant, maar vir doeleindes van die sentrale tema is dit bloot uitlopers wat as sodanig behandel sal word. Die eerste aspek waarna gekyk gaan word, is die betekenis van die begrip concursus creditorum. Die tydstip waarop die concursus creditorum tot stand kom, sal ondersoek word, omrede die moontlikheid bestaan dat die tydstip van rektifikasie ’n invloed op die gevolge daarvan kan uitoefen. Daarna sal kortliks na die algemene reëls by onuitgevoerde kontrakte verwys word om te bepaal of ’n bevel vir rektifikasie in die skep van nuwe regte en verpligtinge sal resulteer, en of dit bloot op die erkenning van bestaande regte neerkom. Die bestendiging van

vorderings word ook bespreek met verwysing na die tydstip waarop die regsposisie van die verskillende tipe skuldeisers van ’n gesekwestreerde boedel vasgepen word. Daar sal interessantheidshalwe ook kortliks verwys word na die enkele gevalle waar rektifikasie voorheen in ander beslissings oor die insolvensiereg ter sprake gekom het om die eertydse houding van die howe ten opsigte van rektifikasie te bepaal.

2 DIE BETEKENIS VAN DIE BEGRIP CONCURSUS CREDITORUM

Mars[1] verduidelik dat die hoofdoel van die sekwestrasieproses kragtens die Insolvensiewet[2] is om voorsiening te maak vir ’n kollektiewe skuldinvorderingsproses wat die geordende en gelyke verdeling van ’n skuldenaar se boedelbates sal verseker waar die boedelbates van die skuldeiser nie voldoende is om aan al die eise van die skuldeisers te voldoen nie.

Die concursus creditorum kan volgens Sharrock[3] letterlik vertaal word as die “samekoms van skuldeisers”. Hierdie “samekoms van skuldeisers” hou in dat die belange van die skuldeisers as ’n groep bevorder moet word en sodoende ook voorkeur sal geniet bo die belange van die individuele skuldeisers. Na die concursus creditorum reeds ’n aanvang geneem het, mag niks gedoen word wat die skuldeisers as groep se regte kan benadeel nie, of wat die boedelbates sal laat afneem nie.[4]

1 Sien Bertelsmann ea Mars: The law of insolvency in South Africa (2008) (hierna Mars) 2.
2 Insolvensiewet 24 van 1936 (hierna die Insolvensiewet).
3 Sien Sharrock ea Hockly se insolvensiereg (2006) (hierna Sharrock) 4.
4 Hierdie standpunt word gehuldig in Walker v Syfret NO 1911 AD 141 166; Vather v Dhavraj 1973 2 SA 232 (N) 236; Chesterfin (Pty) Ltd v Contract Forwarding (Pty) Ltd 2003 3 SA 354 (HHA); Nel v The Master 2002 3 SA 354 (HHA).

Na die concursus creditorum word ook dikwels verwys as die “groep van skuldeisers” of die “vergadering van skuldeisers” of die “liggaam van skuldeisers”.[5] Meskin[6] verklaar die begrip concursus creditorum aan die hand van die uitspraak in Walker v Syfret NO.[7] In hierdie saak het appèlregter Innes die beginsel soos volg verduidelik:

> “The object of the Insolvency Act is to ensure a due distribution of assets among creditors in the order of their preference . . . The sequestration order crystallises the insolvent’s position; the hand of the law is laid upon the estate, and at once the rights of the general body of creditors have to be taken into consideration. No transaction can thereafter be entered into with regard to estate matters by a single creditor to the prejudice of the general body. The claim of each creditor must be dealt with as it existed at the time of the order.”[8]

Hieruit kan duidelik gesien word dat die insolvensiereg die posisie van die skuldeisers as ’n groep beskerm.[9] Maar dit blyk ook duidelik dat ’n sekere tydstip van belang is. Die reël is dat daar geen transaksie na die sekwestrasiebevel aangegaan kan word wat tot die gevolg sal hê dat die groep skuldeisers benadeel sal word nie, of dat een skuldeiser bo die groep skuldeisers bevoordeel sal word tensy daardie bevoordeling deur die Insolvensiewet en die insolvensiereg gesanksioneer word nie.

Kragtens artikel 6 van die Insolvensiewet moet die skuldenaar by die aansoek vir vrywillige boedeloorgawe onder andere die hof op ’n oorwig van waarskynlikhede oortuig dat sekwestrasie tot voordeel van die skuldeisers sal wees. By ’n aansoek vir die verpligte sekwestrasie van ’n skuldenaar se boedel, moet die skuldeiser onder andere bewys dat daar rede bestaan om te glo dat sekwestrasie tot voordeel van die skuldeisers sal wees.[10] Wanneer “voordeel van die skuldeisers” in hierdie sin beoordeel word, word dit gedoen met verwysing na die posisie van die concursus creditorum in geheel en nie met verwysing na elke individuele skuldeiser se posisie as onafhanklike en aparte skuldeiser van die insolvente boedel nie. Dit moet tot voordeel van die concursus creditorum wees om die insolvent se boedel te sekwestreer. Indien die boedelbates se waarde so laag is dat daar na die sekwestrasiekoste nie ’n noemenswaardige bedrag sal oorbly waarin die konkurrente skuldeisers as ’n groep kan deel nie, sal die hof nie sodanige sekwestrasiebevel toestaan nie.[11] Verder het dit tot inhoud en implikasie dat ’n billike en regverdige verdeling van boedelbates volgens die beginsels en voorkeurorde van die Insolvensiewet moet geskied.[12] Die gelykheid

5 Sien in die algemeen ook Swart Die rol van ’n concursus creditorum in die Suids Afrikaanse insolvensiereg (LLD-proefskrif UP 1990) vir ’n diepgaande bespreking van die concursus creditorum.
6 Galgut ea Insolvency law and its operation in windingsup (1990) (hierna Meskin) 5-51.
7 Walker v Syfret 1911 AD 141.
8 166.
9 Mars 2 beklemtoon ook dat die vorming van ’n concursus creditorum inhou dat die regte van die groep skuldeisers bevoordeel word, eerder as die regte van die individuele skuldeiser. In hierdie boek word beaam dat dit tot gevolg het dat geen

enkele skuldeiser met behulp van ’n eksekusiebevel volle betaling ten koste van die ander skuldeisers kan afdwing nie.

10 By die aansoek vir ’n voorlopige sekwestrasiebevel is die bewyslas prima facie (a 10(c)) en in die finale stadium is die bewyslas ’n oorwig van waarskynlikhede (a 12(c)).

11 Sien Mars 3; Meskin 5-51.

12 Sharrock 180. Alhoewel daar ’n groot verskil tussen die likwidasieprosedure en die sekwestrasieprosedure is, word verskeie aangeleenthede (soos die vernietigbare regshandelinge, aspekte van skuldeiservergaderings, die stemreg van skuldeisers en

continued on next page

van skuldeisers is dientengevolge oorheersend en beslissend in die hele sekwestrasie- asook likwidasieproses.

"Gelykheid van skuldeisers" het ’n besondere betekenis in die insolvensiereg. Dit beteken dat alle skuldeisers in ’n spesifieke kategorie[13] gelyk behandel moet word en wel volgens die rang en volgorde (wat deur die Insolvensiewet en die insolvensiereg gestel word) wat elkeen beklee. Indien daar voldoende vrye oorskot is nadat die statutêr preferente skuldeisers betaal is, ontvang elke konkurrente skuldeiser ’n dividend in verhouding met sy of haar eis. Dit is belangrik om daarop te let dat die posisie van die konkurrente skuldeisers wat in die vrye oorskot deel, ’n bepalende faktor in die beoordeling van die vereiste van "voordeel vir skuldeisers" is. Die grootte van die dividend wat hulle kry is ’n aanduiding daarvan of sekwestrasie tot voordeel van die skuldeisers sal wees of nie.[14]

Dit is duidelik uit die beskrywing van concursus creditorum in die Walkersaak[15] en ander bronne dat die tydstip waarop die concursus creditorum ’n aanvang neem uiters relevant is. Hierdie aspek kan wesenlike probleme by sekwestrasie of likwidasie veroorsaak indien daar nie ’n presiese tydstip vasgestel kan word nie. Vervolgens relevant is die bepaling van die tydstip vir die totstandkoming van die concursus creditorum.

3 TYDSTIP VAN TOTSTANDKOMING VAN CONCURSUS CREDITORUM

Die aanvang van die concursus creditorum by die sekwestrasie van ’n persoon se insolvente boedel sal plaasvind by die uitreik van die sekwestrasiebevel[16] of die bevel nisi[17] deur die hof.[18] Dit is egter meer gekompliseerd in die geval van die likwidasie van ’n maatskappy of ’n beslote korporasie. Die vertrekpunt is dat ’n concursus creditorum in die geval van likwidasie eers tot stand kom indien die maatskappy of beslote korporasie nie sy skulde kan betaal nie. Dan moet daarop gelet word dat die likwidasie van ’n maatskappy geskied by wyse van likwidasie deur die hof of vrywillige likwidasie. Vrywillige likwidasie geskied deur middel van ’n spesiale besluit deur die lede van die maatskappy of die skuldeisers van die maatskappy.[19] In die geval van ’n vrywillige likwidasie (ongeag deur die lede

onuitgevoerde kontrakte) presies dieselfde hanteer, ongeag daarvan of ’n likwidasie of sekwestrasie ter sprake is. Let egter daarop dat die Insolvensiewet slegs in die maatskappyereg van toepassing is indien die maatskappy of beslote korporasie nie sy skuld kan betaal nie en dus insolvent is en verder ook slegs in die geval van ’n aangeleentheid waarvoor die Maatskappywet of die Wet op Beslote Korporasies self nie voorsiening maak nie (sien a 339 van die Maatskappywet 61 van 1973 en a 66(1) van die Wet op Beslote Korporasies 69 van 1984). Ingevolge a 344(1) van die Maatskappywet is aa 26–31 van die Insolvensiewet wat oor die vernietigbare regshandelinge handel, ook van toepassing waar ’n insolvente maatskappy gelikwideer word.

13 Óf versekerd, óf statutêr preferent, óf konkurrent.

14 Sien bv Nosworthy v Holman 1993 2 SA 774 (OK); Van Eck v Kirkwood 1997 1 SA 289 (SOK); Ex parte Matthysen et Uxor 2003 2 SA 308 (T).

15 Walker v Syfret NO 1911 AD 141 166.

16 Dit is die finale sekwestrasiebevel by vrywillige boedeloorgawe of verpligte sekwestrasie.

17 Dit is by die voorlopige stadium van ’n verpligte sekwestrasie-aansoek wanneer ’n voorlopige sekwestrasiebevel saam met ’n bevel nisi uitgereik word.

18 Sien Mars 171; Meskin 5-50(2); Sharrock 4.

19 Die vrywillige likwidasie deur ’n spesiale besluit van die lede of van die skuldeisers van ’n maatskappy word onderskeidelik gereël deur aa 352 en 363 van die Maatskappywet.

of deur die skuldeisers) sal die tydstip waarop die concursus creditorum ’n aanvang neem, aanbreek wanneer die spesiale besluit vir die likwidasie deur die Registrateur geregistreer word.[20] Dit is so omdat artikels 351 en 352 van die Maatskappywet bepaal dat die besluit vir likwidasie kragteloos is tensy dit ingevolge artikel 200 geregistreer is. Die besluit moet duidelik vermeld of dit ’n vrywillige likwidasie deur die skuldeisers of deur die lede sal wees.[21] In die geval van ’n likwidasie deur die hof neem die concursus creditorum ’n aanvang sodra die voorlopige likwidasiebevel toegestaan is.[22]

Die likwidasie van ’n beslote korporasie geskied ook op twee wyses, naamlik vrywillige likwidasie en likwidasie deur die hof.[23] Vrywillige likwidasie by ’n beslote korporasie geskied, net soos in die geval van ’n maatskappy, deur die lede of deur die skuldeisers. In die geval van ’n vrywillige likwidasie deur die lede van ’n beslote korporasie moet al die lede die besluit neem en ook sodanige besluit op skrif stel en onderteken kragtens artikel 67(1) van die Wet op Beslote Korporasies.[24] Nadat die besluit vir likwidasie geneem is, moet die skriftelike besluit binne agt-en-twintig dae by die Registrateur ingedien word vir registrasie.[25] Die concursus creditorum sal gevolglik ’n aanvang neem met die registrasie van die skriftelike besluit deur die Registrateur.[26]

By die likwidasie van ’n beslote korporasie deur die hof sal die concursus creditorum, met verwysing na artikel 348 van die Maatskappyewet, ’n aanvang neem op die tydstip van die voorlegging van die aansoek aan die hof. In Development Bank of Southern Africa Ltd v Van Rensburg[27] het die hof die betekenis van die woorde “op die tydstip van” verklaar.[28] Daar is bevind dat in die geval van maatskappye en beslote korporasies gekyk sal word na die spesifieke tydstip van die dag (“specific point in time”) waarop die aansoek aan die hof gerig is om vas te stel presies wanneer die concursus creditorum as sodanig ’n aanvang geneem het. Die hof het voorgehou dat indien die bedoeling met die frase “op die tydstip van” eerder was om slegs die spesifieke dag of datum aan te dui, kon die wetgewer dit eenvoudig so uitgedruk het.

Hierdie standpunt van die hof het tot gevolg dat die minste moontlike kans vir benadeling van die skuldeisers as ’n groep kan intree. Daardie spesifieke tydstip speel ’n deurslaggewende rol. Geen skuldeiser kan ná daardie tydstip in die dag nog poog om sy posisie ten aansien van die insolvente boedel te verbeter nie.

20 Dié spesiale besluit moet dus by die Registrateur ingedien word en ’n afskrif daarvan moet onverwyld aan die Meester gestuur word. Sien aa 352(2) en 356(2) van die Maatskappywet; Benade ea Ondernemingsreg (2003) 369.

21 Vir ’n verdere uiteensetting van die prosedure sien aa 349, 351, 352 en 356 van die Maatskappywet.

22 Vir ’n volledige uiteensetting van die regsposisie sien a 348 van die Maatskappywet; Meskin 5-50(3); Vermeulen v CC Bauermeister (Edms) Bpk 1982 4 SA 159 (T); Wolhuter Steel (Welkom) (Pty) Ltd v Jatu Construction (Pty) Ltd (in provisional liquidation) 1983 3 SA 815 (O); Venter v Fairley 1991 1 SA 316 (W).

23 Sien Benade ea Ondernemingsreg 380.

24 A 67(2) van die Wet op Beslote Korporasies.

25 Ibid.

26 Sien a 67(4).

27 2002 5 SA 425 (HHA).

28 Die Engelse frase is “at the time of”.

In die Development Bank-saak word niks gesê oor die interpretasie van die woorde “op die tydstip van” by ’n vrywillige likwidasie nie. Dit is nie vanselfsprekend dat die hof se interpretasie in dié saak ook sal geld vir die bepaling van die aanvang van die concursus creditorum in die geval van ’n spesiale besluit nie. Ons submissie is dat dit in die praktyk problematies sal wees om die presiese tyd van registrasie te bepaal. Om dié rede sal dit meer geskik wees om die frase “op die tydstip van” in geval van ’n spesiale besluit te interpreteer as die dag van registrasie, en nie soseer die tyd daarvan nie.

Die motivering en logika agter die beginsel met betrekking tot die tydstip van die aanvang van die concursus creditorum is dat die eise van die bestaande skuldeisers teen die insolvente boedel ten tye van die sekwestrasie beskerm moet word. Sou toegelaat word dat so ’n ander skuldeiser die boedel van buite af betree ná die concursus creditorum reeds ’n aanvang geneem het, sal dit die vergoedingswaarde van die bestaande skuldeisers se eise wesenlik verminder. Dit is veral so in die geval waar die boedelbates uit die staanspoor reeds nie voldoende is om aan al die skuldeisers se eise te voldoen nie.[29]

Met duidelikheid oor wat die concursus creditorum behels en op watter tydstip dit tot stand kom, moet vervolgens ondersoek word of die moontlike rektifikasie van ’n kontrak ná die intrede van die concursus creditorum in stryd sal wees met die reëls rakende die onuitgevoerde kontrakte[30] asook die reëls rakende die vernietigbare regshandelinge.[31] Vervolgens is die reëls met betrekking tot onuitgevoerde kontrakte eerste onder bespreking.

4 DIE ALGEMENE BEGINSEL BY ONUITGEVOERDE KONTRAKTE

Die reël in die insolvensiereg is dat die sekwestrasie van een van die kontraksparty se boedels nie die kontrak op sigself beëindig nie.[32] Die kurator tree in die plek van die insolvent. Daar is sekere uitsonderings op hierdie reël, wat nie hier ter sprake is nie. Hoewel die algemene reël is dat die regte en verpligtinge ingevolge die insolvent se kontrakte op sy kurator oorgaan, kan spesifieke nakoming nié deur die ander (solvente) kontrakparty geëis word nie.[33] Die

kurator sal die kontrak spesifiek uitvoer indien die skuldeisers op ’n vergadering van skuldeisers besluit dat dit tot hul voordeel sal wees.[34] Die kurator erf die kontrak soos dit op datum van sekwestrasie bestaan het en hy kan die kontrak nie

29 Sien Meskin 5-51. Dieselfde geld as toegelaat sou word dat skuldeisers poog om hul reeds bestaande vorderings te verbeter.

30 Die skuld is tog op ’n kontrak gebaseer.

31 Sou bevind word dat, mvn die reëls in die insolvensiereg mbt onuitgevoerde kontrakte, daar geen fout met die kontrak self te vind is nie, kan dan gevra word of die kontrak nie moontlik op ander gronde aangeveg word nie.

32 Sien ook Stander "Verskillende standpunte oor die algemene reël by onuitgevoerde kontrakte na toetrede deur die kurator" 1998 THRHR 15–41; Thomas Construction (Pty) Ltd (in liquidation) v Grafton Furniture Manufacturers (Pty) Ltd 1988 2 SA 546 (A) 566;
Norex Industrial Properties (Pty) Ltd v Monarch South Africa Insurance Co Ltd 1987 1 SA 827 (A) 837; Porteous v Strydom 1984 2 SA 489 (D) 493; NoordsWestelike Koöperatiewe Landboumaatskappy Bpk v Die Meester 1982 4 SA 486 (NK) 492; Smith v Parton 1980 3 SA 724 (D) 728.

33 In Lucas' Trustee v Ismail and Amod 1905 TS 239 248; Ex parte Liquidators of Parity Insurance Co Ltd 1966 1 SA 463 (W) 471; Ex parte Venter: In re Rapid Mining Supplies (Pty) Ltd 1976 3 SA 267 (O) 281; Rennie v Gordon 1988 1 SA 1 (A) 14.

34 Consolidated Agencies v Agjee 1948 4 SA 179 (N) 186–187 189.

eensydig wysig nie.[35] Die verpligtinge van geeneen van die partye word verminder nie, maar ook word geen nuwe verpligtinge op die partye geplaas nie.[36] Alhoewel dit die geval is, mag die kurator òf die kontrak uitvoer òf weier om ’n verpligting uit hoofde van die kontrak uit te voer indien dit die ander skuldeisers sal benadeel.[37] Die kurator moet hierdie keuse binne ’n redelike tyd en tot voordeel van die concursus creditorum uitoefen.[38]

Hieruit is dit duidelik dat indien A en B ’n kontrak sluit voor die intrede van die concursus creditorum en rektifikasie van die kontrak vind ook voor sodanige intrede plaas, sal ook hierdie kontrak (soos gerektifiseer) die sekwestrasie "oorleef". Die kontrak is geldig en die kurator erf die kontrak soos dit op die tydstip van sekwestrasie bestaan het, máár onderworpe aan die algemene reëls wat hier verduidelik is. Die belangrike vraag is nou wat die situasie sal wees waar ’n aanspraak op rektifikasie eers na die concursus creditorum ter sprake kom? Verskeie faktore sal ’n rol speel en is vervolgens aan die orde.

5 DIE BESTENDIGING[39] VAN VORDERINGS

5 1 Die tydstip van bestendiging

Met verwysing na die uiteensetting hierbo is dit derhalwe reg om te sê dat na die ontstaan van die concursus creditorum elke skuldeiser se tipe vordering vasgelê of bestendig word. Geen skuldeiser kan vervolgens poog om sy posisie te verbeter nie. Dit is dus ontoelaatbaar vir enige konkurrente skuldeiser om, nadat die concursus creditorum reeds ’n aanvang geneem het, sy posisie te verbeter deur byvoorbeeld by wyse van die neem van ’n verband of pand om sodoende ’n versekerde skuldeiser te word.[40]

Om deel te wees van die concursus creditorum moes die vordering van enige skuldeiser reeds bestaan het of afdwingbaar gewees het. Dit moet dus per se reeds in die lewe geroep wees.[41] ’n Vordering wat aan die vervulling van ’n voorwaarde onderworpe is, sal dus nie ’n bestaande eis kan wees indien die vervulling nie voor die datum van die aanvang van die concursus creditorum reeds plaasgevind het nie. Nietemin laat die Insolvensiewet die bewys van voorwaardelike eise toe maar streng volgens die bepalings van artikel 48.[42] Dit is

35 Stander Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte (LLD-proefskrif PU vir CHO 1994) (hierna Stander Proefskrif) 119 236.

36 Preston & Dixon v Biden's Trustee (1884) 1 Buch AC 322 345; Lucas' Trustee v Ismail and Amod 1905 TS 239 251; Walker v Syfret 1911 AD 141 160; Estate Friedman v Katzeff
1924 WLD 298 302; Uys v Sam Friedman Ltd 1934 OPD 80 89 in appèl bevestig in Uys v Sam Friedman Ltd 1935 AD 165 166; Ward v Barett 1963 2 SA 546 (A) 552; Simmons v Bantoesake Administrasieraad (Vaaldriehoekgebied) 1979 1 SA 940 (T) 947; Stander Proefskrif 118.

37 Smith v Parton 1980 3 SA 724 (D) 729; Ex parte Liquidators of Parity Insurance Co Ltd 1966 1 SA 463 (W) 470; Chadwick v Henochsberg 1924 TPD 703 709.

38 Sien Stander 1998 THRHR 15–41.

39 Verwys na die vaslê, vasstel of vaspen van die tipe eis wat ’n skuldeiser teen die insolvente boedel het.

40 Dit sal die ander skuldeisers as ’n groep benadeel. Dit sal ook die enkele skuldeiser as individu bevoordeel bo die ander konkurrente skuldeisers.

41 Nedbank Ltd v Chance Brothers 2008 4 SA 209 (D).

42 Vir ’n volledige bespreking sien a 48 van die Insolvensiewet vir die wyse waarop ’n voorwaardelike eis bewys moet word. Sien ook Mars 395; Meskin 9-6(4) en Sharrock 118.

egter so dat die bepalings van voorwaardelike vorderings nie van toepassing is op ’n ongelikwideerde voorwaardelike vordering nie. ’n Skuldeiser wat ’n ongelikwideerde voorwaardelike vordering teen die insolvente boedel het, is verplig om te wag tot die voorwaarde vervul is voordat die vordering teen die boedel bewys kan word.[43] ’n Ander moontlikheid is dat die skuldeiser stappe moet neem om die vorderings gelikwideer te kry. Dan kan hy die vordering deur middel van artikel 48 bewys. Daar is ook spesifieke bepalings oor die bewys en invordering van eise wat eers ná sekwestrasie opvorderbaar word.[44]

Hierbo is die standpunt gestel dat die sluit van ’n kontrak (en selfs indien dit gerektifiseer is) vóór sekwestrasie nie outomaties deur die sekwestrasie beëindig word nie. In die volgende paragraaf word die moontlikheid verduidelik dat ’n ander lotgeval die spesifieke (geratifiseerde) ooreenkoms kan tref. Dit is nodig in die lig van die uiteindelike gevolgtrekking wat in hierdie ondersoek gemaak word aangaande die rektifikasie van die kontrak ná die totstandkoming van die concursus creditorum.

5 2 Ooreenkomste vóór sekwestrasie

Mars[45] wys daarop dat ’n ooreenkoms wat reeds voor sekwestrasie aangegaan is om ’n skuldeiser se posisie ten opsigte van die boedel te verbeter, wettig en regtens korrek mag voorkom. Dit kan egter later probleme skep.[46] Dit sal die geval wees indien sekere uitsonderlike omstandighede met betrekking tot die spesifieke transaksie of kontrak bestaan. Dan kan die geldigheid van kontrakte wat reeds voor sekwestrasie gesluit is in gedrang kom. In verband met hierdie aangeleentheid speel artikels 29 tot 31 van die Insolvensiewet en selfs die gemenereg ’n baie belangrike rol.[47] Dit handel oor die tersydestelling van sekere vervreemdings wat reeds voor sekwestrasie gemaak is en op die oog af heeltemal geldig mag voorkom.[48] Vervreemding word in artikel 2 van die Insolvensiewet omskryf as ’n oordrag of afstand van regte op goed en omvat ’n verkoop, huur, verband, pand, lewering, betaling, kwytskelding, skikking, skenking of ’n kons trak in dié sin, maar omvat nie ’n vervreemding tot voldoening aan ’n bevel van die hof nie.

By hierdie spesifieke aangeleentheid of onderwerp is daar tydens die vervreemding (watter vorm dit ook al aanneem) nog geen concursus creditorum nie. Die vervreemding vind vóór sekwestrasie of likwidasie plaas. Daarom is dit nie per se ongeldig, vernietigbaar of nietig nie.[49] Om dié rede moet die Insolvensiewet uitdruklik daarvoor voorsiening maak dat indien besondere omstandighede bestaan wat veroorsaak dat die vervreemding ontoelaatbaar is, die kurator aansoek

43 Hierdie standpunt word bevestig in Mars 395; Meskin 9-6(4); Sharrock 118 en ABSA Bank Ltd v Scharrighuisen 2000 2 SA 998 (K).
44 Sien a 50(2) van die Insolvensiewet en die bespreking daarvan deur Stander “Die invordering van skuld wat deur die insolvent aangegaan is maar eers na sekwestrasie opvorderbaar word” 1997 SA Merc LJ 61–63.
45 Vir verdere bespreking sien Mars 259.
46 Sien bv Simon v Coetzee [2007] 2 All SA 110 (T).
47 ’n Volledige uiteensetting van hierdie tersydestellingsaksies is nie relevant vir die spesifieke ondersoek onder bespreking nie.
48 Sien in die algemeen Stander Die vernietigbare regshandelinge (LLM-verhandeling UNISA 1984) vir ’n diepgaande bespreking van hierdie aksies.
49 Sien die bespreking oor die onuitgevoerde kontrakte hierbo.

kan doen vir die tersydestelling daarvan. Die oogmerk met hierdie tersydestellingsaksies is tweeledig, naamlik die beskikbaarstelling van bates, en die handhawing van gelykheid tussen skuldeisers.[50] Die effek van sekwestrasie (naamlik dat elke transaksie met betrekking tot die boedel tot voordeel van die skuldeisers as groep moet wees en dat alle bates vir die skuldeisers bewaar moet word) word gevolglik sover prakties moontlik terugwerkend van krag gemaak tot op die tydstip van daadwerklike insolvensie.[51]

> “For the protection of creditors in insolvent estates the Act has introduced a system of voidable transactions. Dispositions made by a creditor at any time whilst in insolvent circumstances, however long before his formal insolvency, may, in certain circumstances, be set aside in order to achieve a pro rata distribution of the assets held by the debtor as at the time when his liabilities first exceeded his assets. In effect, the Court order is made retrospective and transactions which, but for insolvency supervening, would have been valid, becomes voidable.”[52]

Die skuldenaar kan dus nie ’n ooreenkoms aangaan of bloot ’n vervreemding maak aan ’n skuldeiser[53] op ’n tydstip wat sy laste reeds sy bates oorskry;[54] of sy laste sy bates onmiddellik na die vervreemding oorskry;[55] of in samespanning[56] met die skuldeiser[57] optree nie. Sou sekwestrasie daarna plaasvind, loop hierdie skuldeiser die risiko van ’n tersydestellingsaksie.

Die effek van hierdie tersydestellingsaksies is gevolglik dat, al het die vervreemding alreeds voor sekwestrasie plaasgevind - al is die kontrak reeds voor sekwestrasie gesluit - die hof steeds by magte is om die vervreemding wat op die oog af korrek en regsgeldig lyk, tersyde te stel. Dit het ten doel om beskerming te bied aan die liggaam van skuldeisers al het daar nog nie ’n concursus creditorum gevorm toe die vervreemding plaasgevind het nie. Dit beteken dat wanneer die skuldenaar reeds in insolvente omstandighede is, die skuldeisers se belange as groep relevant raak, en nie meer elke individuele skuldeiser se belang vir homself nie.[58]

Tot dusver kan opgesom word dat indien A en B voor die intrede van die concursus creditorum ’n kontrak sluit en rektifikasie van die kontrak vind voor die concursus creditorum plaas, ook hierdie gerektifiseerde kontrak die sekwestrasie “oorleef”; dat die kurator die kontrak erf soos dit op die tydstip van sekwestrasie bestaan het, máár dat die algemene reëls by onuitgevoerde kontrakte

50 Sien Stander Die vernietigbare regshandelinge 5.
51 Sien idem 6.
52 Per Marais R in Michalow v Premier Milling Co Ltd 1960 2 SA 59 (W) 62.
53 Daar is ook tersydestellingsaksies beskikbaar vir gevalle waar die bevoordeelde nie ’n skuldeiser is nie. Sien aa 26 en 31 en in gevalle selfs a 34 vir die vereistes in hierdie gevalle.
54 En bedoel is om hierdie skuldeiser bo die ander te bevoordeel – a 30.
55 En die vervreemding gemaak is op so ’n wyse dat dié skuldeiser bo die ander bevoordeel word – a 29.
56 Soos in a 31 bedoel. Samespanning tussen die skuldenaar en die skuldeiser kan verduidelik word as die oogluikende toelating van hierdie partye om bedrog teenoor die ander skuldeisers te pleeg. Die participatio fraudis lê eerstens daarin dat albei partye kennis gehad het van die feit dat die skuldenaar insolvent is en tweedens dat die skuldeiser deur die handeling bevoordeel word (Gert de Jager (Edms) Bpk v Jones & McHardy 1964 3 SA 325 (A) 330).
57 Weer word beklemtoon dat daar ook tersydestellingsaksies beskikbaar is vir gevalle waar die bevoordeelde nie ’n skuldeiser is nie. Dit is egter nie hier ter sake nie.
58 Sien ook Mars 2-4; Meskin 5-51 en Sharrock 4.

dan van toepassing is. Die kontrak, soos gerektifiseer, word nie outomaties deur die sekwestrasie beëindig nie. Maar indien, soos in hierdie paragraaf verduidelik is, omstandighede bestaan wat tersydestelling moontlik maak, kan die voortdurende geldigheid van die kontrak in gedrang kom. Hierdie standpunt is relevant vir die uiteindelike gevolgtrekking wat in paragraaf 9 gemaak word.

Die volgende situasie is vervolgens relevant: Wat sal die posisie wees indien die insolvent en ’n ander inderdaad voor die sekwestrasie ’n ooreenkoms gesluit het onder omstandighede waar die tersydestellingsaksies nie ’n rol speel nie. Met sekwestrasie of likwidasie kom een van die partye agter dat die (geldige) ooreenkoms nie korrek op skrif gestel is nie. Daardie kontraksparty wil gevolglik regstelling van die ooreenkoms aanvra, maar sal die effek daarvan wees om hom as skuldeiser in ’n sterker posisie te plaas? Om hierdie vraag te beantwoord is ’n bespreking van Nedbank Ltd v Chance Brothers nodig.

6 NEDBANK LTD v CHANCE BROTHERS

6 1 Feite[59]

Nedbank het geld aan Chance Brothers geleen en verweerders 1 tot 5 is die borge vir die skuld van die sesde verweerder, Chance Brothers. Chance Brothers is op 17 April 1998 op aansoek van die eiser onder voorlopige likwidasie geplaas. Gedurende Oktober 1998 is ’n herstruktureringsooreenkoms tussen die partye aangegaan. Die doel daarvan was om Chance Brothers se skuld teenoor Nedbank te herstruktureer en sodoende te verseker dat die voorlopige likwidasiebevel teen Chance Brothers opgehef word. In die herstruktureringsooreenkoms is daar ook spesifieke melding gemaak van die feit dat die verweerders persoonlik borg gestaan het vir die skuld van Chance Brothers kragtens ’n borgkontrak wat gedurende 1993 gesluit is.

Chance Brothers se skuld beloop net meer as R10 000 000. Uit hoofde van die herstruktureringsooreenkoms word ’n gedeelte van Chance Brothers se skuld teenoor Nedbank ten bedrae van R3 500 000 vereffen. Dit word bewerkstellig deur die uitreiking van 3,5 miljoen kumulatiewe voorkeuraandele aan die eiser. Die partye kom ooreen op ’n uitreikingswaarde van R1,00 per voorkeuraandeel met ’n koste van een sent en ’n premie van nege-en-negentig sent per aandeel.

Die aandele word uitgereik onderworpe aan die terme en voorwaardes soos vervat in die aanhangsel tot die herstruktureringsooreenkoms. Daar word verder ooreengekom dat die aandele na drie jaar afgelos sal word teen R1 per aandeel – dus teen die uitreikingswaarde. Die res van die uitstaande skuld van Chance Brothers (R6,5 miljoen) word gedurende 1996 kragtens ’n leningsooreenkoms tussen die partye gefinansier.

Op 18 Desember 2002 bring Nedbank weer eens ’n aansoek vir ’n voorlopige likwidasiebevel teen Chance Brothers. Die bevel word op 20 Desember 2002 toegestaan. In die huidige aksie eis Nedbank vervolgens van die verweerders (die borge) die balans van die totale bedrag wat na bewering deur Chance Brothers op datum van die likwidasie aan Nedbank verskuldig was minus die dividende wat die likwidateurs na die likwidasie reeds aan Nedbank uitbetaal het. Dit is die

59 Sien 210–211 van die verslag.

bedrag van R10 752 119,85 (hierby ingesluit is die bedrag van R3,5 miljoen as die afloswaarde van die voorkeuraandele) minus R7 936 835,81 wat die likwidateurs van Chance Brothers as dividende uitbetaal het.[60]

6 2 Argumente

Die verweerders beweer dat Nedbank ten opsigte van die betrokke aandele net op R35 000 geregtig is en nie op R3,5 miljoen nie, omdat die aandele volgens die herstruktureringsooreenkoms teen pariwaarde en nominale waarde afgelos moet word en nie teen uitreikingswaarde nie. Nedbank daarenteen beweer dat die aandele nie teen pariwaarde afgelos moet word nie. Hulle vra dientengevolge rektifikasie van die ooreenkoms soos aangegaan met Chance Brothers, die sesde verweerder.

Dit was gemeensaak dat as Nedbank se eis vir rektifikasie nie slaag nie, daar geen uitstaande balans sou wees waarvoor die borge aangespreek sou kon word nie.[61] In die besonderhede van vordering beweer Nedbank dat Aanhangsel B tot die herstruktureringsooreenkoms nie die ware gemeenskaplike bedoeling van die partye weergee nie.[62] Ingevolge Nedbank was die ware bedoeling van die partye dat die voorkeuraandele afgelos sal word teen die uitreikingswaarde soos per voorkeuraandeel. Voorts is dit ook die ware bedoeling van die partye dat Nedbank geregtig sal wees op die uitreikingswaarde per voorkeuraandeel sou die verweerder gelikwideer word. Nedbank gee ook te kenne dat die gebrek om die ware gemeenskaplike bedoeling van die partye in die herstruktureringsooreenkoms weer te gee die gevolg was van ’n gemeenskaplike dwaling deur die partye.[63] Die partye het die ooreenkoms bona fide onderteken sonder kennis van die fout. Volgens hulle kennis was die ware bedoeling van die partye in die ooreenkoms uiteengesit.

Nedbank eis in werklikheid rektifikasie van twee klousules soos vervat in die ooreenkoms.[64] Die eerste klousule (klousule 1.1.4) waarvoor rektifikasie verlang word, behels die waarde waarteen die voorkeuraandele afgelos moet word. Kragtens die klousule soos dit op skrif staan, word Chance Brothers verplig, onderhewig aan die Maatskappywet, om die voorkeuraandele teen pariwaarde af te los. Dit moet gedoen word na afloop van drie jaar ná die datum van die uitreikingswaarde van die aandele. Hierdie verpligting geld slegs in die geval waar die aandele nie alreeds afgelos is nie. Die pariwaarde per voorkeuraandeel, soos ooreengekom, beloop een sent per aandeel.

60 Nedbank se eis is deur die likwidateurs aanvaar. Die eerste, tweede en finale likwidasie- en distribusierekeninge is onderskeidelik op 9 Maart 2004 en 7 Mei 2007 deur die Meester bekragtig.

61 211J–212A.

62 211C–E.

63 “The parties were agreed, in relation to the issue of rectification, on the following facts alleged by Nedbank in its particulars of claim: [That] . . . the reorganisation agreement does not reflect the common intention of the parties . . . The failure of the reorganisation agreement to reflect the common intention of the parties in the aforesaid respects was occasioned by a common error of the parties, who signed the agreement in the bona fide but mistaken belief that it recorded the true agreement between them, alternatively their true common intention” (211; klem ingevoeg).

64 211F–H.

Die tweede klousule (klousule 1.4) behels die bedrag waarop Nedbank op grond van die voorkeuraandele geregtig sal wees by likwidasie van Chance Brothers. Kragtens dié klousule is Nedbank by die likwidasie van Chance Brothers geregtig op die volle nominale waarde van die voorkeuraandele. Daarmee saam is Nedbank geregtig op ’n ekwivalente bedrag vergoeding vir enige agterstallige voorkeurdividende waarop Nedbank tot op datum geregtig was. Volgens Nedbank moet al hierdie vergoeding egter teen uitreikingswaarde bereken word.

Bygevolg het die partye ooreengekom dat indien Nedbank suksesvol is in sy eis om rektifikasie, die woord “uitreikingswaarde” die woord “pariwaarde” in klousule 1.1.4 sal vervang en die woord “uitreikingswaarde” die woord “nominale waarde” in klousule 1.4 sal vervang.

Volgens die verweerders (borge) kan die herstruktureringsooreenkoms regtens nie ná die likwidasie van Chance Brothers gerektifiseer word nie.[65] Die partye is dit eens dat sou Nedbank toegelaat word om die bogenoemde klousules van die ooreenkoms te rektifiseer, die bedrag waarop Nedbank geregtig sou word wesenlik sou vergroot van R35 000 (soos bereken teen een sent per aandeel) na R3 500 000 (soos bereken ná rektifikasie teen R1.00 per aandeel).[66]

6 3 Die regsvraag

Die vraag voor die hof is of Nedbank daarop geregtig is om rektifikasie van die ooreenkoms met Chance Brothers te eis in dié geval waar die concursus creditorum reeds ontstaan het. Beantwoording van hierdie vraag is baie belangrik, want as rektifikasie toegestaan word, beteken dit inderdaad dat Nedbank se posisie as skuldeiser in die insolvente boedel verbeter word.

6 4 Beslissing

Die hof verduidelik die algemene werking en effek van ’n likwidasiebevel soos dit ook hierbo uiteengesit is.[67] Die hof bevestig dat die insolvente boedel van Chance Brothers ná die likwidasie onderhewig is aan die beginsels van die insolvensiereg ten opsigte van die regte van die concursus creditorum wat nou ’n voorkeurposisie inneem. Die hof bevestig dat geen transaksies na die likwidasiebevel met betrekking tot die insolvente boedel aangegaan kan word wat tot gevolg sal hê dat een skuldeiser se regte bo die regte van die concursus creditorum gestel word en hy sodoende bevoordeel word nie. Met elke skuldeiser se eis moet gehandel word soos wat dit reeds bestaan het ten tyde van die likwidasiebevel. Die hof beklemtoon die twee verhoudings wat op datum van likwidasie “vested and complete” word.[68] Dit is die boedel teenoor skuldeiserss verhouding en die verhouding van die skuldeisers inter se. ’n Skuldeiser wat op die oomblik van likwidasie ’n konkurrente skuldeiser was, kan nie deur rektifikasie van die ooreenkoms sy posisie verander sodat hy nou ’n versekerde of preferente skuldeiser word nie. Die hof gaan verder en verklaar dat dieselfde beginsel geld ten opsigte van ’n skuldeiser wat deur rektifikasie poog om sy posisie te verbeter vanaf dié van ’n preferente skuldeiser vir ’n sekere bedrag tot ’n preferente skuldeiser vir ’n groter bedrag. So ’n optrede sal volgens die hof

65 211C.
66 211J.
67 212B.
68 212D–F.

die concursus versteur. Dit is die hof se mening dat rektifikasie post concursus byna onvermydelik die regte van ander skuldeisers sal benadeel.[69]

Die hof wys om dié rede Nedbank se eis vir die rektifikasie van die ooreenkoms met koste van die hand.

7 REKTIFIKASIE EN DIE INSOLVENSIEREG

Uit hoofde van Nedbank Ltd v Chance Brothers sal ’n skuldeiser nie toegelaat word om ná die likwidasie of sekwestrasie van sy skuldenaar se boedel ’n ooreenkoms te rektifiseer as dit sou inhou dat die betrokke skuldeiser op ’n wesenlik groter bedrag geregtig word as wat hy voor rektifikasie sou kry nie. Ook sal rektifikasie nie toegelaat word as dit die betrokke skuldeiser in ’n gunstiger posisie sal plaas as waarin hy sou wees, sou die rektifikasie nie toegelaat word nie.

Die vraag is of dit die korrekte benadering is. Die antwoord hang onses insiens af van die vraag na die betekenis en effek van rektifikasie. Van der Merwe[70] beskryf rektifikasie soos volg:

> “’n Party by ’n ooreenkoms wat verkeerd op skrif gestel is, moet dus in beginsel bevoeg wees om op die werklike wilsooreenstemming te steun, en selfs om die dokument te laat korrigeer om hulle ware gemeenskaplike bedoeling uit te druk. Sodanige korreksie van ’n kontraktuele dokument deur ’n hofbevel staan bekend as rektifikasie.”

Die doel van rektifikasie is om die dokument, wat nié die ware gemeenskaplike bedoeling van die partye weergee nie, te verbeter.[71] Die kontrak as regshandeling word nie as sodanig self verbeter of gewysig nie, maar slegs die inhoud van die dokument wat die wilsooreenstemming tussen die partye weergee.[72] Die kontrak moet die ware gemeenskaplike bedoeling van die kontraktante weergee en is juis bindend op grond van consensus tussen die kontrakspartye aangaande die inhoud van sodanige kontrak.[73] Die doel van rektifikasie is dus om die inhoud van die dokument te wysig sodat dit die ware bedoeling van die partye tot die kontrak weerspieël.

Met die voorgaande in gedagte is dit moeilik om te verstaan dat die hof in hierdie saak bevind het dat rektifikasie nie kan plaasvind nie. As 'n mens die omstandighede toets aan die beginsels van die insolvensiereg wat hierbo uiteengesit is, is die volgende relevant: Dit is nie 'n nuwe ooreenkoms wat deur

69 212E.

70 Van der Merwe ea Kontraktereg algemene beginsels (2004) 173. Sien ook Humphrys v Laser Transport Holdings Ltd 1994 4 SA 388 (K) 395; Brits v Van Heerden 2001 3 SA 257 (K) 266; Shoprite Checkers (Pty) Ltd v Bumpers Schwarmas CC 2002 (6) SA 202 (K) 214.

71 Vir 'n volledige uiteensetting van die regsposisie in die geval van rektifikasie, sien Akasia Road Surfacing (Pty) Ltd v Shoredits Holdings Ltd 2002 3 SA 346 (HHA); Van der Merwe ea Kontraktereg 174. Kyk ook Strydom v Coach Motors (Edms) Bpk 1975 4 SA 838 (T); Levin v Zoutendijk 1979 3 SA 1145 (W); Soil Fumigation Services Lowveld CC v Chemfit Technical Products (Pty) Ltd 2004 (6) SA 29 (HHA).

72 Hierdie standpunt word gehuldig in Spiller v Lawrence 1976 1 SA 307 (N). Sien in die algemeen ook Akasia Road Surfacing (Pty) Ltd v Shoredits Holdings Ltd 2002 3 SA 346 (HHA); Tesven CC v South African Bank of Athens 2000 1 SA 268 (HHA); Milner Street Properties (Pty) Ltd v Eckstein Properties (Pty) Ltd 2001 4 SA 1315 (HHA).

73 Brits v Van Heerden 2001 3 SA 257 (K).

die partye aangegaan word nie. Die ooreenkoms het reeds bestaan en moet slegs deur middel van rektifikasie reggestel word om die wilsooreenstemming tussen die partye te reflekteer. Die bedoeling van die partye was reeds gevorm. Die ooreenkoms het as gevolg van 'n gemeenskaplike dwaling nie die ware gemeenskaplike bedoeling weergegee nie en om dié rede word daar vir die regstelling van die ooreenkoms aansoek gedoen. Die feit van rektifikasie verander nie die oorspronklike bedoeling van die partye nie. Geen nuwe verbintenis word in die lewe geroep nie. Dit is ons mening dat rektifikasie toegestaan behoort te word. Met die toestaan van rektifikasie word niks verander aan die algemene reël by onuitgevoerde kontrakte in die insolvensiereg, naamlik dat geen reg weggeneem word nie, geen reg bygevoeg word nie, geen reg gewysig word nie, behalwe dat spesifieke nakoming nie van die kurator of likwidateur geëis kan word nie. Die rektifikasie maak nie van die skuldeiser 'n voorkeurskuldeiser nie. Die herstruktureringsooreenkoms voor likwidasie het aan hom 'n voorkeur verleen.[74]

As daar inderdaad onbillikheid, onregverdigheid en onredelikheid bestaan, behoort die oorspronklike ooreenkoms aangeval te word. Dit kan deur middel van die vernietigbare regshandelinge waarna hierbo verwys is, gedoen word.

Toegepas op die probleemstelling is dit duidelik dat A se ooreenkoms met B, as poging om sodoende sy posisie ten aansien van die boedel van B te verbeter, sal afhang van verskeie faktore. Die eerste faktor is die bestaan van 'n concursus creditorum. Sluiting van so 'n ooreenkoms wanneer die concursus creditorum reeds tot stand gekom het, sal nie geldig wees nie omdat die ooreenkoms tussen A en B vir A in 'n beter posisie plaas ten koste van die groep skuldeisers. As die ooreenkoms aangegaan is vóór die totstandkoming van 'n concursus creditorum, kan dit wel geldig wees, tensy een van die vernietigbare regshandelinge daarop van toepassing gemaak kan word. Die bestaan van omstandighede wat die vernietigbare regshandelinge toepaslik maak, sal deur die werking van die insolvensiereg veroorsaak dat die effek van sekwestrasie of likwidasie, en die totstandkoming van die concursus creditorum, terugwerkend van krag gemaak word.

8 ANDER UITSPRAKE OOR REKTIFIKASIE IN DIE INSOLVENSIEREG

Voordat enige standpunt ingeneem word, is dit nodig om te kyk hoe die howe in die verlede, voor die beslissing in Nedbank Ltd v Chance Brothers, die onderwerp van rektifikasie tydens of net voor sekwestrasie of likwidasie hanteer het. Daar is nie veel gesag op hierdie punt nie. In Durmalingam v Bruce NO[75] het M, voor die sekwestrasie van sy boedel, 'n notariële verband ten gunste van die skuldeiser geregistreer waarvolgens hy onder andere sy H-bus en al dié se lisensies en sertifikate verhipotekeer het. Hy vervang later die H-bus (en daarmee saam is die genoemde sertifikate afgegee) met die I-bus (waarvoor 'n nuwe sertifikaat uitgereik is). Na die sekwestrasie van M se boedel het die kurator beweer dat dit

74 Die enigste effek wat die rektifikasie het, is dat, weens die sekwestrasie of likwidasie, die skuldeisers van die insolvente boedel in kennis gestel sal moet word van die aansoek vir rektifikasie. Dit is die een geval waar derde partye wel 'n belang by rektifikasie kan hê. Die skuldeisers moet dmv die kurator of likwidateur ondersoek kan instel of die rektifikasie nie moontlik agv samespanning of bedrog geskied nie.

75 1964 1 SA 807 (D).

die gemeenskaplike bedoeling van die partye tot die notariële verband was dat die sertifikaat vir die nuwe I-bus in die verband ingesluit sou word in substitusie van die sertifikaat ten opsigte van die H-bus. Hy het vervolgens aansoek gedoen vir die rektifikasie van die notariële verband sodat hierdie bedoeling daarin weerspieël kon word. Die hof het die rektifikasie geweier omdat dit die ander skuldeisers sou benadeel. Volgens die hof kan 'n fout net gerektifiseer word solank derde partye nie daardeur benadeel word nie. Rektifikasie moet in sy effek streng beperk word tot die partye betrokke by die fout waarvoor rektifikasie aangevra word. Die hof het bevind dat op die oomblik van sekwestrasie die verbandhouer ten opsigte van die I-bus bloot 'n konkurrente skuldeiser was. Deur rektifikasie, soos aangevra, sou nuwe bates (die nuwe bus) by die verband gevoeg word.[76] Dit sou die betrokke skuldeiser se persoonlike reg in 'n voorkeur- of versekerde reg omskep.

In Thienhaus v Metje & Ziegler Ltd[77] het die hof ook na rektifikasie verwys. Die feite van hierdie saak kan weliswaar van die Nedbank-saak onderskei word, maar tog relevant is die uitgangspunt in die saak dat "one cannot allow the true agreement between the parties to be prejudiced by slip of the pen or other inaccuracy." In hierdie saak was die verbandnemer en die verbandgewer ten volle ad idem oor die wesenlike elemente van die verband: Die verband was geregistreer met verwysing na die korrekte borgverpligting van die verbandgewer; dit het die totale bedrag verskuldig korrek gereflekteer; dit was geregistreer teen die titelakte van die korrekte eiendom van die maatskappy wat borg gestaan het; en dit het die korrekte tipe skuld, verskuldig deur die persoon wie se verpligtinge so teenoor die verbandnemer gewaarborg was, uiteengesit. As gevolg van 'n "slip of the conveyancer's pen" is die identiteit van laasgenoemde persoon verkeerd aangedui. Die hof het gemeen dat hierdie feit nie verhoed het nie dat 'n jus in re ten opsigte van die betrokke eiendom gevestig word wat die verbandhouer met die daaropvolgende likwidasie van die verbandgewer op 'n voorkeur-eis geregtig maak. Die hof het daarop gewys dat as die eerste respondent op die datum van die voorlopige likwidasie van die maatskappy nie 'n saaklike reg in die verbande eiendom gehad het nie, dit nie daarna, tydens die verbandgewer se likwidasie so 'n reg sou verkry het deur die rektifikasie van die verbandooreenkoms nie:

> "It is therefore essential to determine exactly what rights the first respondent did have in regard to the bond as at the moment of liquidation. The first step in such enquiry is to ascertain the requirements for the validity of a bond of this nature."[78]

Hierdie saak verskil dus van Durmalingam in die opsig dat in die laasgenoemde saak gepoog is om 'n bate wat met 'n notariële verband beswaar is (die H-bus) te vervang met 'n ander bate (die I-bus). Met ander woorde, om na vorming van 'n concursus creditorum 'n voorkeur ten opsigte van 'n bate te skep waar daar voor sekwestrasie geen so 'n voorkeur ten opsigte van die betrokke bate bestaan het nie. In Thienhaus het 'n voorkeur ten opsigte van die betrokke bate reeds ten tye van die likwidasie bestaan op grond van 'n behoorlik geregistreerde verband.[79]

76 En hieruit blyk duidelik wat die hof met benadeling van derde partye bedoel. Hierdie aansoek sou veroorsaak dat 'n nuwe bate uit die vrye oorskot onttrek word en as sekuriteit vir die betaling van 'n enkele skuldeiser se eis toegewys word.

77 1965 3 SA 25 (A).

78 30.

79 Na ons mening is dit juis ook die geval in die Chance Brothers-saak. Voor likwidasie het N 'n voorkeureis op grond van 'n geldige ooreenkoms gehad. Die ooreenkoms was egter verkeerd genotuleer.

Incledon (Welkom) (Pty) Ltd v QwaQwa Dev Corp Ltd[80] is nog 'n saak waar daar na rektifikasie verwys is. In hierdie saak het die hof nie bevind dat rektifikasie onmoontlik of ontoelaatbaar is wanneer sekwestrasie of likwidasie ter sprake is nie. Die hof het beklemtoon dat wie beweer, moet bewys. In hierdie saak het die hof egter bevind dat daar geen feitelike basis vir die aansoek van rektifikasie was nie. Die applikant het nie bewys dat as gevolg van 'n gemeenskaplike dwaling die sessie-ooreenkoms ter sprake nie die ware gemeenskaplike bedoeling gereflekteer het nie. Inteendeel, in hierdie saak was daar volgens die hof 'n ernstige feitegeskil.

In Development Bank of Southern Africa Ltd v Van Rensburg[81] het dit nie oor rektifikasie gegaan nie, maar oor die bestendiging van regte voor likwidasie. Hierin het die hof opgemerk dat deur aansoek te doen vir 'n beslagleggingsbevel (en onses insiens kan 'n mens dit deurtrek na 'n aansoek vir rektifikasie), die party bloot poog om sy kontraktuele regte af te dwing. Die party was 'n versekerde skuldeiser reeds met aanvang van die likwidasieprosedure.

In Wimbledon Lodge (Pty) Ltd v Gore[82] word op grond van die Durmalingams saak hierbo obiter beslis[83] dat behalwe tot die omvang dat die likwidasie van die skuldenaar 'n invloed daarop kan hê, rektifikasie wel kan plaasvind. Dit skep die indruk dat wanneer likwidasie ter sprake is, rektifikasie nie ongekwalifiseerd toegestaan sal word nie. As 'n mens mooi gaan kyk, was die aansoek gemik op 'n bevel om kragtens artikel 41 van die Wet op Deeltitels 95 van 1986 'n voorlopige curator ad litem vir die beslote korporasie aan te stel, en die curator opdrag te gee om 'n ondersoek te loods na die gronde en wenslikheid om sekere prosedures, waaronder 'n aansoek vir rektifikasie, namens die beslote korporasie in te stel.[84] Die hof het die aansoek vir die aanstelling van 'n curator ad litem geweier,[85] maar in appèl[86] is die aansoek toegestaan. Oor die moontlikheid van 'n aansoek vir rektifikasie in die toekoms het die hof bloot gesê:

> "To give an instance of the arguments raised by the respondents, it is said that if a claim for rectification of the deeds registry is brought (this is one of the suggested remedies) the interests of bona fide third parties may be affected. These include bondholders. The bondholders are not before us. In the order I propose, provision will be made for them to be served. It may be (I say may) that if the deeds registry is rectified their bonds will have to stand. I do not know."[87]

9 GEVOLGTREKKING

Die hof het in Nedbank Ltd v Chance Brothers 'n aansoek vir rektifikasie afgewys. Volgens die hof sou rektifikasie van die ooreenkoms veroorsaak dat Nedbank op 'n wesenlike groter bedrag geregtig word as die bedrag wat in die skriftelike dokument aangedui was. Die hof meen dus dat dit irrelevant is dat die dokument as gevolg van 'n gemeenskaplike dwaling nie die ware gemeenskaplike

80 1990 4 SA 798 (A).
81 2002 5 SA 425 (HHA).
82 2002 2 SA 88 (K).
83 Obiter en sonder om enigsins 'n behoorlike ontleding van die relevante beginsels rondom rektifikasie in die geval van likwidasie te maak.
84 Die remedie van rektifikasie is maw nie direk in hierdie aansoek ter sprake nie.
85 Dit beteken nie dat die hof rektifikasie geweier het nie.
86 Wimbledon Lodge (Pty) Ltd v Gore 2003 5 SA 315 (HHA).
87 326.

bedoeling van die partye weergee nie. Vir die hof is die wesenlike faktor die feit dat die rektifikasie Nedbank in 'n gunstiger posisie sou plaas as wat volgens die dokument aangedui was. Met die aansoek vir rektifikasie het 'n concursus creditorum reeds tot stand gekom en sulke bevoordeling is dan nie toelaatbaar nie.

Die kruks is onses insiens of die hof se bevel vir rektifikasie van 'n ooreenkoms bestaande regte sal erken of nuwe regte skep. Daar is 'n definitiewe verskil tussen dié twee. Die aansoek is gemik op die regstelling van 'n ooreenkoms. Wat met die ooreenkoms tydens sekwestrasie of likwidasie gaan gebeur, sal in elk geval van die beginsels van die insolvensiereg afhang. Presies watter regte het die skuldeiser op die oomblik van likwidasie gehad? Te alle wesenlike tye was die skuldenaar teenoor die skuldeiser verskuldig. Die herstruktureringsooreenkoms moes die betaling reël ooreenkomstig die bedoeling van die partye, en die gemeenskaplike bedoeling van die partye was dat die skuldeiser 'n voorkeureis sou hê. Weliswaar sou hy met rektifikasie in 'n meer voordelige posisie wees, maar dit was die effek van die oorspronklike ooreenkoms. Die skriftelike dokument was as gevolg van 'n ongelukkige fout (gemeenskaplike dwaling) nie 'n akkurate rekord van die ware ooreenkoms nie.

Nedbank wou nie die regte van die skuldeisers verander deur 'n persoonlike reg in 'n saaklike reg te omskep nie. Nedbank se voorkeurreg, gegrond op die voorkeuraandele, het reeds ten tye van die likwidasie bestaan en die wanbeskrywing van die aandele in die herstruktureringsooreenkoms het nie hierdie voorkeurreg vernietig nie. As die oorspronklike ooreenkoms onbillik en onredelik was, moes dit deur middel van die vernietigbare regshandelinge ter syde gestel geword het.