

# Vernietigbare vervreemdings in die insolvensiereg as verwere vir 'n borg

A BORAINÉ\*

## 1 Inleiding

Verskeie verwere is vir 'n borg beskikbaar wanneer hy of sy deur die hoofskuldeiser aangespreek word.<sup>1</sup> In soverre as wat hierdie verwere op die hoofskuld betrekking het, word dit verdeel in verwere *in personam* soos minderjarigheid en insolvensie, waarvan slegs die hoofskuldenaar gebruik kan maak, teenoor verwere *in rem*, soos wanvoorstelling en vreesaanjaging, wat aan die hoofskuldenaar se aanspreeklikheid kleef en wat dan in beginsel ook vir die borg beskikbaar is as gevolg van die werking van aksessoriteit.<sup>2</sup>

In die lig van hierdie beginsels het die vraag by meerdere geleenthede ontstaan of 'n borg, wanneer hy deur die hoofskuldeiser aangespreek word, hom daarop kan beroep dat die hoofskuld tussen die hoofskuldenaar en die hoofskuldeiser 'n vernietigbare vervreemding ingevolge die Insolvensiewet<sup>3</sup> uitmaak en dat hy as borg, dus vanweë dié feit nie as sodanig aanspreeklik is nie.<sup>4</sup>

Die doel van hierdie artikel is om antwoorde op voormelde vraag te probeer bied met inagneming van die wese van vernietigbare vervreemdings van sy of haar goed deur 'n skuldenaar. Aanspreeklikheid van die borg sal in sodanige omstandighede net ter sprake kom indien die skuldenaar insolvent is.

Die leerstuk van vernietigbare transaksies in die insolvensiereg raak relevant na sekwestrasie ingevolge die Insolvensiewet, maar dit vind ook toepassing in die geval van likwidasie van 'n maatskappy of beslote korporasie wanneer sodanige entiteite nie in staat is om hulle skulde te betaal nie, asook binne die kader van geregtelike bestuur.<sup>5</sup> Vir doeleindes van hierdie bespreking moet dus aanvaar word dat, tensy anders vermeld, die gebruik van begrippe soos sekwestrasie of likwidasie met die gepaardgaande verwysing na kurator of likwidateur onderskeidelik ook op die ander situasies toepassing sal vind.

\* Professor in Prosesreg, Universiteit van Pretoria.

<sup>1</sup> Vgl in die algemeen Forsyth en Pretorius *Caney's The Law of Suretyship* (2002) hfst VIII.

<sup>2</sup> Sien byvoorbeeld die volgende *dictum* in *Standard Bank of SA Ltd v SA Fire Equipment (Pty) Ltd* 1984 2 SA 693 (K) 696C-E: "The contrast between defences *in rem* and *in personam* thus is that those *in rem* attach to the claim or cause of action or the obligation itself and arise from the invalidity, extinction or discharge of the obligation itself, whoever the debtor may be; those *in personam* arise from a personal immunity of the debtor from liability for an otherwise valid and existing civil or natural obligation. In the case of a defence *in personam* the obligation and the debt remain in existence . . . but . . . the debtor is personally immune from a claim. In the case of a defence *in rem* the law does not recognize the obligation or debt even as a natural obligation . . ."

<sup>3</sup> 24 van 1936.

<sup>4</sup> Sien par 2 hieronder.

<sup>5</sup> Dit volg nav onderskeidelik a 339, 340 en 436 van die Maatskappywet 61 van 1973 en a 66 van die Wet op Beslote Korporasies 69 of 1984.

## 2 Regspraak en ander standpunte

### 2.1 *Linden Duplex (Pty) Ltd v Harrowsmith*<sup>6</sup>

In hierdie gewysde het die hoofskuldenaar 'n skulderkenning aan die hoofskuldeiser (die eiser) gebied vir welke skulderkenning die verweerder borg gestaan het. Nadat die skuldeiser die borg op sterkte van die borgstelling aangespreek het, het die borg kennisgewing van voorneme om te verdedig gegee – vandaar die aansoek om summiere vonnis deur die hoofskuldeiser teen die borg. In die aansoek om summiere vonnis het die vraag ontstaan of 'n borg (die verweerder) hom daarop kon beroep dat die hoofskuld tussen die hoofskuldenaar (die insolvent) en die hoofskuldeiser 'n vervreemding sonder teenwaarde ingevolge artikel 26 van die Insolvensiewet daarstel en of hy as borg om die rede nie aanspreeklik ingevolge die borgkontrak is nie.<sup>7</sup> Hoewel nie uit die feite blyk vir welke doel die hoofskuldenaar die skulderkenning aan die hoofskuldeiser verskaf het nie, het die hoofskuldeiser en die hof aanvaar dat die skulderkenning wel 'n vervreemding sonder teenwaarde daargestel het.<sup>8</sup>

Artikel 26(1) van die Insolvensiewet bepaal in beginsel dat enige vervreemding<sup>9</sup> deur 'n insolvent sonder teenwaarde langer as twee jaar voor sekwestrasie deur die hof tot niet gemaak kan word as die kurator kan bewys dat die vervreemder onmiddellik na die vervreemding insolvent was.<sup>10</sup> Die hof kan ook so optree in geval van 'n vervreemding binne twee jaar voor sekwestrasie mits die persoon wat die vordering teen die boedel instel of die bevoordeelde kragtens so 'n vervreemding nie kan bewys dat die vervreemder se bates sy laste onmiddellik daarna steeds oorskry het nie.<sup>11</sup> Die voorbehoudsbepaling tot dié artikel bepaal egter dat sodanige vervreemding tot die mate waartoe die skuldenaar-vervreemder se laste sy bates na die vervreemding oorskry het, tersyde gestel kan word.

Indien die vervreemding sonder teenwaarde ter syde gestel is of indien die insolvent die vervreemding nie volvoer het nie, soos waar hy nog nie gelewer het uit hoofde van byvoorbeeld 'n skenkingsooreenkoms nie, bepaal artikel 26(2) dat die bevoordeelde nie met die skuldeisers van die insolvent se boedel kan konkurreer nie. Waar die vervreemding egter nie aldus volvoer is nie en die vervreemding geskied het by wyse van *borgstelling*, *waarborg* of *skadeloosstelling* en mits dit nog nie ingevolge artikel 26(1) tot niet gemaak is nie, kan die bevoordeelde wel konkurreer vir die bedrag wat nie méér is nie as die

<sup>6</sup> 1978 1 SA 371 (W).

<sup>7</sup> 372H.

<sup>8</sup> 372A, D en F. Dit is jammer dat die aspek nie breedvoeriger in die uitspraak behandel is nie, want indien die skulderkenning in plek van 'n ander reedsbestaande verpligting van die skuldenaar teenoor die skuldeiser aangebied is, was daar straks eerder sprake van 'n voorkeur ingevolge a 29 of 30 van die Insolvensiewet as 'n vervreemding sonder teenwaarde ingevolge a 26 – sien verder par 3 en 4 hieronder.

<sup>9</sup> Die begrip “vervreemding” word in a 2 van die Insolvensiewet omskryf en dit sluit bykans enige wyse in waarop 'n skuldenaar sy eiendom of regte in eiendom kan vervreem. Die definisie is so wyd dat dit byvoorbeeld 'n koopkontrak self sowel as die daaropvolgende oordrag van eiendomsreg kan insluit. In die konteks kan dit dus in 'n bepaalde feitestel op beide die verbintenisskeppende ooreenkoms sowel as die saaklike ooreenkoms betrekking hê. Sien Kunst ea *Meskin Insolvency Law* (1990) par 5.31.2; *Estate Jager v Whittaker* 1944 AD 246 250 en *Klerck NO v Kaye* 1989 3 SA 669 (K) 674.

<sup>10</sup> a 26(1)(a) van die Insolvensiewet.

<sup>11</sup> a 26(1)(b).

bedrag waarmee die waarde van die insolvent se bates onmiddellik voor daardie vervreemding gemaak is, sy laste oorskry het.

In die *Linden*-gewysde<sup>12</sup> is beslis dat 'n borg wel in 'n aanspraak om summiere vonnis 'n geldige verweer kan opper deur aan te voer dat die hoofskuld waarop die borgstelling gebaseer is as 'n vervreemding sonder teenwaarde ingevolge die voormelde artikel 26 van die Insolvensiewet tersyde gestel kan word. Daar is dus beslis dat die borg hom daarop kan beroep dat die hoofskuld in beginsel vernietigbaar is – selfs op 'n stadium wat die vervreemding nog nie deur byvoorbeeld die likwidateur of kurator tersyde gestel is nie.<sup>13</sup> Ten tye van die aanhoor van die aansoek om summiere vonnis was die hoofskuldenaar in daardie geval onder geregtelike bestuur. Hoewel die hof – aldus die uitspraak – bereid is om kennis te neem van die betoog dat die transaksie eers vernietig kan word indien sekwestrasie, likwidasie of geregtelike bestuur in werking tree, sê die hof dat dit belangriker is om die vervreemding en die finansiële posisie van die skuldenaar te bepaal.<sup>14</sup> Die hof wys daarop dat die onderhawige transaksie “potentially unjust to creditors” was.<sup>15</sup>

Ten einde die beslissing te gee, moes uitdruklik beslis word “whether the voidability of the principal debt as a debt arising from a disposition without value is or is not a defence flowing from a privilege personal to the principal debtor”.<sup>16</sup> Indien wel, kan die borg hom nie daarop beroep nie; andersins wel. Aangesien die remedie wat deur artikel 26 daargestel word nie vir die voordeel van die hoofskuldenaar bedoel is nie, kom die hof tot die slotsom dat dit 'n remedie is wat uit die verbintenis self, eerder as uit 'n persoonlike privilegie wat aan die hoofskuldenaar verleen is, voortvloei.<sup>17</sup> Dus word bevind dat die verweer insake die vernietigbaarheid van die hoofskuld nie 'n persoonlike verweer is wat buite die reël val nie en dat enige remedie wat vir die hoofskuldenaar beskikbaar is, ook vir die borg beskikbaar is. Die hof meen dat die aansprake van die borg wel voldoen aan die vereistes vir 'n suksesvolle beroep op 'n *bona fide*-verweer teen die eiser se aanspraak vir summiere vonnis soos dit omskryf is in *Breitenbach v Fiat SA (Edms) Bpk*<sup>18</sup> en dat die borg die geleentheid moet kry om die hoofaksie op die grondslag te verdedig.

Die hof wys egter daarop dat die voorbehoud tot artikel 26(1) wat bepaal dat waar die laste die bates na die vervreemding sonder teenwaarde (die hoofskuld in hierdie geval) oorskry met 'n bedrag wat kleiner is as die waarde van die vervreemding, die vervreemding net tot die mate van die oorskot tersyde gestel kan word. Die vervreemding kan dus nie tersyde gestel word in soverre dit nie die skuldenaar feitelik insolvent gemaak het nie. Die hof toon aan dat daar nie getuienis in die betrokke geval was nie, maar dat die skuldeiser dit kan bewys ten einde dan die voordeel van artikel 26(1) te benut.<sup>19</sup> Die beginsel hou prakties gesproke in dat indien die skuldeiser byvoorbeeld sou kon bewys dat 25

<sup>12</sup> 374E-F.

<sup>13</sup> 373E en 374A.

<sup>14</sup> 374A.

<sup>15</sup> 374B.

<sup>16</sup> 373D.

<sup>17</sup> “The remedy provided . . . was, therefore, a remedy arising out of the obligation itself rather than a personal privilege granted to the principal debtor” – 374D.

<sup>18</sup> 1976 2 SA 226 (T) soos met goedkeuring in die *Linden*-gewysde aangehaal op 374F.

<sup>19</sup> Die aspek sou seker in die hoofsaak verder gevoer kon word – 374F.

persent van die vervreemding nie veroorsaak het dat die skuldenaar se laste sy bates oorskry het nie, die vervreemding wat hierdie persentasie betref, nie vernietigbaar was nie en dat die borg dus minstens vir die bedrag wat daardeur verteenwoordig word, aanspreeklik sou wees.

In sy bespreking van die uitspraak wys Whiting<sup>20</sup> eerstens daarop dat die hof die feit misgekyk het dat 'n beroep op statutêre vernietigbare vervreemdings nie 'n remedie vir die hoofskuldenaar is nie, maar vir 'n kurator en wel tot voordeel van die skuldeisers. Op grond hiervan was daar dan aldus die skrywer geen grondslag waarop bevind kon word dat die borg hom kan verlaat op enige verweer waarop die hoofskuldenaar hom kan beroep nie. Hy voer aan dat die hof se korrekte bevinding dat artikel 26 nie 'n verweer is wat vir die voordeel van die skuldenaar bedoel is nie en die hof se slotsom dat die borg hom wel daarop kan beroep, 'n *non sequitur* is.<sup>21</sup>

'n Tweede beswaar wat dié skrywer met 'n beroep op artikel 26(2) teen die beslissing aanvoer,<sup>22</sup> is dat hoewel die onderliggende verpligting voortspruitend uit die vervreemding geldig bly, die eis nie in kompetisie met die ander skuldeisers se eise aangebied kan word nie. Hy kom dus tot die slotsom dat dit nie die hoofskuld nie, maar die voltooide vervreemding is wat vernietigbaar is. In die lig van die tweede beswaar is Whiting dus van mening dat artikel 26(2) nie die hoofskuldeiser van sy eis ingevolge die hoofskuld ontnem nie, maar dat artikel 26 slegs die voltooide vervreemding aantast. Die geldigheid van die borg se aksessore verpligting moes dus nie volgens hom in gedrang kom nie en hy moes aanspreeklik gebly het.<sup>23</sup>

## 2.2 *Freedman and Rossi (Pty) Ltd v Geustyn*<sup>24</sup>

Dié moontlike verweer wat die borg kan opper, het ook in die *Freedman*-gewysde ter sprake gekom. In hierdie saak het die skuldenaar-maatskappy 'n skulderkenning ten gunste van sy skuldeiser gegee ingevolge waarvan eersgenoemde onderneem het om op 'n voorafbestaande skuld ten gunste van die skuldeiser rente te betaal – rente waarop nie vantevore met betrekking tot die kapitale bedrag van die geldskuld ooreengekom is nie en ook om die koste van 'n likwidasië-aansoek wat die skuldeiser teen hom aanhangig gemaak het, terug te betaal indien die skuldeiser die aansoek sou terugtrek. Op die basis het drie persone borg gestaan vir die behoorlike nakoming van die skuldenaar se verpligtinge uit hoofde van die skulderkenning teenoor die skuldeiser. Dit is ook aanvaar dat die skuldeiser bewus was van die feit dat A se laste sy bates oorskry het tydens die verlening van die skulderkenning.<sup>25</sup> Die skuldenaar-maatskappy was ten tye van die verlening van die skulderkenning nog nie onder likwidasië nie, maar sy swak finansiële toestand was toe aan die skuldeiser bekend.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> 1978 *SALJ* 25 26. Sien ook Larkin 1987 *Businessman's Law* 123 124 vir dieselfde standpunte oor hierdie saak.

<sup>21</sup> Whiting (n 20) 26.

<sup>22</sup> Die relevante gedeelte van a 26(2) bepaal dat 'n persoon wat deur 'n vervreemding van goed sonder teenwaarde welke vervreemding vernietig is of wat nie volvoer is nie, die reg ontsê word om met die skuldeisers van die insolvente boedel te konkurereer.

<sup>23</sup> Whiting (n 20) 26.

<sup>24</sup> 1986 4 SA 762 (W).

<sup>25</sup> 762-763.

<sup>26</sup> 763D-E.

Toe die borge ook by wyse van aansoekprosedure deur die skuldeiser opgeroep word om te betaal, is 'n beroep daarop gedoen dat die skulderkenning ingevolge artikels 26 en 29 van die Insolvensiewet tersyde gestel sou kan word. Die hof pas die *Linden*-beslissing toe en bevind dat die borg hom wel op die vernietigbaarheid van die skuld, synde die skulderkenning, kan beroep.<sup>27</sup> In die besonder is die hof bereid om beide artikels 26 en 29 van die Insolvensiewet hier toe te pas. Dit kom voor asof die argument namens die borg is dat die rente en die koste van die likwidasië-aansoek nie deel van die oorspronklike skuld is nie en daar nie teenwaarde voor gegee is nie, 'n artikel 26-aanspraak regverdig terwyl die feit dat die terugbetaling van die oorspronklike skuld nou in die skulderkenning gespesifiseer word weer as 'n voorkeurvervreemding ingevolge artikel 29 van die Insolvensiewet gesien word.<sup>28</sup>

'n Likwidasië-aansoek was wel hangend ten tye van die uitvoering van die skulderkenning en hoewel die maatskappy in die loop van die aansoek van die skuldeiser teen die borge gelikwider is, was 'n likwidateur nog nie aangestel nie met die gevolg dat geen stappe toe reeds gedoen is om die skulderkenning as 'n vernietigbare vervreemding aan te veg nie. Die hof sien dit egter ook nie as 'n probleem ten opsigte van die borg se verweer nie aangesien die skulderkenning aangegaan is op 'n tydstop wat die skuldenaar se laste sy bates oorskry het.<sup>29</sup> Indien die likwidateur later die skulderkenning as 'n vernietigbare voorkeurvervreemding tersyde sou stel, moet egter kennis geneem word van die feit dat die oorspronklike skuldverpligting wat tussen die skuldenaar en skuldeiser bestaan het sekerlik steeds deur die skuldeiser teen die boedel afgedwing sou kon word. Die skuldeiser moet dan egter saam met ander skuldeisers rangeer.

In hierdie verband ontleed die hof Whiting se standpunt.<sup>30</sup> Wat die skrywer se eerste punt van kritiek betref, is die skrywer se verduideliking hoekom die verweer nie vir die hoofskuldenaar beskikbaar is nie volgens die hof 'n *non sequitur*. Die rede hiervoor vind die hof in die aksessoriteitsbeginsel. Indien die hoofskuld nietig of vernietigbaar is, sal die borgstelling self ook om dié rede aangeveg kan word, wat dan hiervan 'n verweer *in rem* maak.<sup>31</sup> Wat die skrywer se tweede argument betref, wys die hof daarop dat die skrywer fouteer in die lig van die wye definisie van die begrip "vervreemding".<sup>32</sup> Indien die hoofskuld, in hierdie geval die skulderkenning, tersyde gestel word, verval die hele verbintenis.<sup>33</sup>

Larkin<sup>34</sup> voer aan dat die borg nie aan sy aanspreeklikheid moes ontsnap het in hierdie geval nie. Hy meen dat die vernietigbaarheid in geval van artikels 26 en 29 slegs tussen die kurator en die ontvanger/skuldeiser betrokke by die vervreemding werk. Verder meen hy dat daar net redelike steun op grond van 'n geldige hoofskuld geverg behoort te word en dat die borg op ander gronde soos estoppel ook moontlik aanspreeklik gehou kon word.<sup>35</sup> Die skrywer meen ook dat kennis geneem moes word van die feit dat al die partye

<sup>27</sup> 768C.

<sup>28</sup> 766G-H, 767F en 768B.

<sup>29</sup> 766F en 768A.

<sup>30</sup> 765E-766A. Sien verder Whiting (n 20) se standpunte in par 2.1 hierbo.

<sup>31</sup> 765H-I.

<sup>32</sup> 766A.

<sup>33</sup> 766B.

<sup>34</sup> (n 20) 123. Sien ook Cassim "Insolvency Law" in 1986 *ASSAL* 310.

<sup>35</sup> Larkin (n 20) 126.

betrokke by hierdie transaksies juis vir dié risiko voorsiening wou maak deur middel van die borgstelling. Laastens voer hy aan dat eerder gekyk moes word na dit wat die partye werklik met hulle kontrak wou bereik het.<sup>36</sup>

### 2.3 *Millman NO and Stein NO v Kamfer; Millman NO and Stein NO v Engelbrecht*<sup>37</sup>

'n Soortgelyke feitestel het voor die Kaapse provinsiale afdeling van die hooggeregshof in die *Millman*-gewysde gediën. In hierdie saak het die borg egter daarop gesteun dat die hoofskuld nietig (*void*) is aangesien dit 'n voorkeur ingevolge artikel 29 van die Insolvensiewet en nie 'n vervreemding sonder teenwaarde ingevolge artikel 26 was soos in die vorige twee beslissings die geval was nie.<sup>38</sup>

Artikel 29 van die Insolvensiewet bepaal in beginsel dat 'n vervreemding deur 'n insolvente skuldenaar ingevolge artikel 29(1) as 'n vernietigbare voorkeur tot niet gemaak kan word indien blyk dat die insolvent as gevolg van sy benarde finansiële posisie nie al sy skuldeisers ten volle kan betaal nie, maar nogtans een of meerdere skuldeisers bevoordeel het, mits die kurator die volgende kan bewys:

- (a) dat daar 'n vervreemding deur die insolvent binne ses maande voor sekwestrasie of sy dood gemaak is;
- (b) dat die gevolg van die vervreemding is dat een skuldeiser bo die ander bevoordeel word; en
- (c) dat die skuldenaar se laste die markwaarde van sy bates (synde die prys wat dit op die stadium toe die vervreemding gemaak is, sal behaal) onmiddellik na die vervreemding oorskry het.

Indien die kurator bogemelde bewys, kan die bevoordeelde ingevolge die voorbehoud tot artikel 29(1) homself verweer deur te bewys dat die vervreemding eerstens in die gewone loop van besigheid geskied het en tweedens dat die bedoeling daarmee nie is om hom bo die ander skuldeisers te bevoordeel nie.

Die skuldenaar in hierdie geval is binne agt dae nadat hy opnuut aan die hoofskuldeiser as hoofskuldenaar verbind is en wat tot gevolg gehad het dat 'n reeds bestaande skuld se nakoming vervroeg sou word en 'n borgkontrak ter versekering daarvan gesluit is, onder voorlopige likwidasië geplaas.<sup>39</sup> Dit was gemeensaak dat laasgenoemde vervroegingsooreenkoms op 'n vernietigbare voorkeur soos in artikel 29 bedoel, neergekom het en hoewel dit nog nie ten tye van die aanhoor van die saak tersyde gestel is nie, het die hoofskuldeiser reeds sekere voordele wat hy ingevolge die ooreenkoms ontvang het aan die likwidateur teruggegee.<sup>40</sup> (Die hof meen dat hierdie optrede van die hoofskuldeiser en die likwidateur die ooreenkoms (die hoofskuld vir doeleindes van die

<sup>36</sup> Larkin (n 20) 126.

<sup>37</sup> 1993 1 SA 305 (K).

<sup>38</sup> 307F. Hoewel die term "nietig" hier gebruik word, word aan die hand gedoen dat die term "vernietigbaar" meer korrek binne die konteks is.

<sup>39</sup> Hierdie wysiging van die oorspronklike skuldooreenkoms tussen die skuldenaar en die skuldeiser kan neerkom op novasië van die oorspronklike ooreenkoms indien die oorspronklike terme daardeur gewysig word.

<sup>40</sup> 306-307.

borgstelling) in beginsel onafdwingbaar gemaak het deur die vrywillige tersydestelling.)<sup>41</sup>

Nadat laasgenoemde feite vasgestel is, bespreek die hof eers die *Linden*-beslissing<sup>42</sup> en wys daarop dat ingevolge hierdie saak die vernietigbaarheid van 'n vervreemding ingevolge artikel 26 van die Insolvensiewet 'n verweer *in rem* is waarop die borg kan steun.<sup>43</sup> Hierna kom Whiting<sup>44</sup> se kritiek onder die loep.<sup>45</sup> Die hof wys daarop dat Whiting se standpunt dat die hoofskuld ingevolge artikel 26 bloot onafdwingbaar word, nie houdbaar is nie aangesien dié skrywer die verskil tussen 'n vervreemding sonder teenwaarde en 'n vernietigbare voorkeur ingevolge artikel 29 misgekyk het.<sup>46</sup> Die hof meen dat die effek van artikel 26 is dat vervreemdings sonder teenwaarde daardeur verbied word en dat wanneer sodanige eis tersyde gestel word, dit in beginsel statutêr uitgewis word.<sup>47</sup> Daarteenoor wys die hof daarop dat in die geval van 'n artikel 29-terseydestelling die (oorsponklike) skuld nog geldig bly, maar dat dit slegs die bevoordeling is wat tersyde gestel word.<sup>48</sup>

Die hof stem nie heeltemal saam met die stelling dat slegs die kurator hom op byvoorbeeld artikel 26 kan beroep nie.<sup>49</sup> Die feit dat slegs die kurator die vervreemding kon vernietig, is nie voldoende om die hof te oortuig dat die verweer slegs aan die kurator toekom nie.<sup>50</sup> Met verwysing na *Moti and Co v Cassim's Trustee*<sup>51</sup> meen die hof dat die klem in soverre dit verwere *in rem* betref, duidelik betrekking het op die verlies van die borg se verhaalsreg ongeag op welke wyse.<sup>52</sup> Die klem behoort dus op die inherente defek van die hoofskuld te val en nie op die identiteit van die persoon wat dit afdwing nie.<sup>53</sup>

Die hof stem egter met Whiting se tweede argument saam dat dit nie die hoofskuld is nie, maar die voltooide vervreemding wat tersyde gestel word. Die hof kwalifiseer sy standpunt deur daarop te wys dat laasgenoemde standpunt van Whiting net geldig is indien dit tot vernietigbare voorkeure ingevolge artikel 29 beperk word.<sup>54</sup> Die tersydestelling van sodanige vervreemding tas nie die geldigheid van die aanvanklike hoofskuld aan nie, maar dit maak net

<sup>41</sup> 307I.

<sup>42</sup> Sien par 2.1 hierbo.

<sup>43</sup> 308B.

<sup>44</sup> (n 20) 95 en sien par 2.1 hierbo.

<sup>45</sup> 308-309.

<sup>46</sup> 308D.

<sup>47</sup> 308E. Die hof wys verder daarop dat dit dalk tegnies korrek is om te sê dat die eis nie uitgewis word nie, aangesien die eis mag herleef wanneer die skuldenaar se sekwestrasie opgehef word maar indien dit nie gebeur nie, kan niemand die borg verkwalik as hy voel dat hy nóg teen die skuldenaar nóg teen die insolvente boedel sy verhaalsreg kan uitoefen.

<sup>48</sup> 309I waar die hof ook Whiting se standpunt aanhaal, dat "[it] is not the principal debt itself, but merely the completed disposition made pursuant to it, which is liable to be set aside in terms of the section" en dit aanvaar met die voorbehoud dat dit op vervreemdings ingevolge a 29 van die Insolvensiewet betrekking het.

<sup>49</sup> 308F.

<sup>50</sup> 309D.

<sup>51</sup> 1924 AD 720 737.

<sup>52</sup> "It seems to me that the emphasis in that passage is upon the surety's loss of his right of recourse through extinction of the principal debt by whatever means it occurs" – by monde van r Conradie 309F.

<sup>53</sup> "From this passage, also, it emerges that it is the vitiating defect in the obligation which is crucial, not the identity of the person who raises it" – 309H.

<sup>54</sup> 309I-J.

die ongewone en nadelige aflossing daarvan ongeldig terwyl die hoofverbintenis self geldig bly. In hierdie verband wys die hof daarop dat die hof in die *Freedman*-gewysde ook faal om hierdie onderskeid tussen vervreemdings en voorkeure duidelik aan te toon. Dit meen egter dat die beslissing asook die navolging van die *Linden*-gewysde wel korrek is.<sup>55</sup> Met verwysing na die standpunte van onderskeidelik Cassim<sup>56</sup> en Dillon en Murray<sup>57</sup> dat die “circumstances of the transaction should be examined to determine the most useful or economic solution to the dispute”, vra die hof wat dan die beste oplossing in hierdie geval sal wees. Die slotsom waartoe die hof kom is dat die borg wel aanspreeklik is en dat die verweer nie gehandhaaf kan word nie.<sup>58</sup> Die feit dat die hoofskuld nog in die geval staande gebly het, beteken dat die borg nie sy verhaalsreg verloor het nie, maar dat hy in hierdie geval moontlik net minder sal kry aangesien die hoofskuldenaar onder likwidasië verkeer en die borg dan uiteraard sy verhaalsreg teen die insolvente boedel moet uitoefen. Al wat tersyde gestel is, is dié deel van die nuwe ooreenkoms waardeur betaling onregverdig vervroeg is, maar die hoofskuld het staande gebly.<sup>59</sup> Dit kom voor asof die hof die vervroegingsbeding as deel van die oorspronklike skuldooreenkoms sien en dus van mening is dat die borgstelling in dié geval nog op die oorspronklike ooreenkoms betrekking het. Omrede dit nog afdwingbaar is, kan die borg nie op die feitel met sy verweer slaag nie.<sup>60</sup>

Verder merk die hof terloops op dat hoewel ’n borg nie normaalweg van sy verhaalsreg teen die hoofskuldeiser afstand doen nie, dit wel gedoen mag word in welke geval die borg dan die verhaalsreg mag kwyt wees.<sup>61</sup> Die hof lewer egter nie uitspraak of daar moontlik ’n stilswyende afstanddoening deur die borg in die geval was nie.

## 2.4 Verdere standpunte

### 2.4.1 Forsyth en Pretorius<sup>62</sup>

Forsyth en Pretorius<sup>63</sup> begin hulle behandeling van die aspek deur daarop te wys dat dit onbillik voorkom om die borg nie toe te laat om hom op die verweer van vernietigbaarheid binne die bovermelde konteks te beroep nie. Die pertinente geval wat die skrywers onder die loep neem, is waar ’n persoon borg staan vir ’n skulderkenning wat deur die skuldenaar aan ’n ander (die skuldeiser) gegee is. Die vraag is dan of die borg se standpunt dat die vernietigbaarheid van die skulderkenning ingevolge artikel 26 in die geval nie ’n persoonlike verweer vir die skuldenaar inhou nie en dat die borg hom wel op die vernietigbaarheid kan beroep, juis is. Die skrywers stel dit onomwonde dat

<sup>55</sup> 310J-311A.

<sup>56</sup> (n 34).

<sup>57</sup> “Suretyship” 1986 *ASSAL* 168-169.

<sup>58</sup> 311B-C.

<sup>59</sup> “The reason must be that the principal obligation, although modified as to the time of performance, has remained intact. *In casu*, only the impermissible manner of performance is offensive and therefore unenforceable” – 311F.

<sup>60</sup> 311D. Die hof aanvaar die punt vir doeleindes van die uitspraak maar dit word aan die hand gedoen dat dié feit nie so duidelik blyk nie.

<sup>61</sup> 310G.

<sup>62</sup> (n 1) 189.

<sup>63</sup> 189.

die borg homself wel daarop kan beroep in lig van die bogenoemde drie sake waar die houe in beginsel bevind het dat (potensiële) vernietigbaarheid tot die wese van die skuld gaan en dus nie bloot 'n persoonlike verweer vir die skuldenaar uitmaak nie. Veral word die opmerking van regter Van Niekerk in die *Freedman*-gewysde dat die artikel-26 verweer “was available to the debtor’s estate. If the principle debt should be void or voidable, then the debt itself, to which the suretyship is accessory, may be attacked . . . ”<sup>64</sup> deur dié skrywers ondersteun. Hulle stel dat “the logic of this argument cannot be faulted.”<sup>65</sup> Sonder verdere bespreking aanvaar die skrywers ook die standpunt van die hof in die *Freedman*-saak<sup>66</sup> dat 'n skulderkenning as sodanig 'n vervreemding ingevolge die Insolvensiewet uitmaak. Indien sodanige vervreemding tersyde gestel is, bly daar geen verbintenis oor wat deur die borgstelling ondersteun kan word nie.<sup>67</sup>

In 'n vorige uitgawe van die werk het die skrywers met verwysing na 'n vervreemding sonder teenwaarde aangevoer dat die posisie rakende die borg wat hom op die verweer van vernietigbaarheid van die hoofskuld binne die konteks van insolvensie wil beroep, nie so duidelik is nie aangesien daar byvoorbeeld wel nog verbintenisse tussen 'n skuldenaar en 'n skuldeiser kan oorbly ingevolge artikel 26(2) nadat 'n vervreemding sonder teenwaarde ingevolge artikel 26(1) tersyde gestel is.<sup>68</sup> Dié skrywers het toe daarop gewys dat indien alle verbintenisse tussen die skuldeiser en die skuldenaar tot 'n einde sou kom nadat 'n vervreemding tersyde gestel is, artikel 26(2), wat bloot bepaal dat die tersydestelling van 'n vervreemding nie aan die bevoordeelde die reg gee om met die skuldeisers te konkurreer, geen doel sou dien nie.<sup>69</sup> Die skrywers het aangevoer dat indien daar geen verbintenis oorgebly het nie, dit onnodig sou wees om laasgenoemde bepaling in die wetsartikel te verniel. Hulle het ook daarop gewys dat artikel 26 oor die vervreemding van goed handel en dat daar wel kontraktuele regte mag wees wat die tersydestelling ingevolge artikel 26(1) oorleef. Die doel van artikel 26(2) sou dan wees om te voorkom dat die ontvanger hierdie regte teen die boedel probeer afdwing in konkurrensie met ander skuldeisers. Sodanige regte behoort nog steeds deur 'n borgstelling gedek te kan word, aangesien skuldeisers inderdaad persone soek om hulle eise te beskerm veral met die oog daarop dat die skuldenaar insolvent mag raak.<sup>70</sup>

#### 2.4.2 Sharrock en andere<sup>71</sup>

Hierdie skrywers begin die behandeling van die onderwerp deur aan te toon dat dit nie heeltemal duidelik is of 'n bevel wat 'n vervreemding tersyde stel altyd die skuld tussen die partye (dit wil sê die skuldenaar en die bevoordeelde uit

<sup>64</sup> (n 24) 765H-I.

<sup>65</sup> (n 1) 190.

<sup>66</sup> (n 24) 766B.

<sup>67</sup> Forsyth en Pretorius (n 1) 190.

<sup>68</sup> *Caney's The Law of Suretyship* 4e uitg (1992) 75 waar met verwysing na Dillon en Murray (n 57) aanvoer is dat so 'n verweer nie vir die borg beskikbaar is nie.

<sup>69</sup> (n 68) 174 waar hulle staving vind in die feit dat r Van Niekerk (n 24) oënskynlik van hierdie probleem bewus is deurdat hy op 766B opmerk dat a 26(2) bloot probeer bepaal “that once a disposition of property not made for value is set aside, a creditor cannot then still come forward and prove his claim in the normal way”.

<sup>70</sup> (n 68) 174.

<sup>71</sup> *Hockly se Insolvensiereg* (2006) op 150.

hoofde van 'n vernietigbare vervreemding) *uitwis* nie. Aldus die skrywers is die vraag van belang vir sowel die bevoordeelde wat dalk agterna 'n eis teen die boedel wil instel asook vir die borg wat vir die vervreemding se behoorlike nakoming borg gestaan het.<sup>72</sup>

Wat artikel 26 betref, meen die skrywers met verwysing na die *Linden*-ge-wysde dat die howe blykbaar aanvaar dat tersydestelling die skuld ongeldig maak met die gevolg dat daar dan geen eis teen die boedel bestaan nie, terwyl die regspraak na aanleiding van artikel 29 teenstrydig is.<sup>73</sup> Die kwessie tot welke mate vernietigbare vervreemdings vir die borg as verweer moet of kan dien, word egter nie direk behandel nie.

Die skrywers sluit die behandeling af deur daarop te wys dat die beginsels soos deur die howe ingevolge artikels 26 en 29 neergelê ook op ander vernietigbare vervreemdings ingevolge die Insolvensiewet, byvoorbeeld die onbehoorlike voorkeur ingevolge artikel 30, toegepas moet word. Hulle wys egter daarop dat die aspek vir die begunstigde skuldeiser ingevolge artikel 31 wat samespanning tussen die skuldenaar en 'n ander behels, van akademiese belang is aangesien so 'n begunstigde enige vordering wat hy teen die boedel sou gehad het, verbeur.<sup>74</sup>

### 3 *Die belang van die wesensaard van vernietigbare vervreemdings in insolvensie vir die verweer van die borg*

Ten einde standpunt in te neem na aanleiding van voormelde uiteensetting in paragraaf 2, is dit nodig om eers na 'n paar onderliggende aspekte rondom vernietigbare regshandelinge te kyk. Die leerstuk van vernietigbare regshandelinge in die insolvensiereg word hoofsaaklik verdeel in vervreemdings sonder teenwaarde enersyds en voorkeure andersyds.<sup>75</sup> Hoewel ander gevalle kortliks toegelig sal word, fokus die bespreking op die aanspraak van die borg waar die hoofskuld 'n vervreemding sonder teenwaarde ingevolge artikel 26 of 'n vernietigbare voorkeur ingevolge artikel 29 uitmaak.

Die eerste groep vervreemdings (sonder teenwaarde) raak die verhouding tussen die skuldenaar en sy skuldeisers aangesien sodanige vervreemdingshandelinge veroorsaak dat daar minder goed vir verdeling tussen die skuldeisers beskikbaar sal wees. In ons reg word hierdie kategorie van vervreemdings deur die gemeenregtelike *actio Pauliana*, artikel 26 (vervreemdings sonder teenwaarde) en artikel 31 (samespanning in soverre as wat dit op vervreemdings sonder teenwaarde betrekking het) gereguleer. Die vervreemdingshandeling in hierdie geval kan byvoorbeeld die vorm van 'n skenking of 'n onderwaarde kooptransaksie waarvoor daar geen of onvoldoende teenwaarde gegee is, aanneem.

Statutêre vernietigbare vervreemdings in die algemeen en vervreemdings sonder teenwaarde ingevolge die Insolvensiewet het in gemeen dat die betrokke regshandelinge as reël geldig bly en eers aanvegbaar word indien die skuldenaar

<sup>72</sup> (n 71) 150.

<sup>73</sup> In die verband word na die *Freedman*- asook die *Millman*-gewysde verwys – sien (n 71) 150.

<sup>74</sup> (n 71) 150 nav a 31(2) van die Insolvensiewet.

<sup>75</sup> Sien Boraïne en Swart "Die onderliggende beginsels van die insolvensiereg en vernietigbare regshandelinge" (deel 1) 1996 *Obiter* 65 en (deel 2) 1996 *Obiter* 213; Boraïne "A perspective on the doctrine of voidable dispositions in South African insolvency law" 2000 *INSOL International Insolvency Law Review* 65.

gesekwestreer of gelikwieder word.<sup>76</sup> Die een noodsaaklike element vir vernietigbaarheid self is dus dat die skuldenaar gesekwestreer moet word anders bly die regshandeling geldig. Anders uitgedruk – voordat sekwestrasie of likwidasië in werking tree, is daar nog nie vir die eiser (gewoonlik die kurator of likwidateur), 'n eisgrond nie. Die *actio Pauliana* verskil in hierdie opsig van die statutêre remedie deurdat dit vir die kurator beskikbaar is sowel waar die skuldenaar se boedel gesekwestreer is, as ook waar die boedel nog nie gesekwestreer is nie. In laasgenoemde geval kan 'n vonnisskuldeiser wie se vonnisskuld as gevolg van byvoorbeeld 'n vervreemding sonder behoorlike teenwaarde nie bevredig kan word nie, hanteer word.<sup>77</sup>

Die tersydestelling van voorkeurvervreemdings soos die vervat in artikel 29 (vernietigbare voorkeur) en artikel 30 (onbehoorlike voorkeur) word in die Insolvensiewet gereël.<sup>78</sup> Sekwestrasie van die skuldenaar se boedel is ook in dié gevalle 'n noodsaaklike voorvereiste en elke artikel wat hieroor handel, bevat benewens die element van vervreemding ook eiesoortige vereistes vir vernietigbaarheid.<sup>79</sup> Voorkeure verskil van 'n vervreemding sonder teenwaarde deurdat dit betrekking het op die aflossing van 'n reedsbestaande skuldverhouding tussen die (hoof)skuldenaar en die (hoof)skuldeiser en waarvoor die insolvent gewoonlik reeds teenwaarde ontvang het. Hierdie aspek van vernietigbare transaksies is met verwysing na die vervreemding sonder teenwaarde duidelik deur hoofregter Watermeyer uiteengesit in *Estate Jager v Whittaker*:

“the words ‘disposition not made for value’ mean, in their ordinary signification, a disposition for which no benefit or value is or has been received or promised as a *quid pro quo*. The most obvious example of such a disposition is a donation . . . . If a lawful obligation to pay the money in fact exists, then the obvious benefit which the payer receives in return for such payment is a discharge from his liability to pay. Such a payment decreases his assets, but at the same time it diminishes his liabilities, and in transactions which are entered into in the ordinary course of business, such a discharge from a liability would be value for the payment made.”<sup>80</sup>

Die voorkeurvervreemding neem gewoonlik die vorm van byvoorbeeld 'n vervroegde terugbetaling of ander wyse van aflossing van die hoofskuld aan. Die skuldeiser se posisie word teenoor die van ander skuldeisers verbeter omrede die bevoordeelde – dalk 'n voorheen onversekerde skuldeiser – so 'n vervreemding in die vorm van 'n sekuriteit vanaf die skuldenaar ontvang wat hom dan 'n versekerde skuldeiser maak.

Indien voormelde aspekte deeglik in ag geneem word, behoort daar tot die slotsom geraak te word dat, behalwe in die geval van vervreemdings beheers deur die *actio Pauliana*,<sup>81</sup> die borg slegs in beperkte gevalle op bogenoemde

<sup>76</sup> Sien par 1 hierbo.

<sup>77</sup> Sien verder die bespreking aan die einde van par 3 asook Boraine “Towards codifying the *actio Pauliana*” 1996 *SA Merc L J* 213.

<sup>78</sup> In die verband moet daarop gelet word dat 'n vervreemding waar samespanning betrokke is op 'n vervreemding sonder teenwaarde kan neerkom, maar ook op 'n voorkeur in daardie gevalle waar die bevoordeelde 'n skuldeiser van die skuldenaar is.

<sup>79</sup> Vgl a 26 (vervreemding sonder teenwaarde), a 29 (vernietigbare voorkeur), a 30 (onbehoorlike voorkeur) en a 31(samespanning) van die Insolvensiewet.

<sup>80</sup> (n 9) 250-251.

<sup>81</sup> Sien die bespreking in par 4.4.

verwere moet kan steun indien die skuldenaar nog nie gesekwestreer of gelikwedeer is nie aangesien die vervreemding bloot dan nog nie vernietigbaar is nie – veral indien dit nie seker is dat die skuldenaar se boedel wel gesekwestreer gaan word nie. Verder bevat elke afsonderlike tersydestellingbepaling sy eie elemente en soms selfs verwere wat tersydestelbaarheid dus in bepaalde gevalle onseker maak.<sup>82</sup> Uit die regspraak wat hierbo behandel is, blyk egter dat die howe wel sodanige verweer van die borg sal oorweeg al is die vervreemding nog nie tersyde gestel nie. Indien 'n vervreemding potensieël vernietigbaar is, mag die howe die borg dus wel gelyk gee.<sup>83</sup>

#### 4 'n Ontleding van die regsposisie

##### 4.1 Algemeen

Dit blyk uit bogenoemde sake dat die beginsel gevestig het dat 'n borg hom wel kan beroep op die verweer dat die borgstelling dien ter ondersteuning van 'n skuld wat self op 'n vernietigbare vervreemding in die Insolvensiewet dui.<sup>84</sup> Dit kom verder voor asof die howe heel liberaal te werk sal gaan om die verweer van die borg te aanvaar selfs in daardie gevalle waar die insolvente skuldenaar se kurator nog nie stappe gedoen het om die vervreemding tersyde te laat stel nie en moontlik selfs indien die boedel nog nie gesekwestreer is nie.

Hoewel daar na die verskille tussen artikel 26 en 29 in bogenoemde sake verwys is, is die onderskeid nie in al die sake voldoende oorweeg nie.<sup>85</sup> In sy suiwer vorm sou 'n borgstelling van 'n artikel 26-situasie byvoorbeeld betrekking hê op 'n geval waar die hoofskuldenaar 'n skenking of onderwaarde kooptransaksie met 'n ander persoon, die begunstigde, wat ons geriefshalwe vir doeleindes van dié gedeelte van die bespreking die hoofskuldeiser of die bevoordeelde noem, aangegaan het.<sup>86</sup> Verdere voorbeelde sou wees wanneer die hoofskuldenaar 'n “skulderkenning” aan die hoofskuldeiser gee, maar ten opsigte van 'n onverskuldigde “skuld” of dalk waar die skuldenaar se vervreemding neerkom op borgstelling teenoor 'n hoofskuldeiser vir 'n ander skuldenaar se skuld teenoor die hoofskuldeiser, of waar die hoofskuldenaar 'n waarborg of skadeloosstelling in sodanige omstandighede verskaf en 'n derde dan borg of selfs agterborg staan vir sodanige verpligtinge van die skuldenaar teenoor die hoofskuldeiser. Die vraag sou dan in al die gevalle kon ontstaan of die borg hom op die verweer van vernietigbaarheid van die vervreemding as vervreemding sonder teenwaarde kan beroep, en onder watter omstandighede.

Indien sekwestrasie van die hoofskuldenaar se boedel nog nie plaasgevind het op die stadium wat die hoofskuldeiser die borg aangespreek het nie, sou een van die noodsaaklike elemente van vernietigbaarheid ontbreek het ten einde 'n eisoorzaak daar te stel – afgesien van die feit dat die elemente wat in artikel 26

<sup>82</sup> Sien bv *Cooper v Merchant Trade Finance Ltd* 2000 3 SA 1009 (HHA) waar 'n aanspraak om tersydestelling ingevolge a 29 by wyse van 'n drie teen twee meerderheid beslis is vir behoud van die vervreemding in daardie betrokke geval.

<sup>83</sup> Sien bv die *Linden*-uitspraak (n 6).

<sup>84</sup> Sien par 2 hierbo.

<sup>85</sup> Sien die kritiek in die *Millman*-saak (n 37) 310J-311A.

<sup>86</sup> Die begrip “vervreemding” waarop a 26 berus, sluit die verbinteniskeppende handeling sowel as die saaklike ooreenkoms in – sien n 9. Uiteraard moet aanvaar word dat die vervreemding andersins geldig is en aan alle formaliteite en vereistes voldoen.

vermeld word ook nog bewys moet word. Die howe is egter bereid om op sterkte van die omstandighede tydens die aangaan van die verbintenis waarop die borgstelling betrekking het, hipoteties te vra of die hoofskuld 'n grond vir tersydestelling sou daarstel – indien wel en sonder dat daar nog enigsins stappe in die verband gedoen is, word die borg toegelaat om hom of haar op die verweer te beroep.<sup>87</sup>

Verder mag dit wees dat die hoofskuldeiser nou na die borg kyk vir nakoming van die vervreemdingshandeling deur die hoofskuldenaar gemaak: *eerstens*, omrede die vervreemding self nog nie volvoer is nie; of, *tweedens*, omrede die vervreemding volvoer is, maar ter syde gestel is en die borg nou juis die verlies aan die hoofskuldeiser moet vergoed.

Indien al die kommentare in die bogenoemde sake en standpunte van skrywers saamgevat sou word,<sup>88</sup> blyk dit dat een van die kernvrae vir die behoud van die borgstelling in 'n spesifieke geval behoort te wees of daar ná die tersydestelling van die vervreemding nog minstens 'n deel van die hoofskuld sou bestaan – dit wil sê 'n deel waarop die borgstelling van toepassing sou kon bly. Indien wel, behoort die standpunt te wees dat die borg hom nie op die vernietigbaarheid of dalk nietigheid daarvan kan beroep nie en tot die mate wat sodanige transaksie nie tersyde gestel is nie en sy verweer in dié opsig dan moet faal. Indien die hoofskuld totaal op sterkte van vernietigbaarheid uitgewis word, sal die borg hom wel op die vernietigbaarheid kan beroep en behoort sy verweer teen die hoofskuldeiser se aanspraak te slaag aangesien hy andersins sy verhaalsreg na betaling kwyt sal wees. Hierdie breë beginsels wat uit al die verskillende standpunte ontstaan, is weer deur die *Millman*-saak bevestig.<sup>89</sup> Die relevante vraag moet wees of die vernietigbare regshandeling voorhande 'n vervreemding sonder teenwaarde of 'n voorkeur is. Hierdie onderskeid verdien verdere bespreking.

Daar moet altyd in ag geneem word dat artikels 26 en 29 op 'n “vervreemding” van sy goed deur 'n skuldenaar berus. Soos reeds aangetoon is, het 'n vervreemding vir doeleindes van hierdie bepalings betrekking op sowel die verbinteniskeppende as die saaklike ooreenkoms.<sup>90</sup> Die sluiting van 'n kontrak én die lewering ingevolge daarvan kan dus beide vervreemdings daar stel.

Soos in die geval van die vernietigbare voorkeur ingevolge artikel 29 word aan die hand gedoen dat die feite in elke geval eers deeglik ontleed moet word ten einde seker te maak op welke vervreemding (die hoofskuld) die borgstelling betrekking het en indien aanvaar word dat sodanige hoofskuld wel as 'n vervreemding tersyde gestel kan word, moet vervolgens bepaal word of daar enigsins 'n verpligting uit hoofde van die hoofskuld waarvoor borg gestaan is ná tersydestelling sou oorbly waarvoor daar teen die insolvente boedel geëis kan word.

#### 4.2 Vervreemding sonder teenwaarde ingevolge artikel 26

In die geval van artikel 26 sal die feite dus byvoorbeeld moet wees dat die hoofskuldenaar eerstens 'n vervreemding aan die hoofskuldeiser in dié konteks

<sup>87</sup> Sien bv die *Linden*-saak (n 6) en die *Freedman*-saak (n 24).

<sup>88</sup> Sien par 2 hierbo.

<sup>89</sup> Sien par 2.3 en n 37 hierbo.

<sup>90</sup> Sien n 9 hierbo.

of te wel die bevoordeelde gemaak het deur byvoorbeeld 'n skenking aan die hoofskuldeiser te belowe, of dalk ooreengekom het om 'n onverskuldigde betaling te maak menende dat daar wel 'n bedrag aan die hoofskuldeiser verskuldig is, of dalk selfs 'n vervreemding in die vorm van 'n borg, waarborg of skadeloosstelling gemaak het.<sup>91</sup> Die borgstelling deur 'n derde sal dan op enige van hierdie handeling wat as vervreemdings tussen die hoofskuldenaar en hoofskuldeiser ingevolge die definisie van “vervreemding” in artikel 2 van die Insolvensiewet aangemerkt kan word, betrekking moet hê.

Hierdie geval sal meestal in die praktyk voorkom wanneer die “hoofskuld” vir doeleindes van die borgstelling wat die vervreemdingshandeling sal uitmaak, aangegaan is deurdat die ooreenkoms wat ook as sodanige vervreemding kwalifiseer tussen die hoofskuldenaar en hoofskuldeiser gesluit is, maar nog nie volvoer is nie – met ander woorde lewering het nog nie plaasgevind nie. Die derde sal juis instaan om behoorlike nakoming daarvan te borg. Wanneer die hoofskuldenaar insolvent is en nie in staat is om die hoofskuld na te kom nie sal die skuldeiser die borg ingevolge die borgstelling aanspreek.

Na aanleiding van voormelde paragraaf, moet dit egter beklemtoon word dat dit nie duidelik uit die *Linden*-gewysde blyk of dit in daardie geval werklik 'n artikel 26-situasie was nie. Indien die skulderkenning waarvoor borg gegee is op 'n reeds bestaande en geldige hoofskuld betrekking gehad het, sou dit eerder op 'n voorkeur, byvoorbeeld ingevolge artikel 29, dui. Die feite is egter nie duidelik nie en die hof het eenvoudig aanvaar dat dit 'n artikel 26-situasie was. Die saak is ook nie tot die uiteinde geneem nie want die verweer is net vir doeleindes van summiere vonnis aanvaar en die hoofsaak moes dus daarna voortgaan. Nietemin is die beginsel dat 'n artikel 26-aanspraak op 'n vervreemding wel vir die borg 'n verweer teen sy aanspreeklikheid kan bied, in die *Linden*-saak en latere gewysdes aanvaar. Tans lyk dit onwaarskynlik dat hierdie beginsel as sodanig omvergewerp sal word.

Die verdere vraag in antwoord op die borg se verweer dat die “hoofskuld” waarvoor hy borg gestaan het, vernietigbaar is, is natuurlik of die “hoofskuld” of enige gedeelte daarvan die tersydestelling kan oorleef in die sin dat die skuldeiser wel nog 'n eis teen die boedel sal kan instel. Indien dit wel die geval is, behoort die borg nie te slaag in soverre daar nog 'n gedeelte van die hoofskuld oorbly en nog 'n eis ingevolge daarvan teen die insolvente boedel bly voortbestaan nie. Indien sodanige omstandighede teenwoordig is, sal die borg dus nog teoreties 'n verhaalsreg teen die insolvente boedel hê.

Soos reeds aangedui is,<sup>92</sup> en na aanleiding van die voorbehoudsbepaling tot artikel 26(1) en die uitsondering met betrekking tot onvolvoerde borgstellings, waarborge en skadeloosstellings ingevolge artikel 26(2), kom dit voor dat 'n gedeelte van die vervreemding in uitsonderlike gevalle wel vir die bevoordeelde behoue kan bly. Artikel 26(2) bepaal ook dat waar die vervreemding tersyde gestel is of nog nie volvoer is nie, die bevoordeelde nie met die ander skuldeisers kan konkurreer nie. In laasgenoemde bepaling word vermeld dat die bevoordeelde nie met ander skuldeisers kan konkurreer nie. Dit staan in teenstelling met byvoorbeeld samespanning ingevolge artikel 31 van die Insolvensiewet

<sup>91</sup> Vir doeleindes van die paragraaf word enige van dié handeling na verwys as “vervreemding” waarop borgstelling ingevolge die artikel betrekking het.

<sup>92</sup> Sien par 2.1 en 2.4 hierbo.

waar dit duidelik in artikel 31(2) gestel word dat 'n skuldeiser wat by die samespanning betrokke was al sy vorderings teen die boedel verbeur.

Oënskynlik beperk artikel 26(2) die begrip “vervreem” deurdat dit bepaal dat sowel 'n vervreemding van goed wat kragtens subartikel (1) tot niet gemaak is as 'n vervreemding van goed wat nie deur die insolvent volvoer is nie, nie aan die bevoordeelde die reg gee om met die skuldeisers van die skuldenaar te mee te ding nie.<sup>93</sup> Dit sou beteken dat waar A die prestasie reeds aan B gelewer het en die saak na tersydestelling van die lewering aan die insolvente boedel besorg word, B nie in mededinging met die skuldeisers van die boedel 'n eis ten opsigte van die saak teen die boedel kan instel nie. Waar A nog net byvoorbeeld die skenkingskontrak gesluit het, maar nog nie uit hoofde daarvan presteer het nie, bepaal artikel 26(2) – vermoedelik in die geval waar A se kurator nie die skenkingskontrak self aangeveg het nie – dat B nie met die skuldeisers sal kan meeding nie. In laasgenoemde geval behoort die kurator nie die skenkingskontrak aan te veg nie, maar sal hy bloot weier om B se eis te erken in welke geval B regstappe sal moet doen om sy aanspraak te bewys. Niks verhoed die kurator egter om ook in hierdie geval die skenkingskontrak aan te veg nie. Trouens, waar lewering reeds plaasgevind het, sal die kurator die lewering en die skenkingskontrak kan aanveg.

Artikel 26(2) verbied dat die bevoordeelde enigsins met die skuldeisers kan *konkurreer* – hy word dus deur dié bepaling verbied om enigsins 'n eis in mededinging met die skuldeisers te bewys.<sup>94</sup> Die bevoordeelde word deur artikel 26(2) verhoed om met die skuldeisers van die boedel te konkurreer. Indien hy nog 'n geldige eis het wat voortspruit uit die regshandeling tussen hom en die skuldenaar, behou hy dit. Dit is egter nie duidelik hoe hy nakoming daarvan sal kan afdwing nie. Die skuldenaar kan byvoorbeeld gesekwestreer word, maar voordat die bereddering nog enigsins werklik 'n aanvang geneem het, kan hy die sekwestrasiebevel tersyde gestel kry.<sup>95</sup> In so 'n geval behoort die bevoordeelde sy eis teen die skuldenaar te kan afdwing. Indien die insolvent na sy sekwestrasie verdere bates verkry wat hom in staat stel om al sy skuldeisers ten volle te betaal en daar nog 'n balans is, behoort hierdie eis straks ook in aanmerking geneem te word. Indien die bevoordeelde nie voor die skuldenaar se rehabilitasie betaling kan verkry nie, sal hy sy aanspraak in die lig van artikel 129(2)(c) van die Insolvensiewet verbeur. Dit word egter toegegee dat die praktiese implikasie van hierdie algemene reël in artikel 26(2) is dat die bevoordeelde in die meeste gevalle niks van die skuldenaar se boedel gaan kry nie.<sup>96</sup> Indien Forsyth en Pretorius se standpunt korrek is dat daar in hierdie geval nog iets van die hoofskuld mag oorbly,<sup>97</sup> behoort die borg se aanspreek-

<sup>93</sup> Dit behoort duidelik te wees dat die wetgewer nie die bevoordeelde as 'n skuldeiser teen die boedel beskou nie, vandaar die bewoording “bevoordeelde” en “die skuldeisers”. In hierdie verband dui “skuldeisers” op skuldeisers wat voldoende waarde in ruil vir hulle vorderingsregte gegee het. Dit sou immers onbillik wees indien 'n skuldeiser wat nie voldoende teenwaarde in ruil vir sy vordering gegee het nie saam met skuldeisers vir waarde in die opbrengs van die boedel deel.

<sup>94</sup> Die artikel impliseer egter dat die bevoordeelde inderdaad nog 'n eis voortspruitende uit die regshandeling tussen hom en die skuldenaar kan hê anders sou die wetgewer by die bewoording van a 31 kon volg waar bepaal word dat 'n skuldeiser wat by samespanning betrokke is sy vordering teen die boedel verbeur – sien a 31(2) van die Insolvensiewet.

<sup>95</sup> So 'n moontlikheid word ook deur die *Millman*-saak (n 37) op 308E-F erken.

<sup>96</sup> Dit is om hierdie rede dat die hof in die *Millman*-saak beslis dat die bevoordeelde se eis ingevolge a 26(2) uitgewis word ((n 37) 308E).

<sup>97</sup> Sien n 68 en par 2.4.1 hierbo.

likheid dan ook beperk te word tot dit wat daarvan oorbly. Dit gaan egter dikwels moeilik wees om te vas te stel wat oorgebly het en dit is dus meer prakties om te aanvaar dat die hoofskuld prakties gesproke uitgewis is. Billikheid was moontlik die werklike motivering vir die beslissings in die *Linden*-saak en die *Freedman*-saak aangesien die borge prakties gesproke hulle verhaalsreg kwyt sou wees in die lig van artikel 26(2).

#### 4.3 Voorkeure

In dié geval skuld 'n skuldenaar byvoorbeeld geld aan 'n skuldeiser uit hoofde van 'n bestaande geldlening tussen hulle. Op 'n latere stadium word 'n skulderkenning gebaseer op die oorspronklike hoofskuld gegee wat die hoofskuldeiser bevoordeel deurdat betaling vervroeg word en sodanige latere skulderkenning mag selfs in bepaalde gevalle skuldvernuwing tot gevolg hê. 'n Derde staan dan borg vir die skulderkenning. Indien die skulderkenning 'n vernietigbare vervreemding ingevolge artikel 29 van die Insolvensiewet uitmaak, sal die borg hom aldus die regspraak dus op die vernietigbaarheid daarvan kan beroep ten einde aanspreeklikheid op die borgstelling te vermy. (Die howe se beginsels kan ook op 'n voorkeur ingevolge artikel 30 toegepas word en dieselfde benadering behoort in so 'n geval gevolg te word aangesien die geval grootliks met artikel 29 ooreenstem.)

Nóg artikel 29 nóg artikel 30 beperk die skuldeiser wat aldus voorkeurbehandling ontvang het om sy eis uit hoofde van die oorspronklike skuldverhouding in te stel nadat die voorkeurvervreemding tersyde gestel is. Binne die konteks van die bespreking moet twee gevalle egter voor oë gehou word. *Geval 1*: Indien A byvoorbeeld geld aan B skuld uit hoofde van 'n bestaande leningsooreenkoms waarvoor C borg staan en A se finansiële posisie versleg op 'n stadium wat hy B moet betaal en B spreek vir C aan, sal C in beginsel wel nog 'n verhaalsreg teen A of sy boedel hê ingevolge die aksessoriteitsbeginsel indien die hoofskuld self nie vernietigbaar is nie. *Geval 2*: Indien die feite egter aangepas word om voorsiening te maak dat en A en B na die aanvanklike skuld-ooreenkoms 'n verdere ooreenkoms gesluit terwyl A vermoedelik reeds feitelik insolvent was en die latere ooreenkoms besorg aan B 'n voorkeur soos in artikel 29 bedoel – byvoorbeeld deur terugbetaling te vervroeg – en die borgstelling daarop betrekking het, sal die uitslag verskil van dié in geval 1. In die lig van hierdie twee gevalle moet dus telkens seker gemaak word of die borgstelling op die oorspronklike of die verdere ooreenkoms betrekking het.

Dit blyk nie duidelik hoekom daar in die *Millman*-saak bevind is dat die borg vir die oorspronklike skuld aanspreeklik gehou kan word nie. Die gepubliseerde feite steun nie hierdie afleiding nie.<sup>98</sup> Die hof aanvaar dat die latere wysiging eintlik deel van die oorspronklike skuldooreenkoms is.<sup>99</sup> Die siening dat die hoofskuld in die geval van voorkeure nog teen die boedel afdwingbaar is, is korrek maar die kritiese vraag bly steeds vir welke verpligting(e) die borg ingestaan het. Indien borg gestaan is vir die aanvanklike hoofskuld, byvoorbeeld 'n geldlening deur die skuldeiser aan die skuldenaar gemaak, sou die borgskap steeds daarvoor afdwinging kon word. Ooreenkomstig die redenering in al die bogenoemde sake sal die borg egter wel moet slaag indien hy die

<sup>98</sup> Sien par 2.3 hierbo.

<sup>99</sup> (n 37) 311D.

voorkeurvervreemding geborg het wat in beginsel ingevolge artikel 29 aangeveg kan word.

#### 4.4 Ander vernietigbare vervreemdings

Daar word met die standpunt van Sharrock en andere<sup>100</sup> saamgestem dat waar daar borg gestaan sou word vir 'n vervreemding wat as samespanning tersyde gestel kan word, daar geen eis teen die insolvente boedel sou oorbly in die lig van artikel 31(2) nie. Verder behoort artikel 30 op dieselfde grondslag as artikel 29 behandel te word.

Dit is interessant dat soos reeds hierbo uitgewys is,<sup>101</sup> artikel 31(2) anders as artikel 26(2) bepaal dat die samespanner indien hy 'n skuldeiser is, sy eis teen die boedel verbeur – waarskynlik omrede die bedrog voortspruitende uit die samespanning sal verhoed dat B 'n eis teen A se boedel kan instel. Waar B egter 'n skuldeiser is in die sin dat hy voor die samespanning reeds 'n geldige eis teen A gehad het, sal hy as skuldeiser vir doeleindes van hierdie artikel kwalifiseer en sal 'n voorkeurvervreemding wat op samespanning neerkom, veroorsaak dat hy sy vordering teen A se insolvente boedel ook verbeur.

Wat die *actio Pauliana* betref, moet daarop gelet word dat die remedie vir beide skuldeisers wat byvoorbeeld besig is met skuldinvorderingstappe teen die skuldenaar waar die skuldenaar nie gesekwestreer is nie, sowel as die kurator na sekwestrasie van die skuldenaar se boedel, beskikbaar is.<sup>102</sup>

Die volgende basiese elemente moet egter teenwoordig wees:<sup>103</sup>

- (a) die vervreemding moes die skuldenaar se bates verminder het;
- (b) die ontvanger moes nie sy eie bates ontvang het nie, of anders gestel, die ontvanger moes nie 'n bate ontvang het waarop hy geregtig is, soos die aflossing van 'n bestaande skuld nie;
- (c) die skuldenaar/vervreemder moes die bedoeling gehad het om sy skuldeisers te bedrieg, maar indien die skuldenaar teenprestasie ontvang het, moet die ontvanger ook van hierdie bedoeling kennis gedra het.<sup>104</sup> Dit beteken dat die vervreemding die skuldenaar se insolvensie veroorsaak of vergroot het wat tot gevolg het dat hy nie sy skulde ten volle kan betaal nie; en
- (d) die nadelige gevolge (insolvensie) moes deur die bedrieglike vervreemding veroorsaak word.<sup>105</sup>

As algemene reël het die *actio Pauliana* slegs betrekking op vervreemdings sonder teenwaarde en is dit nie op voorkeurvervreemdings van toepassing

<sup>100</sup> Sien (n 71) 150.

<sup>101</sup> Sien par 3 hierbo.

<sup>102</sup> Sien *Hockey NO v Rixom NO and Smith* 1939 SR 107; *Commissioner of Customs and Excise v Bank of Lisbon International Ltd* 1994 1 SA 205 (N); Boraine en Thomas "Ownership of money and the *actio Pauliana*" 1994 *THRHR* 678 en Boraine (n 77).

<sup>103</sup> Sien Pothier *Commentarius ad Pandectas ad D 42 8* soos op gesteun as deel van ons reg in *Fenhalls v Ebrahim* 1956 4 SA 723 (D) 727; Voet *Commentarius ad Pandectas* 42.8.

<sup>104</sup> *Scharff 's Trustee v Scharff* 1915 TPD 463 476. Sien ook *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Willers* 1999 3 SA 19 (HHA).

<sup>105</sup> Bedrog beteken nie bedrog in die strafregtelike sin van die woord nie maar eerder dat skuldeisers deur die vervreemding benadeel word deurdat daar nou onvoldoende bates beskikbaar is om die skuld mee terug te betaal – sien Radin "Fraudulent conveyances in Roman law" 1931 *Virginia L R* 109 111.

nie in die lig van die tweede vereiste soos in (b) hierbo uiteengesit. Indien die borg hom wil beroep op die verweer van vernietigbaarheid gebaseer op 'n hoofskuld, dit wil sê 'n vervreemding waardeur die boedelbates verminder word en wat tot die skuldenaar se (feitelike) insolvensie aanleiding gee of dit vergroot en wat dus met die *actio Pauliana* aanvegbaar is, mag die verweer in beginsel slaag mits al die elemente van die aksie bewys kan word en mits die benadering van die hof in byvoorbeeld die *Linden*-gewysde gevolg sou word.

### 5 *Slotsom*

Die vraag oor die beskikbaarheid vir die borg van die verweer van vernietigbaarheid van die hoofskuld op sterkte van die feit dat dit 'n vernietigbare vervreemding in insolvensie sal wees, het nie 'n eenvoudige antwoord nie. Die vraag kan slegs beantwoord word in die lig van die feite voorhande en die onderliggende vereistes en wesensaard van vernietigbare transaksies wat verband hou met die insolvensie van die hoofskuldenaar.

Voordat 'n vervreemding formeel tersyde gestel is, kan hoogstens geargumenteer word dat 'n bepaalde transaksie in beginsel vernietigbaar blyk te wees. Indien die borg op die feit wil steun dat die skuld waarvoor hy borg gestaan het 'n vernietigbare vervreemding ingevolge die Insolvensiewet uitmaak, sal hy dit kan doen indien 'n hof dit reeds na sekwestrasie tersyde gestel het of andersins sal hy in ooreenstemming met die regspraak op die punt, in beginsel moet aantoon dat al die elemente vir tersydestelling daarvan teenwoordig is.

In die geval van 'n artikel 26-aanspraak kan teoreties wel 'n gedeelte van die vervreemding die tersydestelling oorleef in die lig van die voorbehoud tot artikel 26(1) of die uitsondering in artikel 26(2). In die praktyk gebeur dit egter selde dat hierdie uitsonderings voorkom.<sup>106</sup>

Uit die gewysdes blyk dit dat die howe bereid is om 'n liberale houding in die verband in te neem en die borg se verweer wat op vernietigbaarheid geskoei is, te aanvaar – selfs al is die tersake transaksie nog nie tersyde gestel nie.<sup>107</sup> Aangesien die bevoordeelde uit hoofde van 'n vernietigbare vervreemding wel bepaalde verwerre kan opper, bring dit 'n element van onsekerheid en onbillikheid jeens die bevoordeelde na vore omrede die kans altyd bestaan dat die vervreemding waarvoor borg gestaan is moontlik nooit ter syde gestel sal (kan) word nie.

In elke geval moet deeglik kennis geneem word welke verbintenis die “hoofverbintenis” is ten opsigte waarvan die borgstelling gegee is. In die geval van die tersydestelling van 'n vervreemding sonder teenwaarde ingevolge artikel 26, mag die borg ten opsigte van die vervreemdingshandeling, byvoorbeeld die skenkingskontrak, gegee wees of selfs vir 'n borg, waarborg of skadeloosstelling deur die skuldenaar aan die hoofskuldeiser. Indien die “hoofskuld” tersyde gestel kan word tot so 'n mate dat daar geen verpligting uit hoofde daarvan oorbly nie, behoort die borg se verweer te slaag. In soverre as wat daar nog in so 'n geval 'n verpligting oorbly, mag die borgstelling nog daarop van toepassing wees.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> *Millman* (n 37) 308E-F.

<sup>107</sup> Sien par 2.1 en 2.4.1 hierbo.

<sup>108</sup> Sien par 4 hierbo.

Wat voorkeurvervreemdings betref, moet eerstens seker gemaak word of die borgstelling ten opsigte van die gewraakte vervreemdingshandeling self, of met betrekking tot die oorspronklike bestaande skuldverbintenis tussen die hoofskuldenaar en die hoofskuldeiser toegestaan is. Indien die borgstelling op die oorspronklike skuldverbintenis betrekking het wat nie tersyde gestel word nie, kan die borgstelling geldig bly. Indien dit egter betrekking het op die daaropvolgende voorkeurvervreemding (wat byvoorbeeld vervroeging van betaling, of die verskaffing van 'n sekuriteit deur die hoofskuldenaar aan die hoofskuldeiser tot gevolg mag hê) kan die borg se verweer te slaag.

Skuldeisers wat borgstellings as verdere sekuriteite vir die nakoming van 'n skuldenaar se verpligting verg, moet seker maak ten opsigte van welke verbintenis borg gestaan word. Van die borg behoort geverg te word om van sy verhaalsreg afstand te doen soos *obiter* geopper is in die *Millman*-saak.<sup>109</sup>

Die vraag wat Larkin<sup>110</sup> gevra het naamlik of die borg hom op hierdie verwere moet kan beroep, mag dalk weer ter sprake kom. Totdat die hoogste hof van appèl die saak (finaal) beslis het, word die huidige standpunt van die hof gehandhaaf wat neerkom op 'n sterk toepassing van die aksessoriteitsbeginsel. Ten spyte daarvan moet kennis geneem word dat daar selfs by die hof oor van die fyner nuanses van die verskillende kategorieë van vernietigbare transaksies en die moontlike invloed daarvan op die verweer van die borg nie altyd duidelikheid bestaan nie.<sup>111</sup> Die feit dat die borg tans in 'n bepaalde geval mag wegkom terwyl die vervreemding nooit tersyde gestel gaan of kan word nie, is 'n aspek wat enersyds onsekerheid in die beginsel soos tans toegepas inbring en dalk juis andersyds ook 'n mate van onbillikheid meebring.

## SUMMARY

### VOIDABLE DISPOSITIONS IN INSOLVENCY LAW AS A DEFENCE FOR THE SURETY

In a number of decisions various high courts held that a surety may rely on the fact that the main obligation to which the suretyship relates amounts to a voidable disposition in terms of the Insolvency Act 24 of 1936. This article attempts to analyse this notion, in view of various points of view raised by other commentators on the matter, and to provide a framework on how to deal with this matter in future.

<sup>109</sup> Sien (n 37) 310G waar die hof dit nie nodig geag het om die vraag of die borg stilswyend van die verhaalsreg in daardie geval afstand gedoen het, te beantwoord nie.

<sup>110</sup> Sien (n 20) 123.

<sup>111</sup> Sien in die algemeen par 3 en 4 hierbo, asook die verwysing in die *Millman*-saak (n 37) 310J-311A na die moontlike verwarring tussen a 26 en 29 in die *Freedman*-saak, asook die vraag of die *Linden*-saak (n 6) dalk nie oor 'n vervreemding sonder teenwaarde gehandel het nie, maar eerder 'n vernietigbare voorkeur behels – sien n 8.