

LL

Saak No 509/1988IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKAAPPÈLAFDELING

In die saak tussen:

J.J. VISSER

Eerste Appellant

CLUTCH & BRAKE SUPPLY (EDMS) BPK

Tweede Appellant

en

J.J. ROUSSEAU, D.M. RHEEDER ENJ.H. JANSE VAN RENSBURG NNO

Respondente

CORAM:BOTH A, SMALBERGER, NESTADT, MILNE
et F.H. GROSSKOPF ARRVERHOORDATUM:

22 AUGUSTUS 1989

LEWERINGSDATUM:

29 SEPTEMBER 1989

UITSPRAAK

BOTHA AR:-

Hierdie appèl is 'n uitvloeisel van die berugte bedrywigheide van die maatskappy Kubus Kwekery (Edms) Bpk ("die Maatskappy"). Die respondente is die likwidateurs van die Maatskappy ("die Likwidateurs"). Hulle het as eisers in die Provinsiale Afdeling Kaap die Goeie Hoop twee afsonderlike aksies ingestel teen die twee appellante as verweerders onderskeidelik. Die eerste appellant ("Visser") is die hoof-aandeelhouer van 'n maatskappy wat die tweede appellant is ("Clutch & Brake"). Ek sal na die twee appellante gesamentlik verwys as "die verweerders". Die twee aksies is tesame verhoor deur MUNNIK RP. Die uitslag van die verhoor was dat daar ten gunste van die Likwidateurs vonnis toegestaan is teen die verweerders: teen Visser, ten bedrae van R41 000, en teen Clutch & Brake, ten bedrae van R29 000, in albei gevalle met rente teen 15% per jaar vanaf die datum van die vonnis. Teen hierdie vonnisse kom die verweerders na hierdie Hof in hoër beroep, ingevolge verlof daartoe wat die

Verhoorregter aan hulle verleen het.

Die uitspraak van MUNNIK RP is gerapporteer: sien Rousseau and Others NNO v Visser and Another 1989 (2) SA 289 (C). Die uitspraak bevat 'n volledige uiteensetting van die feite van die saak. Dit is onnodig om die besonderhede daarvan hier te herhaal. Ek sal volstaan met 'n kort samevatting van sodanige feite as wat wesenlik is vir 'n begrip van die geskilpunte wat in hierdie appèl besleg moet word, met die oog op die gronde waarop die uitspraak van die Hof a quo in hierdie Hof aangeveg is.

Die Maatskappy het 'n skema bedryf wat die volgende behels het. Lede van die publiek het van die Maatskappy 'n stof, genoem 'n "aktiveerder", aangekoop teen 'n prys van R30 per eenheid. Deur die aktiveerder op 'n sekere manier (wat geen vernuf geverg het nie) in 'n glas melk te plaas en dit daar te laat vir 'n week lank, is 'n substansie bo-op die melk "gekweek", wat dan "geoes" is en uitgedroog is. Die sogenaamde "droë

produk" wat "kwekers" aldus verkry het, het hulle in koeverte verpak en aan die Maatskappy gelewer teen betaling van R10 per eenheid. Met een eenheid aktiveerder kon 'n kweker elke week 'n eenheid droë produk voortbring, vir 'n onbepaalde tyd lank. Die maatskappy het onderneem om vir elke eenheid van die droë produk wat gelewer is R10 te betaal, maar elke kweker was beperk tot die lewering van vier eenhede droë produk per maand ten opsigte van elke aktiveerder wat hy aangekoop het. Vir droë produk wat gelewer is voor die 25ste dag van enige maand, het die Maatskappy op die 25ste dag van die volgende maand betaal. 'n Kweker kon dus uit die R30 wat hy vir 'n aktiveerder betaal het, R40 per maand verdien, oor 'n tydperk wat begin het twee maande na sy aankoop van die aktiveerder en wat, op die oog af altans, onbepaald sou voortduur.

Uit 'n kommersiële oogpunt was die skema wat die Maatskappy bedryf het 'n volslae klug. Die aktiveerders en die droë produk was waardelose gemors.

Die Maatskappy het die gelewerde droë produk slegs gebruik deur dit fyn te maal (met die koeverte en al) en opnuut te verkoop as aktiveerders aan nuwe kwekers of bestaande kwekers wat hulle deelname aan die skema wou uitbrei. Dit was vir niks anders bruikbaar nie. Gevolglik is dit duidelik dat die skema aan die gang gehou sou kon word slegs vir solank as wat die Maatskappy daarin kon slaag om meer en meer nuwe kwekers te verwerf aan wie aktiveerders verkoop kon word, want dit was slegs uit die opbrengs van sulke steeds toenemende verkope dat die Maatskappy sou kon voorbly om kwekers te betaal wat die droë produk aan die Maatskappy gelewer het. Terselfdertyd is dit duidelik dat, heel uit die staanspoor uit, reeds vanaf die oomblik toe die skema 'n aanvang geneem het, dit gedoem was om vroeër of later in duie te stort. Die ineenstorting sou kom sodra die verkope van verdere aktiveerders aan bykomende kwekers gedaal het tot 'n vlak waarna die Maatskappy nie meer in staat sou wees

om uit die opbrengs daarvan te voldoen aan die eise van kwekers vir die betaling van die prys van die droë produk wat aan die Maatskappy gelewer is nie. Wanneer daardie dag sou aanbreek, was nie moontlik om te voorspel terwyl die skema nog aan die gang was nie.

Uit die voorgaande blyk dit dat dit van geluk afhanklik was of 'n bepaalde kweker wat 'n aktiveerder gekoop het en die droë produk aan die Maatskappy gelewer het, die betaling van die prys vir laasgenoemde sou ontvang al dan nie, na gelang van of die skema die punt van ineenstorting verbygegaan het of nie. Op hierdie grondslag is dit gemeensaak tussen die partye in die huidige geding dat die skema 'n onwettige lotery uitgemaak het soos beoog word in artikel 2 (1) van die Wet op Dobbelaar 51 van 1965, saamgelees met die toepaslike woordskrywings in artikel 1 van die Wet. Daaruit volg dit dat die deelnemers aan die skema, die Maatskappy en die kwekers, hulle skuldig gemaak het aan misdrywe ingevolge die Wet, as daar by hulle die

vereiste mens rea aanwesig was. Word dit veronderstel, dan was die Maatskappy skuldig aan 'n oortreding van artikel 2 (1) (a) of (b) van die Wet en strafbaar volgens die bepalings van artikel 8 (i), terwyl die kwekers artikel 2 (1) (d) oortree het en strafbaar was volgens artikel 8 (ii).

Die Maatskappy het die skema bedryf van April tot Oktober 1984. Gedurende daardie tydperk het die Maatskappy van lede van die publiek wat as kwekers aktiveerders teen R30 stuk aangekoop het, altesaam die verstommende bedrag van bykans R150 miljoen ingesamel. Aan kwekers wat die droë produk aan die Maatskappy gelewer het, is altesaam ietwat minder as R70 miljoen uitbetaal. Van die fondse van die Maatskappy, het 'n bedrag van meer as R6 miljoen beland in die persoonlike bankrekening van mnr Adriaan Nieuwoudt. Hy was die ontwerper van die skema, die stigter van die Maatskappy, en prakties gesproke die alleenbelanghebbende in die Maatskappy.

Die Maatskappy se bedrywighede het tot 'n einde gekom nadat daar op 15 Oktober 1984 aansoek by die Hof gedoen is om 'n likwidasie-bevel. Uiteindelik is die Maatskappy onder finale likwidasie geplaas kragtens 'n Hofbevel wat uitgereik is op 17 April 1985. Die Likwidateurs het bereken dat die bates van die Maatskappy hoogstens 'n bedrag van R73 miljoen beloop het. Ten tyde van die likwidasie was daar duisende kwekers wat aktiveerders van die Maatskappy aangekoop en daarvoor betaal het, maar wat nog niks in ruil daarvoor ontvang het nie, òf omdat hulle nie betaal is vir die droë produk wat hulle reeds gelewer het aan die Maatskappy nie, òf omdat hulle nog nie die geleentheid gehad het om die droë produk te lewer nie. Hulle was die "verloorders" in die dobbelspel. Aan die ander kant was daar 'n groot aantal kwekers wat betaling ontvang het van die Maatskappy vir droë produk wat gelewer is, in groter bedrae as dié wat hulle as die koopprys van aktiveerders aan die Maatskappy betaal

het. Hulle was die "wenners" in die lotery. Gekonfronteer met hierdie toestand van sake, het die Likwidadeurs besluit om op te tree soos volg. Vanweë die onwettigheid van die skema, is alle eise van die verloorders vir die betaling van die prys van droë produk wat reeds gelewer was, of vir betaling van die prys teen 'n aanbod van lewering, of op enige ander kontraktuele grondslag, verwerp. Eise van die verloorders vir die terugbetaling van bedrae wat hulle ten opsigte van die aankoop van aktiveerders betaal het, in soverre dit enige bedrae oorskry het wat van die Maatskappy ontvang was, is egter erken. Op hierdie grondslag is eise van 51 670 kwekers bewys wat deur die Meester aanvaar is. Die totale bedrag van hierdie eise, ten tyde van die verhoor in die Hof a quo, het 'n bedrag van nagenoeg R89 miljoen beloop. Wat die wenners betref, sou hulle aangespreek word vir die terugbetaling aan die Likwidadeurs van die bedrae wat die Maatskappy aan hulle uitbetaal het, na

aftrekking van die bedrae wat hulle by wyse van die
 koopprys van aktiveerders aan die Maatskappy betaal
 het. Om doelmatigheidsredes sou eise egter slegs
 ingestel word teen wenners wat meer as R5 000 "profyt"
 elk gemaak het. Ten tyde van die verhoor in die Hof a
quo was ongeveer 1 000 dagvaardings reeds deur die
 Likwidadeurs uitgereik, en n verdere ongeveer 600 is
 beoog. Indien hierdie eise sou slaag, het die
 Likwidadeurs beraam dat hulle n totale bedrag van
 nagenoeg R15 miljoen sou kon invorder. Dit sou die
 bates van die Maatskappy opstoot tot omtrent
 R88 miljoen, maar daarby moet in verrekening gebring
 word n bedrag van ongeveer R5 miljoen wat na
 verwagting bestee sou word aan die koste van die
 likwidasië, insluitende regs-koste en administratiewe
 koste en uitgawes. . Volgens die Likwidadeurs se
 benadering het die laste van die Maatskappy dus sy
 bates oorskry.

Die verweerders was onder dié deelnemers aan

die spel wat as wenners daaruit getree het. Visser het
 het aktiveerders van die Maatskappy aangekoop ten
 bedrae van altesaam R18 000, en het vir gelewerde droë
 produk in totaal uitbetalings van R59 000 van die
 Maatskappy ontvang. Clutch & Brake het R9 000 bestee
 en R38 000 ontvang. Die verweerders het dus winste
 behaal van R41 000 en R29 000 onderskeidelik. Dit is
 hierdie bedrae wat die Hof a quo die verweerders gelas
 het om aan die Likwidadeurs te betaal. Die
 Likwidadeurs het die betaling daarvan geëis as deel
 van die uitvoering van hulle besluit oor hoe om op te
 tree ten opsigte van die bereddering van die Maatskappy
 se sake, soos hierbo vermeld. Die eise teen die
 verweerders was die eerste eise teen wenners in die
 skema, wat op verhoor gekom het, en die saak in die Hof
a quo is beskou as 'n toetssaak om te bepaal of die
 standpunte wat die Likwidadeurs ingeneem het korrek
 was. Die partye het ooreengekom dat wedersyds geen
 kostebevel aangevra sou word in die Hof a quo nie, en

ook dat geen kostebevel in hierdie appèl uitgereik sou word nie, wat ook al die uitslag van die appèl mag wees.

Die Likwidadeurs het die eise teen die verweerders op 'n paar alternatiewe grondslae geformuleer. Die grondslag waarop hulle geslaag het, was dié wat gebaseer was op die bepalings van artikel 26 van die Insolvensiewet 24 van 1936, saamgelees met artikel 340 van die Maatskappywet 61 van 1973. Artikel 26 van die Insolvensiewet, in soverre dit hier ter sake is, bepaal soos volg:

"26(1) Elke vervreemding van goed sonder teenwaarde kan deur die hof tot niet gemaak word as daardie vervreemding gedaan is deur 'n insolvent -

(a)

(b) binne twee jaar voor die sekwestrasie van sy boedel en die persoon wat kragtens die vervreemding 'n vordering inbring of wat daardeur bevoordeel is, nie kan bewys nie dat onmiddellik na die vervreemding die bate van die insolvent sy skulde te bo

gegaan het:

Artikel 340 (1) van die Maatskappywet lui soos volg:

"Elke vervreemding deur 'n maatskappy van sy goed wat, indien gemaak deur 'n individu, in die geval van sy insolvensie om die een of die ander rede tot niet gemaak sou kon word, kan, indien gemaak deur 'n maatskappy, tot niet gemaak word in die geval waar die maatskappy gelikwideer word en nie al sy skulde kan betaal nie, en die wetsbepalings met betrekking tot insolvensie word mutatis mutandis op so 'n vervreemding toegepas."

Die beredenering van MUNNIK RP wat hom daartoe gelei het om uitspraak ten gunste van die Likwidateurs te gee, blyk uit sy uitspraak soos dit gerapporteer is (die verwysing is hierbo reeds aangegee). Eerder as om die beredenering hier in die algemeen weer te gee, sal ek in die bespreking wat hieronder volg, aan die hand van die betoogpunte wat in hierdie Hof geopper is, verwys na die besondere aspekte van die gerapporteerde uitspraak wat daarby ter sake is. Ter inleiding van die bespreking, wil ek net op enkele oorwegings wys waaroor die partye dit met

mekaar eens is. Dit is nie in die gedrang nie dat die
 Likwidadeurs korrek opgetree het deur eise van die
 verloorder-kwekers wat op 'n kontraktuele grondslag
 gebaseer was, te verwerp, op grond van die onwettigheid
 van die skema: ex turpi causa non oritur actio. Eise
 van die verloorders vir die terugbetaling aan hulle van
 die bedrae wat hulle aan die Maatskappy betaal het by
 wyse van die koopprys van aktiveerders, staan op 'n
 ander grondslag. Elke eis van hierdie aard sou wees 'n
condictio ob turpem causam. Teen so 'n eis is daar as
 uitgangspunt 'n verweer beskikbaar wat uitgedruk word in
 die reël in pari delicto potior est conditio
defendentis. Volgens die beslissing in Jajbhay v
Cassim 1939 AD 537 is die in pari delicto-reël egter
 nie 'n reël wat onwrikbaar toegepas word nie: dit staan
 'n Hof vry om die werking daarvan te verslap, ten einde
 'n condictio te laat slaag, wanneer sodanige verslapping
 aangewese is met die oog op oorwegings van die openbare
 beleid, die vermyding van onregverdige verryking van

die een party ten koste van die ander, en die bewerkstelling van geregtigheid tussen die individue wat betrokke is by die gedingvoering. Daar was geen suggestie in die huidige saak dat die algemene benadering van die Hof in die Jajbhay v Cassim-saak supra in beginsel nie op die feite in hierdie geval toegepas behoort te word nie. Ten slotte, wat die wenner-kwekers betref, is daar aanvaar dat, as die Maatskappy, vóór sy likwidasie, van 'n wenner die prys wat hy vir droë produk ontvang het, sou wou probeer terugvorder het, die in pari delicto-reël ook ter sprake sou gekom het, sowel as die oorweging van die moontlikheid van 'n verslapping daarvan, in ooreenstemming met die benadering in die Jajbhay v Cassim-saak supra.

Die betoog wat namens die verweerders aan hierdie Hof voorgelê is, was beperk tot die aanvegting van vier van die bevindings waartoe die Hof a quo geraak het. Die vier betwiste bevindings van die

Verhoorregter was die volgende:

- (1) dat die Maatskappy se laste sy bates oorskry het aangesien die verloorder-kwekers geldige eise teen die Maatskappy gehad het wat nie op grond van die in pari delicto-reël afgeweer kon word nie (op 300 I, 301 B-F, en 305 D-306 H);
- (2) dat die Maatskappy nie teenwaarde vir die uitbetalings aan die wenner-kwekers ontvang het nie (op 307 B en 309 H-310 E);
- (3) dat die Hof nie ingevolge die bepalings van artikel 26 van die Insolvensiewet 'n diskresie gehad het om te weier om die vervreemdings tersyde te stel nie (op 310 J-311 B en 311 G);
- (4) dat, selfs indien die Hof so 'n diskresie sou gehad het, hy dit nie sou uitgeoefen het nie, aangesien billikheidsoorwegings geverg het dat die wenners se winste gelykop tussen die

verloorders verdeel moes word (op 311 G-
312 A).

Die betoog met betrekking tot elk van die
bogenoemde vier bevindings sal ek agtereenvolgens
behandel.

Ten aansien van die vraag of die Maatskappy
se laste sy bates oorskry het, is dit ter wille van
duidelikheid nodig om die vraag eers in behoorlike
perspektief te plaas. Waar artikel 26(1)(b) van die
Insolvensiewet op die geval van 'n indiwidu toegepas
word, is die verhouding tussen die insolvent se laste
en sy bates op die tydstip wanneer die artikel toegepas
word, nie iets wat in die gewone loop van sake enige
probleme sal veroorsaak nie; ex hypothesi, vanweë die
sekwestrasië van die insolvent se boedel, is sy laste
dan meer as sy bates. Die verhouding tussen sy laste
en sy bates op 'n vroeër tydstip, naamlik onmiddellik
nadat die vervreemding sonder teenwaarde plaasgevind
het, kan wel ter sake wees in die samehang van die

verweer wat die bevoordeelde persoon kan opper ingevolge die slotgedeelte van artikel 26(1)(b), maar daardie verweer kan in die huidige saak buite rekening gelaat word. Waar die aanwending van artikel 26(1)(b) egter ter sprake kom met betrekking tot 'n maatskappy, is die posisie anders, as gevolg van die bepaling van artikel 340(1) van die Maatskappywet. Daarvolgens kan 'n bepaling soos dié van artikel 26(1)(b) van die Insolvensiewet op 'n maatskappy toepassing vind slegs

"in die geval waar die maatskappy gelikwideer word en nie al sy skulde kan betaal nie."

'n Likwidateur wat kragtens artikel 26(1)(b) 'n vervreemding van die maatskappy sonder teenwaarde tersyde gestel wil kry, moet dus bewys dat die maatskappy nie al sy skulde kan betaal nie, wat in die huidige verband ekwivalent is daaraan dat die maatskappy se laste sy bates oorskry.

Op die voorgaande grondslag is daar in die Hof a quo allerweë aanvaar (en dieselfde benadering

blyk ook uit die skriftelike betoogpunte van albei kante in hierdie Hof) dat die Likwidateurs hulle met sukses op artikel 26(1)(b) van die Insolvensiewet sou kon beroep slegs as hulle sou kon bewys dat die Maatskappy se laste meer was as sy bates. Geen aandag is egter geskenk aan die vraag na watter tydstip ter sake sou wees tot die bestaan van so 'n toestand van sake nie. 'n Maatskappy kan gelikwideer word op gronde anders as dié van sy insolvensie, en dit kan gebeur dat sy bates sy laste oorskry ten tyde van die likwidasië, maar dat die posisie daarna verander, byvoorbeeld deurdat die bates 'n waardevermindering ondergaan, met die gevolg dat sy laste dan sy bates oorskry. In so 'n geval is dit waarskynlik (dit is egter onnodig om 'n finale mening daaroor uit te spreek) dat die likwidateur artikel 340(1) van die Maatskappywet sou kon aanwend om bepalings soos dié van artikel 26(1)(b) van die Insolvensiewet af te dwing, op grond van die feit dat op daardie tydstip, d.w.s. wanneer 'n eis ingevolge

artikel 26(1)(b) ingestel word, die laste van die maatskappy sy bates oorskry (vgl die beredenering van MARGO R in Taylor and Steyn NNO v Koekemoer 1982 (1) SA 374 (T) op 377 D-379 B).

Hierdie oorwegings laat die vraag ontstaan of daar in die onderhawige saak nie ten tyde van die instelling van die eise en by die verhoor in die Hof a quo voldoende prima facie bewys bestaan het van die oorskryding van die Maatskappy se laste van sy bates nie, uit hoofde van die feit dat die verloorder-kwekers alreeds eise ten bedrae van R89 miljoen bewys het en dat die Meester alreeds daardie eise as behoorlik bewese en geldige eise aanvaar en toegelaat het. Dit blyk uit die stukke dat dit plaasgevind het voordat daar met die aksies n aanvang gemaak is. Dit blyk ook dat slegs mnr Adriaan Nieuwoudt teen die bewys van die eerste klomp eise beswaar gemaak het, maar sonder sukses (kyk die uitspraak a quo op 297 I-298 A). Die eise bly dus steeds staan as behoorlik bewese eise, en

die totale bedrag daarvan beloop meer as wat die opbrengs van die bates van die Maatskappy sal wees. Hoef die Likwidateurs die saak verder te voer as dit? In die loop van die betoë voor hierdie hof is hierdie vraag teenoor die advokate van beide kante geopper. Uiteindelik is daar van albei kante af te kenne gegee dat die partye dit sou verkies as die Hof nie oorweging skenk aan die moontlikheid om hierdie aspek van die saak te besleg op die grondslag wat in die vraag geopper is nie. Die rede vir hierdie standpunt-inname namens die partye is geleë in die wyse waarop die saak in die Hof a quo gevoer is. Die feit dat die verloorders se eise alreeds erken en toegelaat was, het daar geen rol gespeel nie, in dié sin dat die partye wou gehad het dat die Hof dit as 'n geskilpunt tussen hulle moes beslis of die verloorders se eise teen die Likwidateurs wel geldige eise was al dan nie. Dit blyk onder meer uit die volgende uittreksel uit die uiteensetting van ooreengekome feite wat aan die

Verhoorhof voorgelê is (dit kom voor in die uitspraak op 298 C, maar ek haal dit hier aan vir gemak van verwysing):

"If the view adopted by the liquidators regarding these claims is correct, then the company's liabilities exceed its assets. Defendants, however, contest this view, and contend that persons who bought activators from the company have no claim against the company. If this is so, then the company's liabilities will not exceed its assets (even if Nieuwoudt's total claim is good)."

Die partye het dus, in effek, die Verhoorhof gevra om by ooreenkoms in te gaan op die regsgeldigheid van die verloorders se eise en h beslissing daaroor te vel, sonder om die Meester se beslissing dienaangaande op hersiening te neem. Die redes waarom die saak op hierdie manier gevoer is, is verstaanbaar, maar dit het tog in h groot mate gelei tot h toestand van onwerklikheid en kunsmatigheid. Dit het ook tot gevolg gehad dat die Likwidateurs met h potensieel lastige bewyslas opgesaal is, veral met die oog op die aard van die betoog waarop daar in hierdie Hof namens die

verweerders gesteun is, soos spoedig sal blyk.
Nietemin, vanweë die gevolgtrekking wat ek op hierdie aspek van die saak bereik het, soos hieronder sal blyk, en vanweë die baie buitengewone omstandighede van hierdie besondere saak, is ek bereid om die aangeleentheid te behandel op die grondslag wat die partye aangedui het hulle verkies. Dit gaan egter gepaard met 'n waarskuwing dat dit nie beskou moet word as 'n presedent wat noodwendig in ander omstandighede gevolg sal word nie.

Die kern van die betoog namens die verweerders was dat die Likwidateurs slegs kon bewys het dat die Maatskappy se laste sy bates oorskry het, deur te bewys dat die verloorder-kwekers met eise teen die Maatskappy sou geslaag het indien hulle met die condictio ob turpem vel injustam causam teen die Maatskappy aksies ingestel het vir die terugbetaling van die kooppryse van aktiveerders. Of sodanige eise sou geslaag het, sou afhang het daarvan of in die

bepaalde omstandighede van elke besondere geval daar ruimte was vir 'n verweer gebaseer op die in pari delicto-reël, en of die Hof dan die werking van die in pari delicto-reël sou verslap het al dan nie, aan die hand van die oorwegings uiteengesit in Jajbhay v Cassim supra. Dit, aldus die betoog, kan nie bepaal word deur al die eise van die verloorders globaal in oënskou te neem nie; elke geval moes afsonderlik ondersoek gewees het; en aan die beginsel kan nie afbreuk gedoen word deur die feit dat dit vir die Likwidateurs prakties gesproke 'n onbegonne taak sou gewees het om meer as 51 000 eise indiwidueel te ondersoek nie.

MUNNIK RP het in sy uitspraak al die eise van die verloorders op 'n globale wyse beskou, in die veronderstelling van wat hy beskryf het as "the worst possible scenario" (op 305 A/B). Hy het naamlik veronderstel dat al die deelnemers aan die skema kennis gedra het van die feit dat dit 'n lotery was en dat hulle kans om 'n profyt te maak uit die verkoop van droë

produk afhanklik was daarvan of hulle uitbetaal sou word voordat die bron van nuwe aankopers van aktiveerders opgedroog het. Dat die Maatskappy, deur Nieuwoudt, bewus was van die onwettigheid van die skema, is nie in twyfel getrek nie, nóg in die Hof a quo, nóg in die betoë voor hierdie Hof. Die Verhoorregter het gevolglik veronderstel dat die verloorderkwekers en die Maatskappy in pari delicto was, en op daardie grondslag beoordeel of eersgenoemde se eise teen laasgenoemde afdwingbaar was (op 305 D-306 G). Op die beoordeling self kom ek weldra terug.

Voor hierdie Hof is daar namens die verweerders betoog dat die Verhoorregter se veronderstelling nie ver genoeg gegaan het om die beweerde probleem met betrekking tot die oorweging van indiuiduele gevalle uit die weg te ruim nie. Die trant van die argument kan miskien ten beste toegelig word deur die volgende twee paragrawe uit die skriftelike betoogpunte namens die verweerders aan te haal:

"3.4. Geen getuienis is namens Respondente aangebied oor die omvang of graad van die skuld en/of verwytbhaarheid aan die kant van die verloorder-kwekers nie en dit word betoog dat die Verhoorhof nie in n posisie was om te oordeel of die Hof, indien hulle hul eise individueel ingestel het, die par delictum-reël sou verslap het nie.

3.5 Dit spreek verder vanself dat die skuld en/of verwytbhaarheid van die verloorder-kwekers sal wissel van geval tot geval, sodat die waarskynlikhede goed is dat, indien eise individueel aangehoor was, die Hof die par delictum-reël in sommige gevalle sou verslap het, terwyl dit in ander gevalle nie sou geskied het nie."

Ter uitbreiding van hierdie betoogpunte is daar verwys na die besondere geval van mnr Gert Nieuwoudt, die broer van mnr Adriaan Nieuwoudt. Dit blyk uit die stukke dat hy, as n verloorder-kweker, n eis ten bedrae van R183 500 bewys het, wat deur die Meester aanvaar is. Maar, so is aangevoer, omdat hy klaarblyklik in die "binnekringe" van die Maatskappy en mnr Adriaan Nieuwoudt se bedrywighede in verband met die skema

beweeg het, moes hy sekerlik besef het, nie alleen dat hy besig was om n dobbelspel te speel en deel te neem aan n lotery nie, maar ook dat hy kop in een mus was met wat die advokaat genoem het die hele "bedrogspul" wat deur die Maatskappy en mnr Adriaan Nieuwoudt bedryf is. As hy n aksie teen die Maatskappy sou ingestel het, so is verder betoog, sou die Hof waarskynlik nie die in pari delicto-reël verslap het nie. Ander skakerings van sogenaamde "morele skuld" is aan ons voorgehou, soos die "roekeloosheid" van n paar kwekers wat blykens die stukke groot bedrae bestee het aan die aankoop van aktiveerders in n stadium toe hulle moes besef het dat die skema reeds op die randjie van ineenstorting was, teenoor die "onskuld" van iemand soos Visser, wat getuig het dat hy geglo het dat daar niks verkeerd of onbehoorlik aan die skema vasgekleef het nie.

Na my mening is daar n eenvoudige antwoord, van n feitelike aard, op die voorgaande betoog, maar

voordat ek dit noem, moet ek, om moontlike misverstand te vermy, dit duidelik stel dat ek dit geensins as h uitgemaakte saak beskou dat daar in ons reg, in verband met die toepassing of die verslapping van die in pari delicto-reël, ruimte is vir die oorweging van skakerings van "morele skuld" of "verwytbearheid" van die aard wat in die betoog na vore gebring is nie. Daar is getrag om steun vir die betoog te vind in die uitlatings van STRATFORD HR in Jajbhay v Cassim supra, maar ek is nie oortuig daarvan dat sodanige steun wel daar te vind is nie. In die loop van sy uitspraak het STRATFORD HR verwys (op 540) na die twee stelreëls, ex turpi causa non oritur actio en in pari delicto potior est conditio defendentis, en in verband daarmee gesê (op 542):

"The moral principle which inspired the enunciation of those two maxims is obvious and has often been expounded. It is to discourage illegality and immorality and advance public policy. So much is trite and certain, and our pronouncement of law on the matter before us must be in conformity with that principle."

Later in die uitspraak word die volgende gesê (op 544):

"Thus I reach my third conclusion, which is that Courts of law are free to reject or grant a prayer for restoration of something given under an illegal contract, being guided in each case by the principle which underlies and inspired the maxim. And in this last connection I think a Court should not disregard the various degrees of turpitude in delictual contracts. And when the delict falls within the category of crimes, a civil court can reasonably suppose that the criminal law has provided an adequate deterring punishment and therefore, ordinarily speaking, should not by its order increase the punishment of the one delinquent and lessen it of the other by enriching one to the detriment of the other. And it follows from what I have said above, in cases where public policy is not foreseeably affected by a grant or a refusal of the relief claimed, that a Court of law might well decide in favour of doing justice between the individuals concerned and so prevent unjust enrichment."

In die betoog is daar klem gelê op die woorde:

"..... a Court should not disregard the various degrees of turpitude in delictual contracts".

Word hierdie stelling egter gelees in die samehang van die uitspraak as geheel, bied dit geen duidelike gesag

vir die maak van 'n onderskeid tussen grade of nuanses van turpitude wat aanwesig mag wees by die onderskeie partye tot 'n bepaalde kontrak soos in die betoog voorgestaan nie. Volgens my beskouing is die stelling gemaak met verwysing na verskillende soorte kontrakte (nie kontraktante nie), soos blyk uit die voorafgaande vermelding van die beginsel wat die in pari delicto-reël ten grondslag lê, en die daaropvolgende bespreking van kontrakte, die sluiting waarvan strafbare misdrywe uitmaak. By die toepassing van die in pari delicto-reël is dit natuurlik wel ter sake of die turpitude ("skandelikheid") aanwesig is slegs by die ontvanger, of slegs by die gewer, of by albei (sien bv die bespreking van De Groot 3.30.17 in die uitspraak van WATERMEYER AR in Jajbhay v Cassim op 548); maar non constat dat waar turpitude by albei partye aanwesig is, daar morele skakerings daarvan by die een en die ander opgeweeg staan te word soos betoog is. Teoreties is dit 'n omstrede vraag of daar 'n opweging van die

skandelikheid van partye se gedrag moet plaasvind" - De Wet en Yeats, Kontraktereg en Handelsreg (4de uitgawe) op 82, voetnota 48 (waar daar verwys word na die strydige standpunte van Aquilius en Van Oven in die aangehaalde artikelreeks). Na my oordeel is dit nog n oop vraag in ons reg. Ek laat dit steeds oop.

Die eenvoudige antwoord wat ek sien op die betoog namens die verweerders, is die volgende. Volgens die veronderstelling wat die Verhoorregter gemaak het, was elke verloorder-kweker bewus daarvan dat hy deelgeneem het aan n onwettige lotery. Die Maatskappy was insgelyks bewus daarvan (deur mnr Adriaan Nieuwoudt) dat hy n onwettige lotery bedryf het. Op hierdie grondslag was daar mens rea aan albei kante, en het die verloorder-kwekers wat aktiveerders aangekoop het, sowel as die Maatskappy wat dit verkoop het, hulle skuldig gemaak aan misdrywe kragtens die Wet op Dobbelaar. Tot sover is dit duidelik genoeg dat elke koper en die Maatskappy ten opsigte van elke

transaksie teenoor mekaar in pari delicto was. Dit synde die geval met betrekking tot die aard van die onwettige kontrak wat gesluit is, sou daar 'n versteuring van die toestand van in pari delicto te wees, kon plaasvind, volgens die betoog namens die verweerders, slegs indien die morele verwytbearheid, of skandelikheid, ensovoorts, van die kweker-koper meer of groter was as dié van die Maatskappy-verkoper. 'n Mens hoef so 'n moontlikheid net te postuleer om onmiddellik te beseef dat dit nie kan bestaan nie. Die verweerders se advokaat moes op vrae van lede van die Hof noodgedwonge toegee dat hy aan geen feitlike voorbeeld kon dink van 'n geval waar enige koper van aktiveerders meer of groter "skuld" sou hê aan 'n transaksie as die Maatskappy self nie. Die rede waarom so 'n voorbeeld ondenkbaar is, lê voor die hand. Dit is die Maatskappy, deur Nieuwoudt, wat die hele lotery beplan, van stapel gestuur, en bedryf het. Kwekers wat daaraan deelgeneem het, selfs met kennis van die onwettigheid

van die skema, kan tog nie meer "blaamwaardig" wees as die Maatskappy self nie. In die resultaat is daar geen gronde, in 'n feitlike sin, om die veronderstelde in pari delicto-toestand ten nadele van die verloorder-kwekers te weerspreek nie. 'n Mens sou stellig kon dink dat in die grootste gros van gevalle die "skuld" van die Maatskappy van 'n erger "graad" sou wees as dié van individuele kwekers, maar in ieder geval is daar nie 'n enkele individuele geval waar die teenoorgestelde denkbaar is nie.

Dit volg uit die voorgaande dat die Verhoorregter ten volle geregtig was om die posisie van verloorder-kwekers by wyse van 'n globale prentjie in oënskou te neem, en om sodoende, aan die hand van sy veronderstelling, te oorweeg of die in pari delicto-reël ten opsigte van hulle eise verslap behoort te word. Wat dit betref, stem ek met eerbied saam met die gevolgtrekking wat MUNNIK RP bereik het, en ook, in die algemeen, met sy beredenering in hierdie verband (op

305 J-306 G). Dit is nie nodig vir my om meer te sê nie as dat elke tersaaklike oorweging voortspruitend uit Jajbhay v Cassim supra daarop dui dat die eise van die verloorder-kwekers toegestaan behoort te word by wyse van die verslapping van die in pari delicto-reël: die verslapping is nodig om die openbare beleid te bevorder, om onregverdige verryking van die Maatskappy ten koste van die verloorders te vermy, en om billikheid tussen die partye te bewerkstellig. In n poging om hierdie gevolgtrekking te vermy, is daar namens die verweerders verwys na die bepalings van artikel 424 van die Maatskappywet en is daar aan die hand gedoen dat die Likwidateurs daarvolgens stappe moes gedoen het om van mnr Adriaan Nieuwoudt persoonlik die geld te verhaal wat nodig was om die eise van die verloorders te delg. Dit is onnodig om te oorweeg of artikel 424 op die feite van hierdie geval toepaslik is, want selfs al word daar veronderstel dat dit is, is ek oortuig daarvan dat dit in beginsel hoegenaamd geen

afbreuk kan doen aan die regsverhouding tussen die verloorders en die Maatskappy as sodanig, soos hierbo aangedui nie. Voorts is daar gewag gemaak van die gemeenregtelike reël dat n weddenskap, alhoewel dit onafdwingbaar is, tog nie aanleiding gee tot die terugvordering van n prestasie wat daarkragtens gelewer is nie. Hierdie reël is egter klaarblyklik nie in die huidige geval toepaslik nie, wat ook al die trefwydte of grondslag daarvan in die gemene reg mag gewees het (vgl Gibson v Van der Walt 1952 (1) SA 262 (A) op 267 D-270 A), want ons het hier te doen met deelname aan n onwettige lotery wat kragtens statuut op straf verbied is, waarby n condictio ob turpem causam in beginsel beskikbaar is, en waar die hedendaagse soepelheid in verband met die toepassing van die in pari delicto-reël aangewend moet word.

My gevolgtrekking is derhalwe dat die Hof a quo nie gefouteer het met sy bevinding dat die Maatskappy se laste sy bates oorskry het nie.

Die tweede bevinding van die Hof a quo wat betwis word, is dat die Maatskappy geen teenwaarde ontvang het vir die uitbetalings wat gemaak is aan wenner-kwekers, soos die verweerders nie. Die vraag is of die lewering van die droë produk aan die Maatskappy "teenwaarde" was, binne die bestek van die betekenis van daardie woord in artikel 26(1)(b) van die Insolvensiewet, vir die betaling van die koopprys daarvan aan die kwekers wat gelewer het.

In hierdie Hof is daar namens die Likwidadeurs op 'n breë grondslag betoog dat 'n prestasie wat ten gevolge van 'n onwettige kontrak gelewer is, in beginsel nooit as geldige teenwaarde binne die bestek van artikel 26(1)(b) van die Insolvensiewet aangemerkt kan word nie. MUNNIK RP was nie bereid om 'n algemene stelling met so 'n wye strekking te onderskryf nie: hy het bevind (op 308 H en 309 H) dat 'n betaling wat gemaak word in terme van 'n onwettige transaksie nie ipso facto en onweerlegbaar 'n

vervreemding sonder teenwaarde uitmaak nie, en dat die feite van die geval ondersoek moet word om te bepaal of teenwaarde inderdaad ontvang is. Vir hierdie benadering het hy gemeen steun te vind in die uitspraak van HOLMES R in Harcourt v Eastman NO 1953 (2) SA 424 (N), soos hy dit ontleed het op 308 I-309 G. Daarteenoor, in 'n ander saak waarin die bedrywighede van die Maatskappy in die gedrang was - in verband met die uitbetaling van kommissie aan die Maatskappy se agente - het VAN HEERDEN R dit as 'n algemene stelling aanvaar dat, waar die teenwaarde bestaan uit iets wat deur die Wetgewer verbied is as onwettig, dit nie beskou kan word as teenwaarde met die oog op artikel 26(1)(b) nie - kyk Rousseau en Andere v Malan en 'n Ander 1989 (2) SA 451 (C) op 459 I. Hiervoor het hy hom beroep op Estate Jager v Whittaker and Another 1944 AD 246. Ek dink egter nie, met eerbied, dat die beslissing in laasgenoemde saak sonder meer die ongekwalfiseerde algemene stelling regverdig

wat VAN HEERDEN R aanvaar het nie. Dit is wel so dat in die Estate Jager-saak WATERMEYER HR, in die gedeelte van sy uitspraak wat begin ongeveer in die helfte van p 251 en oorgaan op p 252, uitlatings gemaak het van 'n oënskynlik wyd-strekkende omvang, maar dit was gedoen in die samehang van die feite wat daar onder behandeling was, met verwysing na 'n onderneming om onwettige woekerrente op 'n lening te betaal, en dit sou gevaarlik wees om daardie uitlatings los te maak van hulle samehang en te verhef tot 'n algemeen-geldende beginsel, sonder om rekening te hou met ander feitekomplekse wat hulleself kan voordoen. Aan die ander kant, in die geval van Harcourt v Eastman supra, waarna MUNNIK RP verwys het, het die Hof nie te doen gehad met 'n onwettige kontrak nie, maar met 'n kontrak wat ongeldig was weens 'n gebrek aan behoorlike magtiging om dit aan te gaan (HOLMES R se verwysing na die betalings wat daarvolgens gemaak was as "not made in performance of any lawful obligation", soos

aangehaal deur MUNNIK RP op 309 E, kan misleidend wees). Terselfdertyd kan die feite van daardie geval tog moontlik by wyse van analogie gebruik word in die verband van die vraag wat tans onder bespreking is (ek neem aan dat dit MUNNIK RP se gedagtegang was), want dit kan wel wees dat die Hof in daardie geval tot dieselfde gevolgtrekking sou gekom het aangaande die teenwaarde waarom dit gegaan het, selfs al was die betrokke kontrak nie slegs ongeldig nie, maar om die een of die ander rede ook onwettig. In die loop van die betoë voor hierdie Hof is daar ander voorbeelde bespreek van gevalle waar 'n prestasie voortvloeiend uit 'n onwettige kontrak denkbaar as teenwaarde met die oog op artikel 26(1)(b) beskou sou kon word, maar dit is nie nodig om verder daaroor uit te wei nie.

Om tot 'n beslissing te geraak oor hierdie aspek van die onderhawige saak is dit onnodig om 'n besliste standpunt in te neem oor die korrektheid of andersins van die algemene stelling wat hierbo bespreek

is, en ek verkies om dit nie te doen nie. Ek bepaal my
 liever by die feite. Wat dit betref, is daar namens
 die verweerders as uitgangspunt gesteun op die volgende
 welbekende passasie in Estate Wege v Strauss 1932 AD 76
 op 84 (met verwysing na die voorganger van artikel 26):

"The object of sec 24 is not to prevent a
 person in insolvent circumstances from
 engaging in the ordinary transactions of
 life, but to prevent a person from
 impoverishing his estate by giving his assets
 away without receiving any present or
 contingent advantage in return."

Voor hierdie Hof is daar in die betoog namens die
 verweerders aanvaar dat die droë produk wat aan die
 Maatskappy gelewer is, geen kommersiële waarde gehad
 het nie, maar daar is aangevoer dat die Maatskappy se
 uitbetalings aan kwekers nietemin 'n voordeel vir die
 Maatskappy meegebring het, wat bestempel is as 'n
 "reklamevoordeel". Die teenwaarde sou dus 'n
 "reklamewaarde" wees. Na my mening is hierdie betoog
 onaanvaarbaar. Dit stuit teen die onoorkomelike
 struikelblok dat die Maatskappy se "besigheid" van die

begin af aan gedoem was tot uiteindelijke mislukking en ineenstorting. Die hele konsep van reklame met betrekking tot so 'n soort "besigheid" is 'n onsinnigheid. Om bedrywigheide uit te brei wat onafwendbaar ten gronde moet gaan, kan geen voordeel inhou nie. Die betoog voor hierdie Hof het eintlik maar op dieselfde neergekom as wat aan die Hof a quo voorgelê is, en ek stem met eerbied saam met die gronde waarop MUNNIK RP dit verwerp het (op 309 H-310 E). In 'n poging om die probleem in sy weg te oorbrug, het die verweerders se advokaat aangevoer dat die korttermyn-voordeel vir die Maatskappy, in die vorm van 'n verhoging van sy inkomste uit meerdere verkope van aktiveerders, in aanmerking geneem moes word, wat ook al die langtermyn-vooruitsig van die Maatskappy sou wees. Dit kan hom egter nie help nie. Die ontvangs van 'n inkomste op die korte duur, met die sekere wete dat dit te eniger tyd verlore móét gaan, is nie 'n voordeel wat verband hou met die werklikheid nie; dit

is 'n hersenskim.

My gevolgtrekking is derhalwe dat die Hof a quo tereg bevind het dat die uitbetalings aan die verweerders vervreemdings sonder teenwaarde was.

Die derde betwiste bevinding van die Hof a quo is dat die Hof nie 'n diskresie gehad het ingevolge artikel 26(1)(b) van die Insolvensiewet, om te weier om 'n vervreemding sonder teenwaarde tersyde te stel nie. Hierdie bevinding het MUNNIK RP gegrond op 'n passasie in die uitspraak van STEYN HR in die saak Gunn and Another NNO v Barclays Bank DCO 1962 (3) SA 678 (A) op 685 A-D. Die betrokke passasie word aangehaal in die uitspraak van MUNNIK RP op 311 C-F. Die betoog namens die verweerders was dat die uitlatings van STEYN HR nie alleen geen ondersteuning bied vir die bevinding van MUNNIK RP nie, maar inteendeel aantoon dat die Hof a quo inderdaad bekleed was met 'n diskresie om die Likwidateurs se eis af te wys. Dit is dus nodig om Gunn se saak van naderby te beskou.

In daardie saak het die Hof te doen gehad met die bepalings van artikel 29(2) van die Insolvensiewet, wat in 1960 herroep is. Artikel 29(2) het betrekking gehad op die geval van 'n skuldenaar wat 'n oortrokke rekening het by 'n bank en binne 'n tydperk van ses maande voor die sekwestrasie van sy boedel betalings aan die bank maak. Sodanige betalings kon onder sekere genoemde omstandighede deur 'n hof tersyde gestel word. Artikel 29(2) was dus een van 'n reeks artikels wat voorsiening gemaak het vir die tersydestelling deur 'n hof van vervreemdings van sy goed deur 'n insolvent, onder verskillende soorte omstandighede. Die ander artikels in die reeks is nog van krag. Hulle is: artikel 26(1) - vervreemding sonder teenwaarde; artikel 29(1) - vernietigbare voorkeur; artikel 30(1) - onbehoorlike voorkeur; en artikel 31(1) - samespanning tot vervreemding. Die bevoegdheid van 'n hof om sulke vervreemdings ongedaan te maak, word uitgedruk met die woorde: "kan deur die hof tot niet

gemaak word" (artikel 26(1)), "kan deur die hof vernietig word" (artikels 29(1) en 29(2)), of "kan die hof tot niet maak" (artikels 30(1) en 31(1)).

Die ooreenstemmende woorde in die Engelse teks van die Wet is: "may be set aside by the court" (artikels 26(1), 29(1) en 29(2)), of "the court may set aside" (artikels 30(1) en 31(1)). Melding moet ook gemaak word van artikels 32 en 33, in beide waarvan daar verwys word na die artikels wat ek hierbo opgenoem het.

Artikel 32(1) bepaal dat 'n geding tot vernietiging van 'n vervreemding van goed kragtens artikel 26, 29, 30 of 31 ingestel kan word deur die kurator of deur 'n skuldeiser namens die kurator, en artikel 32(3) bepaal dat, wanneer die hof kragtens een van die voormelde artikels 'n vervreemding van goed tot niet maak, dan verklaar die hof dat die kurator geregtig is om die vervreemde goed of die waarde daarvan in te vorder.

Artikel 33 bepaal soos volg:

"33(1) Iemand wat as vergoeding vir 'n

vervreemding wat kragtens artikel ses-en-twintig, negen-en-twintig, dertig of een-en-dertig tot niet gemaak kan word, goed of h sekuriteit wat hy besit het, afgestaan het of h reg teenoor h ander persoon verloor het, (dit) is, as hy te goeder trou gehandel het, nie verplig om enige goed of ander voordeel wat hy deur die vervreemding verkry het, terug te gee nie, tensy die kurator hom weens die afstand van daardie goed of sekuriteit of verlies van daardie reg skadeloos gestel het.

- (2) Artikels ses-en-twintig, negen-en-twintig, dertig en een-en-dertig maak geen inbreuk nie op die regte van iemand wat te goeder trou en vir waarde goed verkry het van iemand anders as h persoon wie se boedel later gesekwestreer is."

Die meeste van die artikels hierbo genoem, is deur STEYN HR in oorweging geneem in sy uitspraak in Gunn se saak supra (kyk veral op 684). Die uitsondering is artikel 26, wat juis in die onderhawige saak van belang is, maar ek glo nie dat daar in die nie-vermelding van daardie artikel enige verskuilde betekenis opgesluit lê nie, soos sal blyk uit wat volg.

Die Hof moes in die Gunn-saak die uitwerking van die herroeping van artikel 29(2) bepaal, in die lig van die bepalings van artikel 12(2) van die Interpretasiewet van 1957, en moes met die oog daarop ingaan op die strekking van die woord "may" in artikel 29(2). Teen hierdie agtergrond haal ek nou weer die gewraakte passasie in die uitspraak van STEYN HR aan, vir gemak van verwysing:

"'May' is, of course, permissive. But in the context in which it is used, and having regard to the provisions of sec. 33, it does not have the significance it might otherwise have had. 'Shall' would have been entirely out of place. Sec. 29 (2) describes the circumstances in which payments made to a bank, may be set aside, but is by no means exhaustive. Sec. 33 places certain possible defences at the disposal of the bank, and these cannot be excluded from consideration in proceedings under sec. 29 (2), as the word 'shall' would have purported to enjoin. Apart from these defences, it may be presumed that the Legislature did not intend to exclude other recognised defences, such as estoppel or a defence based upon mala fides. But that does not mean that the Court trying an action under this section is at large and may dismiss the action on whatever ground it may regard as reasonable or equitable. It is

improbable that the Legislature, in providing this remedy for the benefit of creditors in insolvency, intended it to be accompanied, and its employment to be hampered, by the uncertainty implicit in so wide a discretion. It would rather seem that the intention was to confer a right of recovery which would come into existence in the circumstances specified, and which may be pursued by action in a Court, subject to the statutory defences mentioned in sec. 33, and such other defences as may in law and in conformity with the provisions of the Act, be raised against the assertion of such a right."

Dit is gerade om ook na n verdere passasie in die uitspraak te verwys. Met betrekking tot die saak Volkskas Bpk NO v Barclays Bank (D C & O) 1955 (3) SA 104 (T), waarin die standpunt gehuldig is dat feite anders as dié wat genoem word in artikel 33 bewys kan word om n hof te oorreed om nie regshulp ingevolge artikel 29(2) toe te staan nie, ten einde onbillikheid te vermy, het STEYN AR die volgende gesê (op 686 C):

"If the judgment means that facts unrelated to any defence recognised in law, and for that reason within a somewhat unpredictable range, may be so proved, and that the Court has a discretion so wide that the exercise of it would amount to the grant of a right and

not the recognition of an existing right, I would be unable to agree with it."

Wat in Gunn se saak beslis is, kan soos volg saamgevat word:

- (a) die woord "kan" in artikel 29(2) beteken nie "moet" nie;
- (b) 'n verweerder wat deur 'n kurator ingevolge artikel 29(2) aangespreek word, kan die verwerre opper wat voortvloei uit die bepalings van artikel 33;
- (c) daarbenewens kan so 'n verweerder enige ander erkende verwerre opper, soos 'n verweer gebaseer op estoppel of op mala fides - sodanige ander verwerre as wat regtens en in ooreenstemming met die bepalings van die Wet geopper kan word teen die vorderingsreg wat aan 'n kurator

toekom in die omstandighede genoem
in artikel 29(2); maar

- (d) die hof het nie 'n vrye en ongebonde
diskresie om 'n kurator se vorder-
ingsreg ingevolge artikel 29(2) van
die hand te wys op grond van
oorwegings van redelikheid of
billikheid nie.

Uit 'n bestudering van die geheel van die uitspraak van
STEYN HR kan ek geen rede bespeur waarom sy
beredenering en gevolgtrekkings met betrekking tot
artikel 29(2) nie met ewe veel krag van toepassing sou
wees op die betekenis en trefwydte van die woord "kan"
waar dit voorkom in artikel 26(1) nie. Die twee
artikels kom voor in dieselfde samehang van die Wet en
in hulle wesenlike aard verskil hulle nie van mekaar
nie. Gevolglik is ek van oordeel dat wat in Gunn se
saak beslis is, ook van toepassing is op artikel 26(1).
Die stellings wat vervat is in die paragrafe hierbo,

gemerk (a), (b), (c) en (d), kan dus as gesaghebbend aanvaar word ten opsigte van artikel 26(1), asof "26(1)" oral gelees word in die plek van "29(2)".

In die Hof a quo, soos blyk uit die uitspraak van MUNNIK RP op 310 J- 311 B, was die Hof gevra om h diskresie uit te oefen ten gunste van die verweerders, op grond daarvan dat dit teen die openbare beleid sou indruis om sommige wennerse te gelas om hulle winste oor te betaal, sodat dit verdeel kon word onder die verloorders, wie se morele skuld ten minste net so groot was as dié van die wennerse. Na my oordeel was hierdie beroep op die Hof om h diskresie uit te oefen in wese daarop gebaseer dat die Hof h vrye diskresie gehad het om op algemene gronde van billikheid en redelikheid die Likwidateurs se vorderingsreg ingevolge artikel 26(1) af te wys. Volgens paragraaf (d) hierbo was dit juis h bevoegdheid wat nie aan die Hof toegekom het nie. MUNNIK RP was gevolglik korrek in sy bevinding (op 311 G) dat Gunn se saak hom belet het om

te weier om die vervreemding aan die verweerders tersyde te stel.

In hierdie Hof is die betoog namens die verweerders egter oor 'n ander boeg gegooi. Die argument was dat 'n verweer wat gebaseer word op die in pari delicto-reël val binne die kader van regtens erkende verwere wat in ooreenstemming met die bepalings van die Insolvensiewet teen die vordering van die Likwidateurs geopper kan word, soos genoem in paragraaf (c) hierbo. Met hierdie betoog kan ek nie saamstem nie. Ek kan nie aanvaar dat STEYN HR in Gunn se saak 'n verweer soos dié wat hier geopper word, in gedagte gehad het toe hy verwys het na erkende verwere soos dié wat gebaseer word op estoppel of mala fides nie. Laasgenoemde begrippe was na my oordeel klaarblyklik bedoel om betrekking te hê op die optrede van die kurator self, wat die eiser in die geding is. Dit sou geen sin hê om te praat van estoppel of mala fides met verwysing na die insolvent, wat geen party

tot die geding is nie. Die verwere waarvan STEYN HR gewag gemaak het, was, soos dié wat voortgespruit het uit die bepalings van artikel 33, verwere wat toegespits is op die vorderingsreg wat aan die kurator toekom kragtens artikel 32(1) en (3), met verwysing na die bepalings van artikels 26, 29, 30 en 31. In die samehang van al die tersaaklike artikels is die eis van die kurator daarop gerig om sy onafhanklike statutêre vorderingsreg af te dwing, en in daardie verband is verwere wat die persoon wat aangespreek word moontlik teen enige eis van die insolvent self kon geopper het, nie van regstreekse belang nie.

n Verweer wat gebaseer is op die in pari delicto-reël is n verweer teen n eis wat bestaan uit n condictio ob turpem vel injustam causam. In die onderhawige saak sou n eis van die Maatskappy teen die verweerders vir die terugbetaling van wat hulle ontvang het, n eis van daardie aard gewees het. Maar die eis van die Likwidateurs is sekerlik nie van

daardie aard nie. Dit is 'n statutêre vorderingsreg wat sy oorsprong het in die bepalings van artikel 26(1), gelees saam met artikels 32(1) en (3) van die Insolvensiewet. Om 'n verweer gegrond op die in pari delicto-reël teen die Likwidaateurs se eis as 'n geldige verweer toe te laat, sou dit nodig wees om te postuleer dat die Likwidaateurs in die plek staan van die Maatskappy wanneer hulle hulle statutêre reg wil afdwing. Dit kan nie wees nie. Dit sou indruis teen die hele fundamentele skema van die Insolvensiewet en strydig wees met basiese beginsels (vgl Swadif (Pty) Ltd v Dyke NO 1978 (1) SA 928 (A) op 945B).

In 'n poging om hierdie probleme te oorbrug het die verweerders se advokaat betoog dat die Likwidaateurs, wat nou nie in die plek van die Maatskappy staan ten opsigte van hulle vorderingsreg nie, tog wel in die plek van die skuldeisers van die Maatskappy staan met hulle eis teen die verweerders; die skuldeisers van die Maatskappy, aldus die betoog,

is die verloorders in die dobbelspel en gevolglik kan die verweerders, as die wenners in die spel, hulle tog op die in pari delicto-reël beroep. Hierdie betoog kan ook nie opgaan nie, om redes wat voor die hand lê. Alhoewel die Likwidadeurs, wanneer hulle 'n eis ingevolge artikel 26(1) afdwing, dit ten behoeve en ten voordeel van die skuldeisers van die Maatskappy doen, tree hulle nie op in die naam van, of in die plek van, die skuldeisers nie; hulle tree op in hulle eie regter afdwinging van hulle statutêre vorderingsreg. Daar is geen regsband van enige aard tussen die skuldeisers en die verweerders nie, en dit is eenvoudig onmoontlik om 'n regstreekse verhouding tussen die verloorders en die wenners op te tower deur die onafhanklike tussenbeïdetredende optrede van die Likwidadeurs bloot te verontagsaam.

Namens die verweerders is daar staatgemaak op 'n uitlating van WATERMEYER HR in Estate Jager v Whittaker and Another supra op 252. In daardie geval

het die kurator van 'n insolvent wat geld by die verweerder geleen het, 'n bedrag van die verweerder gevorder wat die insolvent as onwettige woekerrente aan hom betaal het. Een van die verweere wat geopper was, was dat 'n eis vir terugbetaling van woekerrente deur die lener self binne 'n tydperk van 2 jaar na die betaling daarvan ingestel kon word, volgens artikel 4 van die destydse Woekerwet, en dat geen eis ingevolge die Insolvensiewet buitekant die bepalings van artikel 4 van die Woekerwet toelaatbaar was nie. Ten aansien van hierdie verweer het WATERMEYER HR gesê:

"There are, however, several reasons why that contention cannot be accepted; perhaps the simplest is that sec 4 gives a remedy to the borrower whereas the Insolvency Act gives a remedy to the borrower's creditors and not to the borrower."

Na my mening kan die verweerders geen hulp uit hierdie uitlatings put nie. Dit is volkome duidelik dat die verwysing na "a remedy to the borrower's creditors" nie bedoel was om in 'n letterlike sin opgevat te word nie;

dit was niks meer nie as 'n gerieflike wyse van spreke om uiting te gee aan die gedagte dat die kurator se eis, ten behoeve van die skuldeisers, nie afgeweer kon word deur 'n verweer wat teen 'n eis van die insolvent self geopper sou kon word nie. In dié sin is die beslissing inderdaad gesag téén die betoog namens die verweerders.

My gevolgtrekking is derhalwe dat die derde aanvalsgrond op die beslissing van die Hof a quo ook nie kan slaag nie.

In die lig van die voorgaande gevolgtrekking is daar geen ruimte vir die oorweging van die vierde bevinding van die Hof a quo wat namens die verweerders betwis is nie. Dit kan dus buite rekening gelaat word.

Die bevel van die Hof is soos volg:

Die appèl word van die hand gewys. Kragtens ooreenkoms tussen die partye word geen kostebevel uitgereik nie.

A.S. BOTHA AR

SMALBERGER AR

NESTADT AR

MILNE AR

F.H. GROSSKOPF AR

STEM SAAM